

L 3 R 102/16

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung

3
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 11 R 1373/14

Datum
25.08.2016
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 3 R 102/16

Datum
05.12.2017
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung des Klägers werden das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. August 2016 sowie der Bescheid der Beklagten vom 4. Juni 2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. November 2014 abgeändert und festgestellt, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 15. April bis 2. Oktober 2013 nur versicherungspflichtig in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung war. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Beklagte trägt ein Drittel der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Klägers in beiden Rechtszügen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1 vom 15. April bis 2. Oktober 2013 als abhängiges Beschäftigungsverhältnis der Sozialversicherungspflicht unterlag.

Der 1976 geborene Kläger war bis 2012 festangestellter Mitarbeiter der H. AG. Seitdem bietet er selbständig unter der Firmierung "K." Dienstleistungen, insbesondere fachliche Beratungen im IT-Bereich, an. Daneben ist er seit September 2013 Alleingesellschafter und Geschäftsführer der "T. GmbH", die ebenfalls Beratungen im Bereich Finance, Marketing und Vertrieb anbietet. Aufgrund seines Antrages stellte die Beklagte mit Bescheid vom 23. Januar 2014 fest, dass er in dieser Tätigkeit selbständig und nicht versicherungspflichtig zur Sozialversicherung ist.

Auch die Beigeladene zu 1 hat sich auf die Beratung im Finanzdienstleistungssektor spezialisiert. Sie schloss unter dem 26. Juli 2012 einen "Rahmenvertrag" mit der H. AG. In dessen § 1 (Gegenstand des Vertrages) heißt es: "Dieser Rahmenvertrag wird durch gesondert abzuschließende Leistungsscheine ergänzt, aus der sich der jeweilige Auftraggeber und die einzelnen vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen ergeben, die entweder darin liegen, dass der Auftragnehmer die Herbeiführung eines Erfolges oder eine laufende Tätigkeit schuldet." Gemäß § 2 Abs. 5 war die Beigeladene zu 1 berechtigt, Subunternehmer zur Erfüllung ihrer Verpflichtung einzusetzen. In § 15 Abs. 2 heißt es: "Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Das gilt auch für die Änderung dieser Schriftformklausel."

Unter dem 27. März 2013 schloss die Beigeladene zu 1 mit dem Kläger einen ersten Beratervertrag. Nach dessen § 1 Ziffer 1 verpflichtete sich der Kläger, die Beigeladene zu 1 bzw. deren Mandantin - die H. AG - in den Projekten mit den Bestellnummern und bei der Migration von Börsenderivaten, Durchführung von Tests, Konfiguration und Testdokumentation zu unterstützen. Er verpflichtete sich ferner, der Beigeladenen zu 1 über seine Tätigkeit monatlich oder auf Verlangen Bericht zu erstatten. Weiterhin hatte der Kläger die Stunden bei der H. AG zu erfassen und den Monatsausdruck von dieser unterschreiben zu lassen. Die Beigeladene zu 1 hatte dem Kläger ausschließlich die Stunden zu zahlen, die seitens der H. AG anerkannt waren (§ 1 Ziffer 2). § 1 Ziffer 3 bestimmt: "Der Berater ist grundsätzlich in der Bestimmung seines Arbeitsortes und seiner Arbeitszeit frei, wenn die Mandantin diese nicht vorgibt." In § 1 Abs. 5 des Vertrages heißt es: "Der Berater wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Auftrag durch die Firma I. GmbH durchgeführt und im Namen und Rechnung des Auftraggebers erfolgt." Durch § 2 des Vertrages wurde der Kläger verpflichtet, während der Dauer des Vertragsverhältnisses keine selbstständige oder unselbstständige, direkte oder indirekte Tätigkeit für ein Unternehmen zu entfalten, das mit dem Auftraggeber oder einer oder mehrerer ihrer Tochterfirmen in Wettbewerb steht. Die Tätigkeit begann am 1. April 2013 und belief sich auf maximal 25 Personentage (§ 6 Ziffer 1). Gemäß § 4 Ziffer 1 des Vertrages wurde ein Tageshonorar von 870 EUR vereinbart. In § 8 Ziffer 1 heißt es: "Mündliche Nebenabreden wurden nicht getroffen. Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Gleiches gilt für die Aufhebung des Schriftformerfordernisses."

