

## L 8 KR 130/16

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG Frankfurt (HES)  
Aktenzeichen  
S 14 KR 106/11  
Datum  
17.03.2016  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 8 KR 130/16  
Datum  
26.04.2018  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 17. März 2016 abgeändert.

Der Bescheid vom 18. Februar 2010 und der Abänderungsbescheid vom 28. Juni 2010, beide in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Januar 2011 werden aufgehoben. Es wird festgestellt, dass für den Kläger aufgrund seiner Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1) im Zeitraum vom 25. Mai 2009 bis zum 31. August 2009 keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, sozialen Pflege- und gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestand.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Beklagte hat in beiden Instanzen die außergerichtlichen Kosten des Klägers in vollem Umfang und der Beigeladenen zu 1) zu einem Drittel zu tragen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Sozialversicherungspflicht des Klägers zu allen Zweigen der Sozialversicherung aufgrund seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) ab dem 25. Mai 2009 streitig.

Die Beigeladene zu 1), die 1998 als AG gegründet wurde, ist nach eigenen Angaben ein mittelständisches Unternehmen und gehört zu einem der führenden Unternehmen für Beratung und Dienstleistungen in der Informationstechnologie (<https://www.O.com/ueber-uns/>, Abfrage am 6. April 2018) mit einem Softwarezentrum in C-Stadt und Niederlassungen in F-Stadt, G-Stadt, H-Stadt, J-Stadt, K-Stadt und L-Stadt sowie Auslandsgesellschaften in Österreich und der Schweiz.

Der Kläger ist Diplom-Informatiker (FH) und als IT-Berater tätig. Auf seiner eigenen Website (<http://A.de/leistungen.php>, Abfrage am 6. April 2018) bietet er neben Systemanalyse und Systemdesign nach gegebenen Anforderungen Beratungsleistungen im JAVA/J2EE/JEE-Umfeld an und gibt auf dieser für den vorliegend streitigen Zeitraum (Mai 2009 - August 2009) eine Tätigkeit in einem Projekt der Branche Finanz im Bereich Design und Entwicklung eines Testautomatisierungssystems zur Überführung von Massendaten an (<http://A.de/projekte.php>).

Am 10. August 2009 ging bei der Beklagten der gemeinsame Antrag des Klägers und der Beigeladenen zu 1) auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers ein auf Feststellung, ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis liege nicht vor. Dazu gab der Kläger an, er sei für die Beigeladene zu 1) im Bereich IT Consulting/IT Beratung tätig. Die beratende Tätigkeit umfasse den Java/J2EE-Bereich und eine entsprechende Anwendungsentwicklung. Er erbringe die Leistung mit eigenen Betriebsmitteln (Computer und lizenzierte Software), werbe für sich mit eigener Website und in einschlägigen Portalen und seine Stunden- und Tagessätze seien projektbezogen frei verhandelt.

Ergänzend legte der Kläger einen auf den 24. April 2009 datierten Auftrag vor, mit dem die Beigeladene zu 1) den Kläger beauftragte, im Zeitraum vom 25. Mai 2009 bis zum 31. August 2009 (mit Option auf Verlängerung) zur selbstständigen Anwendungsentwicklung mit Java, J2EE, Rolle: Dev L3 Microflow3 im Projekt "M.bank, KonzernPerson KP2.0" mit Einsatzort A-Stadt mit einem Tagessatz von 520,00 EUR zzgl. gesetzlicher MwSt. tätig zu sein. Weiter heißt es:

"Vertragsbedingungen:

1. Gegenstand des Vertrages (der Beauftragung)/Leistungsumfang

a) Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer, die unter dem Kapitel "Leistungsbeschreibung" des näher beschriebenen Beratungs- und Dienstleistungen zu erbringen. Der angegebene Leistungszeitraum und -umfang sind nicht zwingend. Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf die maximale Vergütung. Der Auftraggeber ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, den geplanten Leistungsumfang voll auszuschöpfen.

b) Sofern oben nichts anderes vereinbart, gilt der vereinbarte Stundensatz unabhängig davon, an welchen Tagen, zu welcher Tageszeit, in welchem Umfang und an welcher A-Stadt Lokalität die Arbeiten durchgeführt werden. Alle Preisangaben dieser Beauftragung beziehen sich ausschließlich auf den Standort A-Stadt.

