

## L 2 R 139/10

Land  
Hamburg  
Sozialgericht  
LSG Hamburg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
2

1. Instanz  
SG Hamburg (HAM)  
Aktenzeichen  
S 20 R 269/08

Datum  
14.12.2011

2. Instanz  
LSG Hamburg  
Aktenzeichen  
L 2 R 139/10

Datum  
14.12.2011

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

1. Auf die Berufung der Beklagten werden das Urteil des Sozialgerichts Ham-burg vom 3. Juni 2010, ergänzt durch Beschluss vom 1. November 2010, aufgehoben und die Klage abgewiesen. 2. Die Klägerin trägt die Kosten des Klage- und des Berufungsverfahrens. 3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Anfrage- bzw. Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV), ob die vom 27.03.2004 bis 27.10.2006 vom Beigeladenen zu 1 für die Klägerin ausgeübte Tätigkeit als Containerreparateur dessen Versicherungspflicht als abhängig Beschäftigter in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung begründet.

Die Klägerin betreibt im H. ein Containerservice-Unternehmen. Sie beschäftigt etwa 15 gewerbliche Mitarbeiter, die in der Regel als angelernte Arbeiter die Reparatur von Containern durchführen.

Der 1964 geborene Beigeladene zu 1 ist gelernter Schlosser und bot der Klägerin aus dem bis März 2004 laufenden Sozialhilfebezug heraus seine Dienste unter Hinweis darauf an, dass er bereits zu einem früheren Zeitpunkt als mutmaßlich selbständiger Containerschlosser für andere Auftraggeber tätig gewesen sei.

Am 27.3.2004 schlossen der Beigeladene zu 1 und die Klägerin eine mit "Werkvertrag / Rahmenvertrag" bezeichnete schriftliche Vereinbarung, in der es u.a. hieß: 1. Gegenstand des Vertrags Die Bestellerin überträgt dem Auftragnehmer in Eigenverantwortung die Reparatur an Containern auf jeweils zugewiesenen Arbeitsplätzen, an allen Betriebsstätten der U ... Die Beauftragung geschieht im Einzelnen durch spezielle Einzelaufträge, die den Abmachungen dieses Rahmenvertrages unterliegen. Die Termine für die Fertigstellung der Einzelaufträge werden zwischen der Bestellerin bzw. dem Beauftragten der Bestellein und dem Auftragnehmer bzw. dem Beauftragten des Arbeitnehmers im Einzelnen vereinbart. 2. Vertragslaufzeit Dieser Vertrag beginnt am 27.03.2004 und ist für beide Seiten mit einer Frist von 5 Arbeitstagen jederzeit kündbar. 3. Material Die Bestellerin stellt dem Auftragnehmer das Material für die Reparatur der Container kostenlos zur Verfügung. 4. Betriebsmittel und Energie Die Bestellerin stellt die für die Reparatur der Container benötigten Betriebsmittel und Energien kostenfrei, unter Beachtung der üblichen Betriebszeiten, zur Verfügung. ( ...) 5. Werkzeuge Alle Werkzeuge werden von der Bestellerin bereitgestellt. ( ...) 6. Arbeits-, Wasch- und Lagerplätze Diese werden durch die Bestellerin kostenlos zur Verfügung gestellt. ( ) 7. Schutz- und Arbeitskleidung Der Auftragnehmer stellt eigene Schutz- und Arbeitskleidung bei. Gehörschutz, Schutzbrille, Handschuhe wird von der Bestellerin gestellt. 8. Arbeitsausführung, Leistungsumfang und Endabnahme Der Auftragnehmer verpflichtet sich, für eine fachgerechte Ausführung der ihm übertragenen Arbeiten zu sorgen. Die übertragene Arbeit gilt erst dann als abgenommen, wenn der durch die Bestellerin benannte Beauftragte dies durch seine Unterschrift auf der Arbeitskarte bestätigt hat. 9. Gewährleistung Der Auftragnehmer übernimmt die Gewähr für sach- und fachgerechte Ausführung der ihm übertragenen Arbeiten gemäß der gültigen Richtlinien bzw. gemäß der Instruktionen des Beauftragten der Bestellerin. Der Auftragnehmer haftet für alle aus der Nichtbeachtung dieser Vorschriften resultierenden Sach-, Personen- und Vermögensschäden, auch Dritter. 10. ( ...) 11. Haftung Der Auftragnehmer haftet für alle Schäden, die er, seine gesetzlichen Vertreter, seine Arbeitskräfte oder ein von ihm beauftragter Subunternehmer verursachen. 12. ( ...) 13. Verrechnungssatz Die Vorgabezeit wird mit EUR 21,50 per Std. vergütet. Maßgebend hierfür sind ausschließlich die Vorgabezeiten auf den Arbeitskarten. Da der Auftragnehmer als Subunternehmer fungiert, enthält der o.g. Verrechnungssatz alle Nebenabgaben und Lohnnebenkosten. Für die korrekte Abführung der gesetzlichen und freiwilligen Abgaben ist allein der Auftragnehmer verantwortlich. Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüche bestehen nicht. 14. ( ...)