Unter dem 30. März 2013 wurde ein weiterer Beratervertrag über die Tätigkeit des Klägers in dem Projekt D. ab 22. April 2013 vereinbart.

Darin verpflichtete sich der Kläger, die Beigeladene zu 1 bzw. deren Mandantin – die H. AG – bei dem Projekt "Erweiterung D. um Euro Dispo" (Bestell- Nr. ; Projekt) zu unterstützen. Die Tätigkeiten des Vorhabens umfassten folgende Aufgabengebiete: Technische Konzeption unter Berücksichtigung der sich verändernden Liefersysteme und Lieferstrecken wegen Konsolidierung der Handels- und Abwicklungssysteme; technische Umsetzung und Entwicklertest; Test nach den Richtlinien der H. AG (SOS) und Einführung; Übergabe an die Linie (§ 1 Ziffer 1). Die Tätigkeit sollte sich auf maximal 5 Personentage belaufen (§ 6 Ziffer 1 des Vertrages). Die übrigen Vertragsklauseln waren im Wesentlichen gleichlautend wie im ersten Beratervertrag.

In einem dritten Beratervertrag vom 21. Juni 2013 ging es ebenfalls um eine Mitarbeit des Klägers beim Projekt "Erweiterung D. um Euro Dispo" (Bestell- Nr. ; Projekt). Als Tätigkeitsbeginn war bei ansonsten im Wesentlichen gleichlautenden vertraglichen Regelungen der 22. April 2013 mit maximal 25 Personentagen vereinbart (§ 6 Ziffer 1 des Vertrages).

Auch der vierte, ebenfalls am 21. Juni 2013 geschlossene und im Wesentlichen gleichlautende Beratervertrag betraf die Mitarbeit des Klägers beim Projekt "Erweiterung D. um Euro Dispo" (Best.-Nr. ; Projekt). Beginn der Tätigkeit war der 1. Juli 2013, der Projektumfang belief sich auf maximal 11 Personentage (§ 6 Ziffer 1 des Vertrages).

Der Kläger erzielte im Jahr 2013 ein Gesamteinkommen von 71.758 EUR. Im Oktober 2013 beantragte er bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status für seine Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1. Diese führte in einer im November 2013 bei der Beklagten eingegangenen Stellungnahme aus, dass die Tätigkeit des Klägers in der Unterstützung bei Projektaufgaben wie der technischen Umsetzungsspezifikation, der Erstellung von Testkonzeption und Testdurchführung bestehe. Die Leistungserbringung sei grundsätzlich frei planbar, soweit es der Endkunde zulasse. Der Kläger sei auch grundsätzlich frei in der Wahl des Ortes der Leistungserbringung, in der Regel erfolge sie in den Räumen des Endkunden. Darüber hinaus bestehe eine Berichtsverpflichtung für den Endkunden. Die Richtlinien des Endkunden seien einzuhalten und besprochen worden. Die Leistungserbringung erfolge als Teil eines Projektteams, die Leitung des Projekts erfolge in der Regel durch den Endkunden. Der Kläger unterliege keiner direkten Weisung. Arbeitsmittel würden von der Beigeladenen zu 1 nicht zur Verfügung gestellt, es gebe auch keine Vorgaben hinsichtlich einer bestimmten Kleidung. Die ausgeübte Tätigkeit werde nicht auch von festangestellten Mitarbeitern ausgeführt. Der Kläger dürfe die Tätigkeit Dritten übertragen, sofern diese geeignet seien und vom Endkunden akzeptiert würden. Er erhalte ein Tageshonorar, Reisekosten etc. würden nicht übernommen.