c) Der Auftragnehmer wird für den Auftraggeber als freier Mitarbeiter tätig. Er handelt weisungsfrei und kann seine Tätigkeitszeiten frei gestalten. Ein Anstellungsverhältnis wird nicht begründet.

d) Für die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Belange sowie für eine gegebenenfalls notwendige Gewerbeanmeldung wird der Auftragnehmer selbst Sorge tragen. Dies ist bei der Kalkulation der Vergütung berücksichtigt.

e) Der Auftragnehmer ist frei darin, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein. Der Auftragnehmer erfüllt seine Aufgaben eigenverantwortlich.

f) Sollte der Auftragnehmer an der Auftragserfüllung gehindert sein, verpflichtet er sich, den Auftraggeber rechtzeitig darüber zu informieren. Der Auftragnehmer kann sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben auch anderer Personen bedienen, die die erforderliche fachliche Qualifikation besitzen, er bleibt jedoch für die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Leistungen gegenüber dem Auftraggeber verantwortlich.

g) Im Leistungsnachweis sind der Einsatzort sowie der Umfang der Tätigkeit für jeden Einsatztag entsprechend auszuweisen.

2. Bemessungsgrundlage Konditionen

a) Der Tagessatz ist die Bemessungsgrundlage für die Kondition.

b) Der vereinbarte Tagessatz basiert auf einer täglichen Leistungszeit von mindestens acht Arbeitsstunden; sollte im Rahmen des Projekts eine höhere Arbeitszeit notwendig sein, ist diese - unter Berücksichtigung des [§ 3](#) Arbeitsschutzgesetz - zu leisten.

c) Es wird nur ein Tagessatz pro eingesetzter Ressource/Mitarbeiter und Tag vergütet.

d) Vergütet wird bei einer Leistungszeit von unter 8 Stunden der Tagessatz einteilig (Faktor: 0,125 als vereinbarter Tagessatz pro Stunde).

3. Umgang mit Wochenend-, Feiertagsarbeit und Rufbereitschaft ( ...)

4. Umgang mit Nebenkosten und Reisezeiten ( ...)

5. Laufzeit des Vertrags/Kündigung ( ...)

6. Abrechnung/Rechnungsstelle

a) Der Auftragnehmer wird monatlich Rechnungen stellen. Die Mehrwertsteuer ist auf der Rechnung gesondert auszuweisen ...

b) Die monatliche Abrechnung erfolgt nach Aufwand auf Basis der von dem Auftraggeber oder dessen Kunden gegengezeichneten Leistungsnachweisen, die den Rechnungen beizufügen sind.

c) (Schlussrechnung)

d) ( ...)

7. Wettbewerbsklausel ( ...)

8. Abwerbeverbot ( ...)

9. Betriebshaftpflichtversicherung/Versicherung/Nachweis

a) (Verpflichtung zum Abschluss einer separaten Betriebshaftpflichtversicherung)

b) (Antrag eines Statusfeststellungsverfahrens)

10. Sonstiges/Schlussbestimmungen

a) (Ungültige oder unwirksame Bestimmung des Vertrages)

b) (Schriftformerfordernis)

c) (Gerichtsstand)

d) Im Übrigen gelten die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Subunternehmer".

Die Beigeladene zu 1) führte ergänzend dazu aus, der Kläger sei bei ihrem Kunden fachlich beratend tätig und erstelle spezielle Software. Er sei nicht weisungsgebunden und dürfe keine Weisung geben. Die eigentliche Überwachung der Einhaltung und Koordination der übergeordneten Belange geschehe durch ihren Projektleiter. Der Kläger sei nicht dazu verpflichtet in den Räumlichkeiten des Kunden zu arbeiten. Er könne zeitlich unabhängig arbeiten und seine Arbeitszeit so steuern, wie er es möchte. Wichtig sei nur das Ziel, die definierten Arbeitspakete erfolgreich abzugeben. Wo und wann er diese erarbeite, sei zweitrangig. Sie stelle dem Kläger keinerlei Arbeitsmaterial zur Verfügung. Er benutze sein eigenes Arbeitsmaterial (Laptop, Computer, Drucker, Internet, Büro) und arbeite weder mit ihren noch mit Mitarbeitern des Kunden zusammen. Es erfolge allenfalls eine informelle Abstimmung, dies sei Teil seiner Beratungsaufgabe, daher könne er auch Informationen von den Mitarbeitern des Kunden einholen. Im Rahmen seiner Tätigkeit wirke er sachnotwendig mit Mitarbeitern des Kunden in dessen Projekt zusammen. Dies sei in der Beratung üblich. Ihr Projektleiter koordinierte die übergeordneten Belange und stimme sich mit dem Projektverantwortlichen des Kunden ab. Die Beigeladene zu 1) legte ergänzend Leistungsnachweise des Klägers für die Monate Mai bis Juli 2009 vor sowie die für diesen Zeitraum vom Kläger erstellten Rechnungen vor.