In der Folge bis einschließlich 27.10.2006 war der Beigeladene zu 1 ausschließlich für die Klägerin tätig und führte Reparaturen an deren Containern entsprechend den auf sogenannten Arbeits- und Reparaturkarten im Einzelnen niedergelegten Vorgaben (z.B. Richten und Schweißen von Trägern oder Blechen, Erneuern von Türgummis, Aufklebern, Planen oder Zollschnüren, Einsetzen von Flecken, Fegen von Ladungsresten) aus, ließ sich die Erledigung auf den Karten jeweils bestätigen und rechnete im Anschluss unter Berücksichtigung der auf den Karten genannten Vorgabeminuten sowie des vereinbarten Verrechnungssatzes zzgl. Mehrwertsteuer ab. Hierbei ergaben sich durchschnittliche monatliche Bruttozahlungen von etwa 3.300 EUR im Jahr 2004 und jeweils etwa 2.900 EUR in den Jahren 2005 und 2006, wobei die Beträge nur vereinzelt unter 2.000 EUR oder über 4.000 EUR und fast durchgehend zwischen etwa 2.500 EUR und 3.500 EUR lagen.

Am 01.08.2005 beantragten Klägerin und Beigeladener zu 1 bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1 im Hinblick auf die mit Vertrag vom 27.03.2004 geregelte Tätigkeit. Dabei gab jener an, er habe keine regelmäßigen Arbeits- und Anwesenheitszeiten einzuhalten. Es liege in seinem eigenen Interesse, innerhalb der betrieblichen Arbeitszeiten so viele Stunden wie möglich zu arbeiten. Ihm würden keine Weisungen hinsichtlich der Ausführung (Art und Weise) erteilt. Er arbeite grundsätzlich im Rahmen von Festpreisen, im Einzelfall würden Preisabsprachen getroffen. Jeder Auftrag werde vor Erledigung von ihm überprüft und bei etwaigen Beanstandungen im Einvernehmen mit dem Auftraggeber seinerseits abgeändert. Grundsätzlich könne er Aufträge ablehnen. Beide, Klägerin und Beigeladener zu 1, beantragten nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) festzustellen, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vorliege.

Nach Anhörung der Beteiligten stellte die Beklagte mit Bescheid vom 23.01.2007 gegenüber der Klägerin und gegenüber dem Beigeladenen zu 1 das Vorliegen eines dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses fest. Da die Voraussetzungen nach [§ 7a Abs. 6 S. 1](#) bzw. [§ 7b SGB IV](#) nicht erfüllt seien, beginne die Versicherungspflicht dem Grunde nach in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung mit dem Tag der Aufnahme des Beschäftigungsverhältnisses. Zur Begründung führte die Beklagte aus, der Beigeladene zu 1 könne seine Arbeitszeit nicht frei gestalten, da er zur Ausübung der Tätigkeit auf die von der Klägerin kostenlos zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel und -geräte angewiesen sei. Diese könne er jedoch nur zu den üblichen Betriebszeiten in Anspruch nehmen. Er setze auch kein eigenes Kapital und keine eigenen Betriebsmittel ein, so dass ein unternehmerisches Risiko nicht gegeben sei. Der Einsatz von Kapital in erheblichem Umfang sei aber ein wesentliches Merkmal für eine selbstständige Tätigkeit. Darüber hinaus sei der Beigeladene ausschließlich an Betriebsstätten der Klägerin tätig. Eine freie Wahl des Arbeitsortes sei ihm nicht möglich. Allein die Vergütung auf Stundenbasis sei nicht ausschließlich ein Merkmal für eine selbstständige Tätigkeit, da der Beigeladene zu 1 seine Tätigkeit nach Vorgabezeiten auf Arbeitskarten verrichte. Er trage somit kein Entgeltrisiko, da eine Vergütung nach Abnahme erfolge. Nach Gesamtwürdigung aller relevanten Tatsachen liege ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), des Sozialgesetzbuchs Sechstes Buch – Gesetzliche Rentenversicherung - (SGB VI), des Sozialgesetzbuchs Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung - (SGB V), des Sozialgesetzbuchs Drittes Buch – Arbeitsförderung - (SGB III) und des Sozialgesetzbuchs Elftes Buch – Soziale Pflegeversicherung - (SGB XI) vor.