Der Kläger teilte unter dem 3. März 2014 mit, dass er keine Hilfskräfte zur Vertragserfüllung beschäftigt habe. Für die Erbringung der Leistungen seien teilweise Informationen durch den Endkunden zu liefern gewesen. Vorgaben im Sinne von Weisungen seien zu keiner Zeit notwendig gewesen. Die tatsächliche Leistungserbringung sei in der Regel in den Räumen des Endkunden erfolgt, an einzelnen Tagen aber auch in seiner Betriebsstätte in K ... Eine grundsätzliche Anwesenheitspflicht habe insofern bestanden, als es der Projektfortschritt erfordere habe. Es sei für das jeweilige Projekt eine kurze mündliche Einweisung durch den Hauptansprechpartner erfolgt. Die Festlegung der Arbeitszeit sei mit dem Projektkollegen jeweils individuell abgestimmt worden. Mit der Beigeladenen zu 1 seien grundsätzlich Tageshonorare vereinbart worden sowie eine maximal zu erbringende Anzahl an Leistungstagen. Für die Abrechnung eines vollen Tagessatzes seien mindestens acht Stunden zu erbringen gewesen. Mehr geleistete Stunden seien nicht vergütet worden. Besprechungen hätten im Rahmen des Projektes stattgefunden. Dabei seien teilweise konkrete Aufgabengebiete besprochen worden, um den Projektfortschritt sicherzustellen. Diese Aufgaben seien grundsätzlich abzuarbeiten gewesen. Im Rahmen der Projektarbeiten sei eine Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Endkunden, Mitarbeitern der Beigeladenen zu 1 sowie Mitarbeitern weiterer Auftragnehmer erfolgt. Sofern es der Projektablauf erfordere habe, sei eine Konkretisierung der Erwartungen vorgenommen worden. Die Koordination bzw. (Teil-) Projektleitung sei durch interne oder externe Mitarbeiter des Endkunden übernommen worden. Im Rahmen der Leistungserbringung seien keine Weisungen erteilt worden. Es sei eine grundsätzliche Abstimmung über Inhalt und Abwesenheit vorgenommen worden, um das Auftragsziel zu erreichen.

Nach erfolgter Anhörung durch die Beklagte führte der Kläger mit einem weiteren Schreiben vom 28. Mai 2014 aus, er sei seit Vertragsbeginn für die Beigeladene zu 1 als selbständiger Subunternehmer tätig geworden. 2013 habe er für sein Unternehmen, die "K.", einen Kunden akquiriert, dessen Richtlinien es nicht erlaubt hätten, Freelancer direkt zu kontaktieren. Somit sei eine "Mittler GmbH" erforderlich gewesen und zu diesem Zweck habe er die Beigeladene zu 1 angesprochen, um für sie als Subunternehmer beim Kunden tätig werden zu können. Er habe stets unter seiner eigenen Unternehmensadresse mit dem Kunden korrespondiert, seine eigenen Visitenkarten verwendet und Hemden und ein Einstecktuch mit seinem eigenen Firmenlogo getragen. Er habe weder bei der Beigeladenen zu 1 noch bei dem Kunden einen festen Arbeitsplatz gehabt. Arbeitsmittel habe er von der Beigeladenen zu 1 nicht erhalten. Er habe fortlaufend weiter Gespräche für weitere Aufträge geführt und sei stets am Markt verfügbar gewesen. Eine Berichtsverpflichtung gegenüber der Beigeladenen zu 1 habe nie bestanden. Nicht der Beigeladenen zu 1, sondern dem Kunden habe es obliegen, das Auftragsverhältnis inhaltlich und zeitlich zu gestalten.

Die Beklagte stellte sodann mit Bescheiden vom 4. Juni 2014 gegenüber dem Kläger und der Beigeladenen zu 1 fest, dass der Kläger ab 15. April 2013 in seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1 in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden und damit der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlegen habe.

Gegen diese Bescheide legten sowohl der Kläger als auch die Beigeladene zu 1 jeweils Widersprüche ein, die von der Beklagten mit Widerspruchsbescheiden vom 18. November 2014 zurückgewiesen wurden.

Mit seiner am 18. Dezember 2014 erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiter verfolgt. Er hat sein bisheriges Vorbringen wiederholt und ergänzend ausgeführt, dass er im Sommer 2012 aufgrund seiner Kontakte zur H. AG versucht habe, das erste Projekt (Börsenderivate) zu akquirieren. Da diese jedoch lediglich mit juristischen Personen kontrahiert habe, habe er die Beigeladene zu 1 eingeschaltet, die mit der H. AG zusammengearbeitet habe und deren Geschäftsführer Herrn T. er aus der Zeit seiner Anstellung bei der H. AG gekannt habe. Das zweite Projekt (D.) habe sich dann aus der Zusammenarbeit ergeben.