Ergänzend ließ der Kläger über seine Steuerberaterin (N.) mitteilen, er habe eine Arbeitnehmerin bis einschließlich Juli 2008 mit einem Gehalt von 400 EUR monatlich und ab Oktober 2009 habe er eine Mitarbeiterin sozialversicherungspflichtig beschäftigt, nicht jedoch in der Zwischenzeit.

Nach Anhörung des Klägers und der Beigeladenen zu 1) stellte die Beklagte mit zwei inhaltsgleichen Bescheiden vom 18. Februar 2010 fest, der Kläger habe seine Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) im Zeitraum vom 25. Mai 2009 bis 31. August 2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nach [§ 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch IV, Buch \(SGB IV\)](#) ausgeübt. Die Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses überwiegen. Er habe seine Tätigkeit in einer fremd bestimmten Arbeitsorganisation ausgeübt. Nicht maßgebend sei, ob der Auftraggeber das Weisungs- und Direktionsrecht laufend ausübe. Entscheidend sei die Rechtsmacht des Auftraggebers, die Durchführung der Beschäftigung entscheidend zu bestimmen. Auch eine Tätigkeit, die im hohen Maße durch eigene Verantwortlichkeit und Entscheidungsfreiheit gekennzeichnet sei, schließe eine abhängige Beschäftigung nicht aus. Angesichts der Zahlung fester Bezüge habe er kein unternehmerisches Risiko getragen. Regelmäßig bedienten sich Arbeitgeber ihrer Beschäftigten zur Erfüllung der von ihnen übernommenen (vertraglichen) Verpflichtungen. Eine eigene Kalkulation bzw. Preisgestaltung gegenüber der M.bank sei durch den Kläger nicht erfolgt. Der wirtschaftliche Aufwand für den Erwerb eigener Arbeitsmittel (Laptop und weitere Arbeitsmittel) sei nicht so hoch, dass damit ein erhebliches wirtschaftliches Risiko begründet worden sei. Über die Tätigkeit seien Tätigkeitsnachweise zu führen gewesen. Er sei im Außenverhältnis als Mitarbeiter der Beigeladenen wahrgenommen worden.

Dagegen erhoben der Kläger und die Beigeladene zu 1) Widerspruch. Der Kläger führte dazu aus, er sei aufgrund der Art seiner Tätigkeit auch am Betriebssitz des Kunden tätig gewesen. Die Integration des von ihm entwickelten Software-Systems sei am Betriebssitz des Kunden erfolgt. Parallel dazu seien alle anderen Tätigkeiten an seinem Betriebssitz erledigt worden. Vertraglich sei er nicht an einen Arbeitsort gebunden gewesen. Er verfüge über eigene Geschäftsräume und halte eine umfangreiche IT-Struktur (vier mobile Rechner, drei stationäre Rechner, vier Internet-Server, mehrere identische Software-Lizenzen zur Software-Entwicklung) vor. Hingegen habe er am Betriebsort des Kunden keinen Arbeitsplatz gehabt. Er habe lediglich Zugang zum Intranet des Kunden über dessen Rechner besessen, um das von ihm entwickelte System dem Kunden zur Verfügung zu stellen. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Kunden habe es nicht gegeben und auch keine Weisungsbefugnis der Beigeladenen zu 1) als Auftraggeberin. Es habe keine Beschäftigungspflicht der Beigeladenen zu 1) bestanden und er sei nicht verpflichtet gewesen, Folgeaufträge anzunehmen. Eine Vergütung sei nur für tatsächlich erbrachte Leistung erfolgt. Er habe keine detaillierte Tätigkeitsnachweise, sondern Nachweise erbrachter Arbeitspakete erstellt. Auch sei er nicht beim Kunden als Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1) aufgetreten. Er habe den Mitarbeitern des Kunden seine Visitenkarte und Kontaktdaten ausgehändigt und sei im Bedarfsfall direkt angesprochen worden.