Gegen den Bescheid legte die Klägerin am 20.02.2007 Widerspruch ein. Zur Begründung gab sie an, der Beigeladene zu 1 habe sich im Jahr 2004 als selbstständiger Unternehmer auf der Suche nach Aufträgen als Containerschlosser vorgestellt. Zu diesem Zeitpunkt habe er bereits eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt. Der Beigeladene habe seine Arbeitszeit frei bestimmen und jederzeit kommen und gehen können. Ein bestimmter Rahmen hinsichtlich der zeitlichen und örtlichen Abwicklung der Aufträge sei, wie bei allen anderen Unternehmern, die auf dem Gelände der Klägerin Leistungen erbrächten, sachnotwendig gewesen. Ihm habe ein Zeitfenster von täglich 13 Stunden zur Verfügung gestanden, so dass eine ausreichende Flexibilität vorhanden gewesen sei. Da der Beigeladene zu 1 mit der Wartung und Reparatur von Containern beauftragt gewesen sei, seien die Arbeiten auf dem Betriebsgelände der Klägerin durchgeführt worden, jedoch ohne jegliche Anweisung bezüglich des "Wie" der Tätigkeit. Die von dem Beigeladenen zu 1 erbrachte Leistung sei nach Fertigstellung auf Mängelfreiheit geprüft worden. Gegebenenfalls habe der Beigeladene zu 1 die Mängel auf eigene Kosten beheben müssen. Die Beklagte gehe daher zu Unrecht davon aus, dass der Beigeladene zu 1 kein Entgeltrisiko getragen habe. Eine Vergütung habe er nur erhalten, wenn seine Reparaturen abgenommen worden seien. Der Beigeladene zu 1 sei auch berechtigt gewesen, für andere Auftraggeber tätig zu werden. Dass Arbeitsmaterial und Arbeitsgeräte zur Verfügung gestellt worden seien, stehe einer selbstständigen Tätigkeit nicht entgegen. Grund hierfür seien die Rabatte, die die Klägerin als Großabnehmer erhalte. Die Ausnutzung von Rabatten sei in der Praxis nicht unüblich. Auch die Anschaffung der bei der Klägerin bereits vorhandenen teuren Spezialwerkzeuge sei für kleine Betriebe zu kostenintensiv. Zu keiner Zeit habe der Beigeladene zu 1 Betriebskleidung des Unternehmens getragen. Er sei für jedermann als selbstständiger Unternehmer erkennbar gewesen. Dem Beigeladenen zu 1 sei insbesondere auch gestattet gewesen, seine Leistungen durch Subunternehmer oder für andere Auftraggeber zu erbringen, eine Regelung, die sich elementar von der Situation im Arbeitsverhältnis unterscheide. Zum Nachweis der Selbstständigkeit des Beigeladenen zu 1 legte die Klägerin Abrechnungen sowie Arbeitskarten vor. Aus diesen ergebe sich, dass die monatlichen Rechnungsbeträge stark schwankten, was das Vorliegen eines unternehmerischen Risikos des Beigeladenen beweise.