Die Beigeladene zu 1 hat im Klageverfahren ausgeführt, dass sie schon länger Kontakte zur H. AG gehabt habe. Die Bank habe drei Projektmanager. Wenn deren Kapazitäten nicht ausreichten, würden externe Partner hinzugezogen, hierzu gehöre auch die Beigeladene zu 1. Diese habe auch eigene Mitarbeiter. Wenn auch diese nicht eingesetzt werden könnten oder aber eine spezielle fachliche Qualifikation erforderlich sei, würden externe Partner gesucht.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 25. August 2016 abgewiesen und ausgeführt, dass es zwar auch Anhaltspunkte für eine selbständige Tätigkeit gebe, sich aber aufgrund einer Würdigung der Gesamtumstände das Vorliegen einer abhängigen und somit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung ergebe. Der Kläger sei weitgehend an vorgegebene Arbeitszeiten und den Arbeitsort bei der H. AG gebunden gewesen. Die Beigeladene zu 1 habe grundsätzlich eigene Mitarbeiter eingesetzt und nur, wenn dies aus Kapazitätsgründen nicht möglich gewesen sei, externe Partner eingeschaltet. Der Kläger sei in die Projektteams eingebunden und verpflichtet gewesen, die geleisteten Stunden abzeichnen zu lassen. Dass er weitgehend weisungsfrei tätig gewesen sei, ergebe sich aus seiner speziellen Qualifikation. Ein wesentliches Unternehmerrisiko sei nicht erkennbar, denn ein Einsatz von Betriebsmitteln mit ungewissem Ausgang sei aufgrund des Tageshonorars nicht gegeben gewesen.

Der Kläger hat gegen das ihm am 21. Oktober 2016 zugestellte Urteil am 3. November 2016 Berufung eingelegt. Er wiederholt und vertieft seinen bisherigen Vortrag und trägt ergänzend vor, das Sozialgericht habe zu Recht festgestellt, dass er weitgehend weisungsfrei tätig gewesen sei. Nicht richtig sei jedoch, dass er ausschließlich in den Räumen der H. AG tätig gewesen sei. Vielmehr habe er bestimmte Tätigkeiten, wie die technische Projektdokumentation, auch in seiner Betriebsstätte in K. durchgeführt. Dass die Tätigkeiten in der H. AG während der Öffnungszeiten erfolgt seien, liege nicht an einem etwaigen Weisungsrecht, sondern an den besonderen Sicherheitsanforderungen der Bank. Er habe nämlich nicht von außen auf das interne Banknetzwerk zugreifen können und ein Betreten der Bank sei nur zu den Öffnungszeiten möglich gewesen. Auch die Nutzung der bei der H. AG vorhandenen Hard- und Software bedeute keine Einordnung in deren Arbeitsorganisation, sondern sei ebenfalls den erhöhten Sicherheitsanforderungen geschuldet. Er habe ein Unternehmerrisiko getragen, da er ein Tageshonorar erhalten habe, das bei einem geringeren Stundenanteil gekürzt worden sei, während Mehrstunden nicht vergütet worden seien. Er habe weder Anspruch auf bezahlten Urlaub noch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gehabt. Er habe eigene Arbeitsmittel, wie seinen Laptop, seinen Drucker und das Mobiltelefon eingesetzt. Er sei außerdem während seiner Tätigkeit weiterhin werbend am Markt aufgetreten und habe nach neuen Aufträgen gesucht. Schließlich stelle auch die Höhe des Entgelts ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit dar, da es eine umfassende Eigenvorsorge zulasse. Das Tageshonorar von 870 EUR entspreche bei zugrunde gelegten acht Stunden am Tag einem Stundensatz von 108,75 EUR. Demgegenüber seien bei der Beigeladenen zu 1 sieben abhängig beschäftigte Informatiker tätig, deren Stundensatz 40,38 EUR betrage.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 25. August 2016 sowie den Bescheid der Beklagten vom 4. Juni 2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. November 2014 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene nicht der Sozialversicherungspflicht unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und weist darauf hin, dass nach den Beraterverträgen die Kundin der Beigeladenen zu 1 die Rechtsmacht gehabt habe, dem Kläger Weisungen hinsichtlich des Arbeitsortes und der Arbeitszeit zu erteilen. Da die Bank nicht mit einzelnen Selbständigen zusammengearbeitet habe, sei der Kläger auf die betriebliche Organisation der Beigeladenen zu 1 angewiesen gewesen, um seine Arbeitskraft verwerten zu können.