Die Beklagte änderte mit Bescheid vom 28. Juni 2010 den vorangegangenen Bescheid vom 18. Februar 2010 ab und stellte fest, für den Kläger bestehe vom 25. Mai bis zum 31. August 2009 Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung und wies mit Widerspruchsbescheid vom 26. Januar 2011 den Widerspruch zurück.

Dagegen hat der Kläger am 21. Februar 2011 Klage vor dem Sozialgericht Frankfurt am Main erhoben. Die Beigeladene zu 1) hat parallel Klage vor dem Sozialgericht Stuttgart (S 9 R 624/11) erhoben; dieser Rechtsstreit ruht.

Der Kläger hat zur Klagebegründung seinen bisherigen Vortrag wiederholt und vertieft sowie ergänzend darauf hingewiesen, er habe keinerlei Sozialleistungen wie Entgeltfortzahlung oder bezahlten Urlaub erhalten.

Die Beklagte hat ergänzend ausgeführt, eine Einflussnahme der Beigeladenen zu 1) auf die Ausführung seiner Tätigkeit ergebe sich aus 2.3. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Subunternehmer" Stand August 2008 der Beigeladenen zu 1). Dort heißt es u.a.

"2.3 sofern beim Erbringen der vertraglichen Leistung noch Veränderungen von Leistungsinhalt und - Umfang notwendig oder zweckmäßig erscheinen, wird der Auftragnehmer C, hiervon unverzüglich unterrichten und die Entscheidung einholen, ob der Auftrag in geänderter Form weitergeführt werden soll. Zusatz- oder Änderungsleistungen, die ohne vorherige Zustimmung von C, erbracht werden, begründen keinen Vergütungsanspruch. C, kann schriftlich Änderungen oder Zusatzleistungen verlangen. Der Auftragnehmer wird diese, wenn und soweit sie realisierbar sind, nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen vornehmen."

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 17. März 2016 die Bescheide der Beklagten vom 18. Februar 2010 und vom 28. Juni 2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheid vom 26. Januar 2011 aufgehoben und festgestellt, der Kläger habe seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) vom 25. Mai 2009 bis zum 31. März 2010 selbständig ausgeübt und es bestehe zu keinem Zweig der Sozialversicherung Versicherungspflicht. Auch

der Bescheid vom 28. Juni 2010 sei Gegenstand des anhängigen Verfahrens geworden. Dieser habe den vorausgegangenen Bescheid vom 18. Februar 2010 auf der Grundlage der Rechtsprechung zur nicht zulässigen Elementenfeststellung einer "abhängigen Beschäftigung" abgeändert und eine konkretisierte Feststellung im Statusfeststellungsverfahren getroffen (BSG, Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 R 11/07 R](#) sowie Urteile vom 4. Juni 2009 - [B 12 KR 31/07 R](#) - und - [B 12 KR 8/08 R](#) -, alle in juris). Der Kläger sei im streitigen Zeitraum nicht sozialversicherungspflichtig, er habe seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) in diesem Zeitraum nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt. Anknüpfungspunkt für die rechtliche Beurteilung sei zunächst der zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) am 24. April 2009 geschlossene Auftrag, dessen folgende Regelungen für eine selbständige Tätigkeit sprächen: (Nr. 1d) der Kläger sei frei in der Bestimmung seiner Arbeitszeiten und könne über seinen Arbeitsort frei bestimmen; (Nr. 1e) er sei grundsätzlich frei, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein; (Nr. 1f) er könne zur Erfüllung seiner Aufgaben eigene Arbeitnehmer einsetzen und müsse für den Leistungserfolg einstehen; (Nr. 9a) er sei zum Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung verpflichtet. Demgegenüber ließen die dem Kläger gestellten Rahmenbedingungen nicht den Rückschluss auf eine abhängige Beschäftigung zu. Diese seien der Natur der Tätigkeit geschuldet und nicht Ausfluss eines einseitigen Direktionsrechts der Beigeladenen zu 1). Der Kläger könne die Arbeiten nach seinem Ermessen von seinem Home-Office aus oder am Betriebssitz des Kunden ausführen. Er sei als IT-Spezialist selbstständig tätig gewesen ohne Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1). Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) habe nicht bestanden. Anhaltspunkte dafür, dass die Vereinbarung eines Auftragsverhältnisses auf selbstständiger Basis nur formal vereinbart worden sei, seien nicht ersichtlich. Das Gesamtbild der Tätigkeit des Klägers ergebe im Ergebnis das typische Bild einer selbständigen Beschäftigung eines IT-Experten.