Dem Widerspruch der Klägerin schloss sich der zwischenzeitlich in Großbritannien wohnhafte Beigeladene zu 1, an dessen richtige Anschrift der Bescheid vom 23.01.2007 erst am 05.03.2007 abgesandt worden war, mit einem an die Beklagte gerichteten Schreiben vom 09.05.2007 - eingegangen am 14.05.2007 an.

Mit Widerspruchsbescheid vom 04.02.2008 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Ergänzend zum Ausgangsbescheid führte sie aus, dass bei der Tragung des Unternehmerrisikos berücksichtigt werden müsse, dass die Zuweisung von Risiken an den Arbeitenden nur dann für Selbstständigkeit spreche, wenn damit größere Freiheiten und größere Verdienstmöglichkeiten verbunden seien. Allein die Zuweisung zusätzlicher Risiken mache einen abhängig Beschäftigten noch nicht zum Selbstständigen. Auch die Bezahlung lediglich nach dem Erfolg der Arbeit sei kein zwingender Grund für den Ausschluss einer persönlichen Abhängigkeit des Beschäftigten. Die Chance, länger oder mehr zu arbeiten, um so ein höheres Entgelt zu erzielen, sei keine spezielle Chance eines Unternehmers. Diese habe auch jeder Beschäftigte. Es handele sich dabei nicht um ein typisches Unternehmerrisiko, welches den Einsatz eigenen Kapitals bedeute, der auch mit der Gefahr eines Verlustes verbunden sei. Der Beigeladene zu 1 habe jedoch ausschließlich die eigene Arbeitskraft eingesetzt. Die Vorgaben in den Arbeits- bzw. Reparaturkarten stellten sich als Weisungen dar. Allein die formale Berechtigung, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, schließe das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus, wenn die persönliche Leistungserbringung die Regel sei.

Mit ihrer am 06.03.2008 erhobenen Klage hat die Klägerin weiterhin geltend gemacht, dass es sich bei der damaligen Tätigkeit des

Beigeladenen zu 1 um kein Beschäftigungsverhältnis gehandelt habe, und ergänzend vorgetragen, aus den Arbeits- und Reparaturkarten sei zu ersehen gewesen, welche Arbeiten an den einzelnen Containern durchzuführen gewesen seien. Diese Vorgehensweise habe jedoch nicht auf der Weisungsbefugnis der Klägerin gegenüber dem Beigeladenen zu 1 beruht. Sie sei vielmehr durch die C., einer Art TÜV für Container, vorgeschrieben. Die Arbeits- und Reparaturkarten dokumentierten, welche Arbeiten am jeweiligen Container den Anforderungen der C. entsprechend ausgeführt worden seien.

Nachdem das Sozialgericht im Termin zur mündlichen Verhandlung am 03.06.2010 als Vertreter der Klägerin den Prokuristen Herr A. sowie den Beigeladenen zu der streitigen Tätigkeit befragt hatte, hat es der Klage mit Urteil vom selben Tag, der Beklagten zugestellt am 29.10.2010, stattgegeben, den Bescheid vom 23.01.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04.02.2008 aufgehoben und "die Beklagte verurteilt, festzustellen, dass es sich bei der im Auftrag der Klägerin ausgeübten Tätigkeit des Beigeladenen (zu 1) im Bereich der Reparatur von Containern vom 27.03.2004 bis Ende Oktober 2006 um keine Beschäftigung i.S. des [§ 7 SGB IV](#) gehandelt hat".