Die Beigeladenen haben keine eigenen Anträge gestellt.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte sowie die Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte und auch sonst zulässige Berufung ([§§ 143, 151 SGG](#)) ist nur zum Teil begründet.

Die formalen Voraussetzungen für die Feststellung der Beklagten sind erfüllt, da der Kläger bei ihr schriftlich eine Entscheidung beantragt hatte, ob eine Beschäftigung vorliegt, und weder die Einzugsstelle noch ein anderer Versicherungsträger zu diesem Zeitpunkt bereits ein entsprechendes Verfahren eingeleitet hatte ([§ 7a Abs. 1 S. 1 und S. 3 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#)).

Die angefochtenen Bescheide sind jedoch rechtswidrig, soweit mit ihnen auch die Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der sozialen Pflegeversicherung festgestellt worden ist. Im Übrigen sind sie rechtmäßig.

Eine Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der sozialen Pflegeversicherung scheidet bereits deshalb aus, weil sein im Jahr 2013 erzielttes Arbeitsentgelt die maßgebliche Jahresarbeitsentgeltgrenze von 52.200 EUR ([§ 6 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 6 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch, § 20 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch](#)) überschritten hat.

Er unterliegt jedoch der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung, denn er hat seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch, § 25 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) 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. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. 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, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach

dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Zur Feststellung des Gesamtbilds kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu. Ausgangspunkt für die Beurteilung ist vielmehr zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung geht der formellen Vereinbarung nur vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG, Urteil vom 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#); BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#); beide Juris).

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers um eine in der Praxis offenbar vermehrt auftretende Konstellation in einem Mehr-Personen-Verhältnis handelt, bei dem die benötigte Fachkraft kein unmittelbares Vertragsverhältnis zum Endkunden hat, sondern diesem von einem "Mittler-Unternehmen" zur Verfügung gestellt wird, der hierfür einen Teil des Entgelts erhält, das der Endkunde für den Einsatz zahlt (vgl. hierzu: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 25.04.2017 - [L 11 R 1911/16](#) - Juris; Lanzinner/Nath, "Beitragsrechtliche Folgen der verdeckten Überlassung von Scheinselbständigen", Teil I und II in: NZS 2015, S. 210 ff. und S. 251 ff.). In derartigen Fällen sind grundsätzlich verschiedene rechtliche Konstruktionen denkbar.

Eine bloße Vermittlungstätigkeit der Beigeladenen zu 1, bei der sich die Leistung des Vermittlers im Wesentlichen darin erschöpft, einen Vermittlungserfolg, nämlich den Abschluss eines Arbeitsvertrages oder eines Vertrages über freie Mitarbeit herbeizuführen (vgl. BSG 11.12.2014 - [B 11 AL 1/14 R](#) - Juris), scheidet vorliegend aus, da der Kläger nach seinen von der Beigeladenen zu 1 bestätigten Angaben die Projekte selbst akquiriert hat.

Auch eine - erlaubte oder unerlaubte - Arbeitnehmerüberlassung liegt nicht vor, denn dabei beschränkt sich die Pflicht des Verleihers auf die Auswahl des Arbeitnehmers und endet, sobald er dem Entleiher die Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat (Lanzinner/Nath, a.a.O., S. 213; BAG, Urteil vom 18.01.2012 - [7 AZR 723/10](#)). Hier schuldete aber die Beigeladene zu 1 nach dem von ihr mit der H. AG geschlossenen Rahmenvertrag die Herbeiführung eines Erfolges oder eine laufende Tätigkeit und war lediglich berechtigt, Dritte zur Erfüllung ihrer (eigenen) vertraglichen Verpflichtung einzusetzen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Begründung eigener vertraglicher Verpflichtungen der Beigeladenen zu 1 nur ein Scheingeschäft ([§ 117](#) Bürgerliches Gesetzbuch) oder wirksam abbedungen sein könnte, wobei letzteres aufgrund der doppelten Schriftformklausel in § 15 Abs. 2 des Rahmenvertrages auch nicht möglich wäre.