Gegen das am 24. März 2016 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 21. März 2016 Berufung beim Hessischen Landessozialgericht eingelegt.

Die Beklagte vertritt die Auffassung, die Gesamtwürdigung aller Umstände ergebe, dass der Kläger in die betriebliche Organisation der Beigeladenen zu 1) funktionsgerecht dienend eingebunden gewesen sei. Bereits aus der Leistungsbeschreibung der Vereinbarung vom 24. April 2009 ergebe sich, dass die Beigeladene zu 1) ein Projekt (M.bank KonzernPerson KP 2.0) durchgeführt habe, in dessen Rahmen sich der Kläger zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet habe. Diese Beschreibung der vertraglichen Tätigkeit "selbständige Anwendungsentwicklung mit Java, J2EE, Rolle: DEV L3 Microflow3" sei nicht annäherungsweise präzise genug, dass der Kläger auf dieser Grundlage seine Dienstleistung ohne weitere Weisungen in eigener Verantwortung hätte erbringen können. Der Kläger habe sich vertraglich zur Beratung und Unterstützung des Kunden verpflichtet, ohne dass dies nach Anzahl, Dauer und zeitlicher Lage bereits abschließend festgestanden habe. Eine Weisungsabhängigkeit habe bestanden, da nach der vertraglichen Regelung (Abschnitt 1.a) der Leistungszeitraum und -umfang nicht zwingend gewesen sei. Der Kläger habe keine freie Gestaltungsmöglichkeit besessen, da er sich den im Vertrag zwischen der Beigeladenen zu 1) und deren Kunden vertraglich vereinbarten Parametern unterordnen müsse. Eine umfassende Gesamtwürdigung des Dreiecksverhältnisses sei unabdingbar. Folge der Regelung in Abschnitt 2.3 der AGB für Subunternehmer, wonach die Beigeladene zu 1) Änderung oder Zusatzleistungen verlangen könne, sei eine umfassende Einflussnahme der Beigeladenen zu 1) auf die Arbeit des Klägers. Diese Zusatzleistungen könnten auch Zeit und Ort der Arbeitsleistung umfassen. Unerheblich sei, ob von einer eingeräumten Rechtsmacht Gebrauch gemacht werde. Die vorliegende rahmenvertragliche Gestaltung sei Ausdruck der Verfügungsmacht der Beigeladenen zu 1). Einer abhängigen Beschäftigung stehe nicht entgegen, dass eine erhebliche Gestaltungsfreiheit auf der Seite des Leistungserbringers aufgrund einer fachlichen Kompetenz bestehe. Es sei vorliegend von einer intensiven Eingliederung des Klägers in Rahmen einer Teamarbeit auszugehen. Sowohl die Beigeladene zu 1) als auch der Kunde hätten einen Projektleiter besessen. Dem Projektleiter der Beigeladenen zu 1) habe die Verantwortung der Projektkoordinierung oblegen, die Überwachung der Einhaltung, die Organisation der übergeordneten Belange und die Koordinierung der Betreuung des Kunden. Der Kläger habe seinerseits Teilleistungen im Rahmen des Projekts beim Kunden erbracht. Eine enge Abstimmung des Klägers mit dem Projektleiter und den Mitarbeitern des Kunden sei zur zufriedenstellenden Leistungserbringung unerlässlich gewesen. Ohne eine zeitliche Weisungsgebundenheit hätte sich dies nicht realisieren lassen und der Kläger sei ein qualifiziertes Mitglied im Team gewesen. Dies spreche für eine abhängige Beschäftigung, da eine Eingliederung im Betrieb des Dienstherrn im Fall der Tätigkeit beim Kunden in seiner Bedeutung zurücktrete. Das Bestehen der bloßen Möglichkeit der Einschaltung Dritter zur Leistungserbringung führe nicht automatisch zur Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Auch habe der Kläger kein unternehmerisches Risiko getragen. Er habe keine eigenen sächlichen Betriebsmittel im nennenswerten Umfang eingesetzt und im Wesentlichen auf die vom Endkunden zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel zurückgegriffen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 17. März 2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger vertritt die Auffassung, das Sozialgericht habe mit dem angefochtenen Urteil zutreffend entschieden. Ergänzend legt sie die Rechnung des Klägers seiner Tätigkeit für August 2009 sowie den entsprechenden Leistungsnachweis, die Gewinnermittlung seiner Steuerberaterin, N. für das Jahr 2009 und die Verlängerung seiner Lizenz "MyEclipse Professional" in den Jahren 2008-2010 vor.