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beigeladene nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen sei. Er habe keine Vorgaben zur zeitlichen Gestaltung seines Einsatzes zu befolgen gehabt und sei insbesondere auch nicht auf die Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern der Klägerin angewiesen gewesen. Die Aufträge habe er vielmehr stets alleine ausgeführt. Dass er an das Betriebsgelände der Klägerin gebunden gewesen sei, auf dem sich die Container befunden hätten, und auch hinsichtlich seiner Arbeitszeit faktisch auf die Betriebsöffnungszeiten der Klägerin angewiesen gewesen sei, ändere an dieser Bewertung nichts. Nach den glaubhaften Ausführungen des Beigeladenen zu 1 und der Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung, die von der Beklagten nicht bestritten würden, sei der Beigeladene als ausgebildeter Schlosser für die Durchführung von Containerreparaturen hoch qualifiziert und erfahren gewesen. Er sei bereits vorher selbstständig für andere Auftraggeber im gleichen Bereich tätig gewesen. Er habe die Aufträge der Klägerin vor Erledigung überprüft und ggf. bei Beanstandungen seinerseits im Einvernehmen mit dem Auftraggeber abgeändert. Ihm sei es auch möglich gewesen, Aufträge abzulehnen. Zwar habe der Beigeladene zu 1 kein größeres Kapital, im Wesentlichen kein eigenes Werkzeug und keine eigenen sonstigen Arbeitsmittel eingesetzt, was grundsätzlich als Indiz für eine abhängige Beschäftigung gelte, denn für sie sei es typisch, dass die geschuldete Leistung allein durch den Einsatz der Person erbracht werde. Zudem stehe der Einsatz eigenen Kapitals und eigener Arbeitsmittel mit der Möglichkeit der Gewinnerzielung in Verbindung, denn das Geschäftsrisiko liege regelmäßig bei dem, der eigene wirtschaftliche Mittel einsetze, um einen Gewinn zu erzielen. Die Kammer sei gleichwohl zu der Auffassung gekommen, dass dem Beigeladenen zu 1 das Erzielen von Gewinnen möglich gewesen sei, denn er habe es als Spezialist, dessen Qualifikation sich von derjenigen der angelernten Beschäftigten der Klägerin abgehoben habe, wesentlich in der Hand gehabt, die Vorgabezeit, d.h. den kalkulierten Zeitaufwand, bei gleichbleibender Qualität zu unterschreiten und so bei geringerem Zeitaufwand höhere Verdienste zu erzielen. Zu Recht habe die Beklagte allerdings darauf hingewiesen, dass allein die Zuweisung von Risiken einen abhängig Beschäftigten nicht zum Selbstständigen mache. Diese Situation sei aber im vorliegenden Fall im Ergebnis nicht gegeben. Zwar habe die Klägerin Risiken, wie sie der Arbeitgeber im Beschäftigungsverhältnis zu tragen habe, vertraglich auf den Beigeladenen zu 1 übertragen. Dafür habe der Beigeladene zu 1 jedoch auch einen entsprechend höheren Vergütungsanspruch als vergleichbare Beschäftigte. Den Risiken, die der Beigeladene zu 1 übernommen habe etwa Krankheit, Auftragsausfälle, Verdienstrisiko bei eigener Schlechtleistung habe seine Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft gegenübergestanden, er habe Aufträge ablehnen können etwa wenn sie ihm ungünstig kalkuliert erschienen seien, für andere Auftraggeber tätig werden und Subunternehmer einsetzen können, wenn ihm dies im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidung sinnvoll erschienen sei. Zu berücksichtigen sei schließlich auch, dass der Beigeladene zu 1 bereits vorher als Selbstständiger im Bereich der Containerreparatur mit eigener Firma tätig gewesen sei und auch nur als solcher wieder habe tätig sein wollen. Es sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass aus dem bisherigen Status des Dienstleistenden oder Arbeitnehmers im Erwerbsleben auf dessen Willen geschlossen werden könne, diesen Status auch künftig beizubehalten (Hinweis auf LSG Hamburg, Urteil vom 6.10.1998, [I KRBf 16/95](#) mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BSG). Ob der Beigeladene zu 1, da er im damaligen Zeitraum ausschließlich für die Klägerin tätig geworden sei, als arbeitnehmerähnlicher Selbständiger im Sinne von [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) anzusehen und daher rentenversicherungspflichtig sei, sei nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

Das Sozialgericht hat in dem Urteil hinsichtlich der Kosten (lediglich und erkanntermaßen fälschlicherweise unter Bezug auf [§ 193 SGG](#)) befunden, dass die Beklagte die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Klägerin trage, und mit Beschluss vom 01.11.2010 nach [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) - neben der Festsetzung des Streitwerts gemäß [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 63 Abs. 2](#) des Gerichtskostengesetzes - entschieden, dass die Beklagte die Kosten Rechtsstreits (insgesamt und damit nicht nur die außergerichtlichen Kosten der Klägerin, sondern auch die Gerichtskosten) trage.