Nach Auffassung des erkennenden Senats hat die Beigeladene zu 1 ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Endkundin durch den Einsatz des Klägers im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erfüllt.

Es gibt allerdings auch Umstände, die für eine selbständige Tätigkeit des Klägers, also für seinen Einsatz als Subunternehmer der Beigeladenen zu 1, sprechen. Er hatte sich in seiner beruflichen Ausrichtung grundsätzlich von seinem Beschäftigtenstatus gelöst und war dabei, seine Selbständigkeit - zunächst als Einzelunternehmer und später in der Rechtsform einer GmbH - aufzubauen. Er hat auch glaubhaft geschildert, dass es seine Absicht war, als Selbständiger für die H. AG tätig zu werden, und dass er die Beigeladene zu 1 nur benötigte, weil die H. AG mit ihm als Einzelperson keine Verträge abgeschlossen hätte.

Die Gesamtschau aller Umstände ergibt dennoch das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Dies ergibt sich vor allem aus dem Inhalt der zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1 geschlossenen Beraterverträge.

So ergeben sich aus § 1 Ziffer 2 der Verträge umfassende Berichtspflichten des Klägers gegenüber der Beigeladenen zu 1. Diese waren auch nicht nur zeitlich geringfügig (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 31.03.2017 - [B 12 R 7/15 R](#) - Juris: Berichtspflichten im Abstand von sechs Monaten), sondern sie bestanden "monatlich oder auf Verlangen". Die Beigeladene konnte also praktisch jederzeit einen Bericht verlangen, wodurch eine engmaschige Kontrollbefugnis eröffnet wurde. Dass die Beigeladene zu 1 nach den Angaben des Klägers von diesem Recht keinen Gebrauch gemacht hat, ist für die rechtliche Bewertung nicht maßgeblich, da es insoweit nur auf die bestehende Rechtsmacht ankommt und es beispielsweise im Falle eines Zerwürfnisses oder anderweitig veränderter Umstände jederzeit rechtlich zulässig gewesen wäre, die vertraglich vereinbarten Rechte durchzusetzen. Eine wirksame Abbedingung dieser Rechte war aufgrund der doppelten Schriftformklausel in den Verträgen nicht möglich.

Des Weiteren war der Kläger nach § 1 Ziffer 3 des Vertrages in der Bestimmung seines Arbeitsortes und seiner Arbeitszeit nur insoweit frei, wie diese nicht vom Endkunden vorgegeben wurde. Dementsprechend bestand also insoweit eine Weisungsbefugnis, die von der Beigeladenen zu 1 lediglich aus praktischen Erwägungen an den Endkunden delegiert worden ist, die aber über die Vertragskette der Beigeladenen zu 1 zuzurechnen ist (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 25.04.2017, [a.a.O.](#); LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 10.06.2016 - [L 4 R 3072/15](#) - Juris). Auch insoweit ist hier die vertraglich festgelegte Rechtsmacht maßgeblich. Allerdings ist auch nicht erkennbar, dass die tatsächliche Ausführung wesentlich von der vertraglichen Vereinbarung abgewichen wäre. Vielmehr hat die Beigeladene zu 1 im Verwaltungsverfahren angegeben, dass die Leistungserbringung grundsätzlich frei planbar sei, "soweit es der Endkunde zulasse". Die Richtlinien des Endkunden seien einzuhalten und die Leistungserbringung erfolge als Teil eines Projektteams, wobei die Leitung des Projekts in der Regel durch den Endkunden erfolge. Ebenso hat auch der Kläger ausdrücklich ausgeführt, dass es dem Kunden oblegen habe, das Auftragsverhältnis inhaltlich und zeitlich zu gestalten. Er hat ferner eingeräumt, dass eine grundsätzliche Anwesenheitspflicht insofern bestanden habe, als es der Projektfortschritt erfordert habe und dass die Festlegung der Arbeitszeit mit den Projektkollegen jeweils individuell abgestimmt worden sei. Dass die Anwesenheitszeiten des Klägers (auch) durch die Öffnungszeiten und besonderen Sicherheitsanforderungen der Bank bestimmt wurden, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung, denn der Kläger war jedenfalls nicht völlig frei in der Gestaltung seiner Tätigkeit, sondern musste sich den jeweiligen Vorgaben des Endkunden anpassen.