Die Beigeladene zu 1) beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 1) vertritt die Auffassung, das Sozialgericht habe mit dem angefochtenen Urteil zutreffend entschieden. Entgegen der Auffassung der Beklagten reiche die Leistungsbeschreibung aus, um die zu erbringende Leistung zu beschreiben. Allen Beteiligten sei bekannt gewesen, was zu tun sei. Gerade im Rahmen einer Beratung könne eine Leistungsbeschreibung nicht präziser sein. Im Rahmen einer beratenden Tätigkeit präzisiere sich erst im Laufe der Zeit, was zu tun sei, um das Problem zu lösen. Auch ein Selbstständiger sei in seiner Handlungsmöglichkeit begrenzt. Zudem seien Besonderheiten der IT-Branche zu beachten. Vorliegend handele sich um einen Großauftrag. So habe der Kläger beim Kunden im Rahmen seines Auftrags selbst feststellen müssen, welche konkreten Tätigkeiten auszuführen seien. Ihre AGB für Subunternehmer bezweckten keine fachliche Einmischung. Diese sollen hier lediglich die Möglichkeit offen lassen, bei unerwarteten Änderungen im Projekt z.B. bei Änderungswünschen des Kunden, eine Vertragsanpassung vornehmen zu können. Letztlich komme es darauf an, ob ein Weisungsrecht überhaupt tatsächlich hätte ausgeübt werden können. Aufgrund der Fachkenntnisse und des Know-Hows des Klägers sei dies ihr nicht möglich gewesen und es entfalle eine Einflussnahme. Auch der relativ hohe Tagessatz des

Klägers von 520 EUR spreche für umfangreiche Spezialkenntnisse und damit Unabhängigkeit des Klägers. Auch habe der Kläger ein unternehmerisches Risiko getragen im Sinne des Risikos von ausbleibenden Aufträgen und potentiellen Forderungsausfällen. Dies gelte insbesondere für betriebsmittelarme Dienstleistungsbranche. Eine Einbindung des Klägers in ihre Arbeitsorganisation habe auch nicht durch ihren Projektleiter stattgefunden. Dieser habe die Funktion eines so genannten Key-Account-Managers ausgeübt, dem die Koordination der übergeordneten Belange und die Betreuung des Kunden oblägen. Dieser handele Verträge aus, habe mit dem Projekt selbst jedoch nichts zu tun und habe kein Weisungsrecht.

Die Beigeladenen zu 2) bis 4) stellen keine Anträge.

Der Senat hat mit Beschluss vom 1. Juni 2016 die zuständige Krankenkasse (Beigeladene zu 2) und deren Pflegekasse (Beigeladene zu 3) sowie die Arbeitsverwaltung (Beigeladene zu 4) beigeladen. Des Weiteren hat der Senat im Rahmen eines Erörterungstermins am 16. Februar 2017 den Kläger und für die Beigeladene zu 1) Herrn P. angehört. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf den Inhalt der Verwaltungsakte der Beklagten und der Gerichtsakte verwiesen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) und 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht erhobene Berufung der Beklagten ist zulässig.