Mit ihrer am 26.11.2010 eingelegten Berufung hält die Beklagte an ihrer Auffassung fest. Sie hat in Ansehung der neueren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Inhalt und Umfang der Statusfeststellung nach [§ 7a SGB IV](#) (Hinweis auf das Urteil vom 11.03.2009 - [B 12 R 11/07 R](#), [BSGE 103, 17](#)) gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen mit Bescheid vom 04.04.2011 den Bescheid vom 23.01.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04.02.2008 "dahingehend abgeändert, dass in der von Herrn S. vom 27.03.2004 bis 27.10.2006 ausgeübten Beschäftigung im Bereich Reparatur von Containern bei der U. Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht". Dieser Bescheid werde nach [§ 96 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) Gegenstand des anhängigen Sozialgerichtsverfahrens.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 3. Juni 2010, ergänzt durch den Beschluss vom 1. November 2010, aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und den Bescheid der Beklagten vom 4. April 2011 aufzuheben.

Auch sie wiederholt im Wesentlichen ihre bisherigen Ausführungen.

Der Beigeladene zu 1 betont ebenfalls wie vorgerichtlich und im erstinstanzlichen Verfahren, dass er sich als selbstständig ansehe.

Er schließt sich sinngemäß dem Antrag der Klägerin an.

Der Senat hat die das Rentenkonto des Beigeladenen zu 1 führende Deutsche Rentenversicherung Bayern Süd, die Bundesagentur für Arbeit, die BARMER GEK als Rechtsnachfolgerin der Krankenkasse, bei der der im streitbefangenen Zeitraum und bis heute privat krankenversicherte Beigeladene zu 1 zuvor zuletzt versichert war, sowie die bei Letzterer angesiedelte Pflegekasse zum Rechtsstreit beigegeben, weil die Entscheidung auch diesen gegenüber nur einheitlich ergehen kann ([§ 75 Abs. 2 Alt. 1 SGG](#); s. hierzu Rittweger in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, Stand: 01.06.2011, Rdnr. 37).

Die Beigeladenen zu 2 bis 5 haben sich inhaltlich nicht geäußert und stellen keine Anträge.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird Bezug genommen auf die vorbereitenden Schriftsätze der Beteiligten sowie den weiteren Inhalt der Prozessakte und der ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 14.12.2011 beigegebenen, zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Verwaltungsakte der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft ([§§ 143, 144 SGG](#)) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) eingelegt worden. Gegenstand ist das Urteil vom 03.06.2010 in der Fassung, die es durch den Beschluss vom 01.11.2010 hinsichtlich der Pflicht zur Tragung der (Gesamt-)Kosten des Rechtsstreits, also auch der Gerichtskosten gefunden hat. Trotz der fehlerhaften Form (kein Antrag, kein Vermerk auf der Urschrift des Urteils und den Ausfertigungen) handelt es sich hierbei materiell um einen Urteilsergänzungsbeschluss gemäß [§ 140 SGG](#) oder um einen Berichtigungsbeschluss gemäß [§ 138 SGG](#). Darüber hinaus ist über die Klage gegen den im laufenden Berufungsverfahren nach [§§ 153 Abs. 1, 96 SGG](#) Gegenstand des Rechtsstreits gewordenen Bescheid vom 04.04.2011 zu befinden.

Die Berufung der Beklagten ist begründet, die Klage hingegen unbegründet. Das Sozialgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Der Bescheid der Beklagten vom 23.01.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04.02.2008 in der Fassung des Gegenstandsbescheids vom 04.04.2011 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin und den Beigeladenen zu 1 daher nicht in deren Rechten. Die Beklagte hat als zuständige Stelle nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) zu Recht festgestellt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 für die Klägerin in der Zeit vom 27.03.2004 bis 27.10.2006 Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung begründet.