Dass darüber hinaus keine Einzelweisungen in Bezug auf die fachliche Ausführung erfolgt sind, liegt in der Natur der geschuldeten Tätigkeit, mit der der Kläger gerade sein spezielles Fachwissen einbringen sollte. Bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert" sein, soweit dennoch eine Eingliederung in den Betrieb besteht (BSG, Urteil vom 18.12.2001 - [B 12 KR 8/01 R](#) - Juris). Dies war hier der Fall, denn der Kläger war eingegliedert in ein Team von Mitarbeitern der Endkundin und anderen externen Mitarbeitern und ihm wurden Aufgaben zugeteilt, die er nach eigenen Angaben "abzuarbeiten" hatte.

Dem Kläger war es ferner untersagt, während der Dauer des Vertragsverhältnisses selbständige oder unselbständige Tätigkeiten für ein

Konkurrenzunternehmen der Beigeladenen zu 1 zu entfalten (§ 2 Abs. 1 der Verträge). Ein derartiges Wettbewerbsverbot ist grundsätzlich ein Indiz für einen höheren Grad an Abhängigkeit und deswegen für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses (BSG, Urteil vom 31.03.2017, [a.a.O.](#)).

Demgegenüber ist die Anmeldung eines Gewerbes durch den Kläger im Rahmen der Gesamtabwägung kein aussagekräftiges Kriterium, da eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung nicht stattfindet (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 25.04.2017, [a.a.O.](#)). Soweit der Kläger Rechnungen gestellt hat, kann dies ebenfalls nicht als wesentliches Indiz für eine selbstständige Tätigkeit gelten, denn dies gibt nur Aufschluss darüber, wie er und sein Vertragspartner seine Tätigkeit bewertet haben. Darauf kommt es aber nicht entscheidend an. Gleiches gilt für die fehlende Vereinbarung von Arbeitnehmerschutzrechten wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bezahltem Urlaub, denn die Vorenthaltung gesetzlicher Arbeitnehmerrechte macht einen Beschäftigten nicht zum Unternehmer (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 30.07.2014 - [L 5 R 3157/13](#) - Juris). Ebenso ist der Gedanke einer unter Umständen fehlenden Schutzbedürftigkeit des Betroffenen kein Merkmal dafür, ob es sich um eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit handelt (BSG, Urteil vom 24.10.1978 - [12 RK 58/76](#) - Juris).

Der Kläger hat auch nicht in erheblichem Umfang eigene Arbeitsmittel eingebracht, denn er hat nach eigenem Vortrag im Wesentlichen in den Räumlichkeiten und auf den Servern der Bank gearbeitet. Dass er daneben auch einen eigenen Laptop und ein eigenes Mobiltelefon genutzt hat, tritt demgegenüber in den Hintergrund.

Der Kläger hat auch kein echtes Unternehmerrisiko getragen, denn er hat weder in nennenswertem Umfang eigenes Kapital eingesetzt noch seine Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt, da er eine Tagespauschale erhalten hat. Diese eröffnete keine besondere unternehmerische Gewinnchance, da sie zwar bei einem Arbeitseinsatz von weniger als acht Stunden gekürzt werden konnte, Mehrstunden jedoch mit abgegolten waren. Zwar stellen derartige Umstände bei reinen Dienstleistungen, die – wie vorliegend – im Wesentlichen nur Know-how sowie Arbeitszeit- und Arbeitsaufwand voraussetzen und nicht mit größeren Investitionen verbunden sind, kein maßgebliches Indiz für eine abhängige Beschäftigung dar (BSG, Urteil vom 31.03.2017, [a.a.O.](#)). Umgekehrt vermögen sie aber auch nicht das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit zu begründen.

Die Vereinbarung eines Honorars, das deutlich über dem Arbeitsentgelt eines versicherungspflichtigen Beschäftigten liegt, kann zwar ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sein, es handelt sich dabei jedoch nur um eines von vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien (BSG, Urteil vom 31.03.2017, [a.a.O.](#)). Angesichts der übrigen Umstände kommt diesem Aspekt daher vorliegend keine durchgreifende Bedeutung zu.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Die Revision gegen das Urteil wurde nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2018-07-16