Auf die Berufung der Beklagten ist das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 17.03.2016 abzuändern und die Berufung im Übrigen zurückzuweisen.

Der Tenor des Sozialgerichts ist insoweit abzuändern, als es entgegen der Rechtsprechung des Bundessozialgericht (Urteil vom 11. März 2009 – [B 12 KR 11/07 R](#) - und Urteil vom 4. Juni 2009 – [B 12 KR 31/07 R](#) -, beide in juris) eine unzulässige Elementenfeststellung insoweit getroffen hat, als es im Tenor feststellt, der Kläger habe seine Tätigkeit im Bereich IT-Consulting/IT-Beratung vom 25. März 2009 bis zum 31. März 2010 bei der Beigeladenen zu 1) selbständig ausgeübt. Weder die Rentenversicherungsträger noch die Sozialgerichte sind berechtigt eine solche unzulässige Elementenfeststellung zu treffen. Damit darf dies weder Inhalt eines Verfügungssatz eines Verwaltungsaktes noch eines Tenors eines Urteils sein. Vielmehr ist die Feststellung einer abhängigen oder selbständigen Tätigkeit lediglich Gegenstand der Begründung einer Entscheidung über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Versicherungspflicht in der Sozialversicherungspflicht.

Das Urteil des Sozialgerichts ist weiter insoweit abzuändern, als es eine Entscheidung über den Zeitraum vom 1. September 2009 bis 31. März 2010 getroffen hat, obwohl der Kläger nach den vorgelegten Unterlagen nur bis zum 31. August 2009 für den Beigeladenen zu 1) tätig war und sich die angefochtenen Bescheide auch nur auf diesen Zeitraum beziehen.

Das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main ist dagegen nicht zu beanstanden, als es den Bescheid der Beklagten vom 18. Februar 2010 und vom 28. Juni 2010 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Januar 2011 aufgehoben hat. Diese Bescheide sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten.

Das Sozialgericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass für den Kläger im Zeitraum vom 25. Mai 2009 bis zum 31. August 2009 keine Versicherungspflicht zur gesetzlichen Krankenversicherung, sozialen Pflegeversicherung, gesetzliche Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestand. Er übte seine Tätigkeit in diesem Zeitraum für die Beigeladene zu 1) bei dem Kunden (M.bank) nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus.

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), [§ 20 Abs. 1 Satz 1](#) und [Satz 2 Nr. 2](#) SGB Sozialgesetzbuch Elftes Buch (XI), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) und [§ 24](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) setzt die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, zur gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist gem. [§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch SGB (IV) die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 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, der sich der Senat in seiner ständigen Rechtsprechung angeschlossen hat, erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, 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 dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Dieses Weisungsrecht kann insbesondere bei Diensten höherer Art eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (Bundessozialgericht, Urteil vom 18. Dezember 2001, Az. [B 12 KR 10/01 R](#), veröffentl. in juris). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, d.h. wenn sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (Bundessozialgericht, Urteil vom 19. Juni 2001, Az. [B 12 KR 44/00 R](#), veröffentl. in juris). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet (Bundessozialgericht, Urteil vom 29. August 2012, Az. [B 12 KR 25/10 R](#), veröffentl. in juris). Ein unternehmerisches Risiko besteht in der Gefahr im Falle des wirtschaftlichen Misserfolgs, das vom Unternehmen eingesetzte Kapital zu verlieren oder nicht ausreichend nutzen zu können. Dem entspricht im Fall des wirtschaftlichen Erfolgs die Aussicht, einen Gewinn zu erzielen. Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (Bundessozialgericht, Urteil v. 25. April 2012, Az. [B 12 KR 24/10 R](#), veröffentl. in juris). Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Risiko, den Arbeitsplatz im Falle des wirtschaftlichen Misserfolgs des Unternehmens zu verlieren.

Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich

relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher 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 und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (Bundessozialgericht, Urteil vom 29. August 2012, Az. [B 12 KR 25/10 R](#) -).

Von diesen Grundsätzen ausgehend übte der Kläger seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) als System-Entwickler bei der M.bank in Projekt KP 2.0 im streitigen Zeitraum nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung gem. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) aus.