Zu der in dieser Form erst mit dem Bescheid vom 04.04.2011 getroffenen Feststellung über die Versicherungspflicht war die Beklagte wegen der auch im Anfrage- bzw. Statusfeststellungsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) fehlenden Ermächtigung zur Elementenfeststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung (vgl. BSG 11.03.2009 - [B 12 R 11/07 R](#), [BSGE 103, 17](#); BSG 04.06.2009 - [B 12 R 6/08 R](#), USK 2009-72; BSG 04.06.2009 - [B 12 KR 31/07 R](#), Breith 2010, 435; a.A. SG Berlin 13.04.2010 - [S 81 KR 176/08](#) - und 27.10.2010 - [S 112 KR 1764/09](#), jeweils juris) nicht nur verpflichtet, sondern auch noch im Berufungsverfahren berechtigt, ohne dass es eines weiteren Vorverfahrens und/oder einer erneuten Anhörung bedurft hätte, wobei der entsprechende Bescheid den diesen Anforderungen nicht genügenden Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids im Sinne einer Ergänzung modifiziert hat, ohne ihn in seinem Wesensgehalt zu verändern, und Gegenstand des Verfahrens geworden ist (ebenso: LSG für das Land Nordrhein-Westfalen 10.06.2009 [L 16 R 53/08](#), juris; LSG Baden-Württemberg 20.11.2009 - [L 4 R 1540/08](#), juris; LSG Berlin-Brandenburg 24.03.2010 - [L 9 KR 13/08](#), juris; LSG Rheinland-Pfalz 31.03.2010 - [L 6 R 3/09](#), NZS 2011, 106).

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI](#) sowie [§ 24 Abs. 1](#) und [§ 25 Abs. 1 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl. zuletzt BSG 11.03.2009 - [B 12 KR 21/07 R](#), Die Beiträge Beilage 2009, 340 mwN; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: Bundesverfassungsgericht 20.05.1996 [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe lag eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1 bei der Klägerin im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) vor, die nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI](#) sowie [§ 24 Abs. 1](#) und [§ 25 Abs. 1 SGB III](#) Versicherungspflicht begründete, angesichts der monatlichen Einkünfte und ihres zeitlichen Umfangs auch mehr als geringfügig ([§ 8 SGB IV](#)) war und in Anbetracht des Jahreseinkommens nicht zur Versicherungsfreiheit in der Kranken- und Pflegeversicherung nach [§§ 6 Abs. 1, 4 SGB V](#), [20 Abs. 1 S. 1 SGB XI](#) führte (die maßgebliche Jahresarbeitsentgeltgrenze betrug im streitbefangenen Zeitraum jährlich 46.350 EUR (2004) bzw. 46.800 EUR (2005) bzw. 47.250 EUR (2006), das Bruttojahreseinkommen des Beigeladenen zu 1 29.746,73 EUR (2004) bzw. 34.541,93 EUR (2005) bzw. 28.715,20 EUR (2006)).

Das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung hat die Beklagte in dem angefochtenen Widerspruchsbescheid vom 04.02.2008, auf dessen Gründe der Senat Bezug nimmt ([§ 136 Abs. 3 SGG](#)), überzeugend dargelegt. Die gegenteilige Würdigung durch die Beklagte, den Beigeladenen zu 1 und das Sozialgericht geht hingegen fehl.

Bereits aus dem Vertrag vom 27.03.2004 ergibt sich im Wege der Gesamtschau die Abhängigkeit des Beigeladenen zu 1; die tatsächlichen

Umstände bestätigen, dass der Beigeladene zu 1 in den Betrieb der Klägerin eingegliedert war und deren Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit unterlag.

Nach dem Gesamtbild verrichtete der Beigeladene zu 1 keine anderen Tätigkeiten als die gewerblichen Arbeitnehmer der Klägerin. Die zu erledigenden Arbeiten waren durch die Arbeits-/Reparaturkarten, auf denen der Beigeladene zu 1 sogar eine Personalnummer (!) einzutragen hatte und eintrug, detailliert vorgegeben. Ein Rahmen für die Arbeitszeit war ebenso vorgegeben wie der Arbeitsort.

Er setzte mit Ausnahme eigener Arbeits- und Schutzkleidung keinerlei eigene Betriebsmittel ein, nicht einmal Gehörschutz, Schutzbrille und Handschuhe, geschweige denn erforderliche Spezialwerkzeuge.

Da der Beigeladene zu 1 über Letztere wegen des hohen Anschaffungspreises gar nicht verfügte, stellt sich im Übrigen die Frage, wie er neben der praktisch in Vollzeit ausgeübten - Tätigkeit für die Klägerin andere Aufträge hätte generieren sollen. Tatsächlich hatte er keine realistischen Marktchancen und trat auch am Markt nicht auf. Dass er stattdessen für die Klägerin auch die sog. Textaineraufträge ausführte, obwohl diese nach seinen Angaben ein Zuschussgeschäft darstellten, illustriert seine Abhängigkeit von der Klägerin.

Die vom Sozialgericht betonte besondere Qualifikation des Beigeladenen zu 1 als Spezialist vermag der Senat im Hinblick auf die erledigten Arbeiten nicht zu erkennen. Ausweislich der in der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts protokollierten Angaben des Prokuristen der Klägerin, Herrn A., handelte es sich um immer die gleichen reparaturarbeiten wegen immer der gleichen Schäden.

Dafür, dass die Tätigkeiten des Beigeladenen zu 1 für die Klägerin praktisch wie eine abhängige Vollzeitbeschäftigung ausgeübt wurden und nach deren Vorstellung auch ausgeübt werden sollten, spricht des Weiteren, dass der zugrundeliegende Vertrag sogar ein beiderseitiges Kündigungsrecht mit einer Frist von 5 Arbeitstagen regelt, wofür bei Annahme jeweiliger Einzelbeauftragung eines Selbstständigen nicht ohne weiteres ein Grund erkennbar ist.

Die im Vertrag und von den Vertragsschließenden immer wieder erwähnte Möglichkeit der Beauftragung von Subunternehmern spricht entgegen deren Auffassung nicht gegen eine abhängige Beschäftigung. Denn diese bestand nur theoretisch und wurde nicht praktiziert. In der Delegationsmöglichkeit der eigenen Arbeitsleistung liegt jedoch nicht einmal dann ein entscheidendes Merkmal für eine selbstständige Tätigkeit, wenn diese Möglichkeit nur selten genutzt wird, regelmäßig kein eigener Arbeitnehmer beschäftigt wird und damit die persönliche Arbeitsleistung die Regel ist (BSG 11.03.2009 - [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25, mwN).

Der Beigeladene zu 1 trug schließlich kein typisches Unternehmerrisiko, das sich von demjenigen eines abhängig Beschäftigten unterscheidet, nämlich der fehlenden Einsatzmöglichkeit seiner Arbeitskraft. Für andere Auftraggeber war er überdies nach seinen eigenen Angaben nicht tätig und konnte dies bei weitgehender Vollzeitbeschäftigung auch kaum sein.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass dem Beigeladenen zu 1 mit dem Vertrag vom 27.03.2004 für einen Beschäftigten untypische Belastungen und Risiken auferlegt wurden (keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, kein Urlaubsanspruch, keine soziale Absicherung, Mängelgewährleistung, umfassende Haftung). Die Zuweisung von Risiken an den Arbeitenden spricht nur dann für Selbstständigkeit, wenn damit größere Freiheiten und größere Verdienstmöglichkeiten verbunden sind, die nicht bereits in der Sache angelegt sind, weil allein die Zuweisung von Risiken einen abhängig Beschäftigten noch nicht zum Selbstständigen macht (BSG 12.12.1990 - 11 Rar 73/90, Breith 1992, 71, mwN). Eben dies ist vorliegend nicht ersichtlich. Die Risikozuweisung stellt sich vielmehr als Zweck einer vorgeschobenen Selbstständigkeit dar, welche wegen der aktuell höheren Einkünfte auch im kurzfristigen Interesse des Beigeladenen stand, und ist daher nicht geeignet, als mit ausschlaggebendes Indiz Berücksichtigung zu finden.

Insgesamt betrachtet stellt sich die Vertragsgestaltung als Bemühen dar, einem dem Gesamtbild nach typischen abhängigen Beschäftigungsverhältnis den äußeren Anstrich einer selbstständigen Tätigkeit zu geben, wodurch der soziale Schutzzweck der solidarischen Sozialversicherung von der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1, der im Falle der Bedürftigkeit insbesondere bei Arbeitslosigkeit, Invalidität oder im Alter ohne sozialversicherungsrechtliche Absicherung auf steuerfinanzierte Transferleistungen angewiesen gewesen wäre bzw. ist, unterlaufen worden wäre.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2012-01-11