Der Kläger stand im streitgegenständlichen Zeitraum in keinem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Beigeladenen zu 1), da in dem Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) die Merkmale einer selbständigen Tätigkeit im Rahmen eines Auftragsverhältnisses überwiegen. Insbesondere war der Kläger nicht weisungsabhängig und nicht in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingegliedert. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts Frankfurt am Main in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils vom 17. März 2016 Bezug und verzichtet insoweit auf deren erneute Darstellung ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Der Kläger war nicht in einer Weise in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) eingebunden, dass von einer Eingliederung gesprochen werden könnte, etwa in dem Sinne, dass er seine Tätigkeit nur in enger Zusammenarbeit mit einem Angestellten der Beigeladenen zu 1) bzw. des Endkunden (M.bank) hätte verrichten können. Nach den vorliegenden Unterlagen und den glaubhaften Angaben des Klägers und der Beigeladenen zu 1) führte die Beigeladene zu 1) bei der M.bank als Endkunde ein Projekt durch, in dessen Rahmen der Kläger für die Beigeladene zu 1) tätig war. Im Rahmen der Übernahme der M.bank durch die Q. Bank wurde eine Neustrukturierung der Daten der M.bank erforderlich. Dieses Projekt lautet in der Kurzbezeichnung "KonzernPerson KP 2.0". Die Aufgabe des Klägers bestand in dem Teilbereich, die Datensicherung der Stammdaten der M.bank und der Q. Bank sicherzustellen im Rahmen eines Systemwechsels, vom neuen System zum alten System. Die Aufgabe des Klägers bestand in der Unterstützung des Projekts in seiner Eigenschaft als Diplominformatiker und Fachmann für kreative Systementwicklung und Problemlösung. Von Seiten der M.bank erfolgte dabei eine Problemdarstellung, auf die der Kläger einen Lösungsvorschlag machte und der seitens der M.bank als Lösung akzeptiert wurde.

Nach dem Wortlaut des Auftrags vom 24. April 2009 wurde der Kläger mit der selbständigen Anwendungsentwicklung beauftragt und konnte den Umfang seiner Tätigkeit und die zeitlichen Rahmenbedingungen selbst steuern. Dies wird ergänzt und bestätigt durch die Angaben des Klägers und der Beigeladenen zu 1), dass er (der Kläger) seine Tätigkeit ohne Zusammenarbeit mit Angestellten der Beigeladenen zu 1) ausübte. Nach den Angaben der Beigeladenen zu 1) im Erörterungstermin am 16. Februar 2017 war eine Zusammenarbeit faktisch nicht möglich. Die Beigeladene zu 1) beauftragte den Kläger mit der Projektdurchführung, da ihre Mitarbeiter nicht die erforderlichen Fähigkeiten besaßen. Nach der Beauftragung vom 24. April 2009 bestand der Kontakt zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) lediglich in der Rechnungstellung unter Vorlage der entsprechenden Leistungsnachweise. Eine Berichtspflicht des Klägers gegenüber einem Projektleiter der Beigeladenen zu 1) bzw. gegenüber dem Kunden war weder nach dem Wortlaut des Auftrags vom 24. April 2009 noch nach den AGB für Subunternehmer vorgesehen. Damit fehlen auch Anhaltspunkte für ein fachliches Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) gegenüber dem Kläger.

Hinsichtlich der Zeit und des Ortes seiner Leistungen war der Kläger im Wesentlichen frei. Aus der Beauftragung vom 24. April 2009 ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte für ein Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1), an welchem Tag bzw. welcher Tageszeit im welchem Umfang bzw. an welchem Ort die vertragliche Tätigkeit des Klägers auszuüben sei. Nach Ziffer 1c Satz 2 des Auftrags vom 24. April 2009 handelte der Kläger weisungsfrei und konnte seine Tätigkeitszeiten frei gestalten. Als Einsatzort wird A-Stadt benannt, wo sich sowohl der Sitz des Endkunden M.bank als auch das Büro des Klägers befand. Insoweit lässt sich eine Verpflichtung des Klägers bzw. ein Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich des Ortes der Erbringung der Dienstleistung aus den individualvertraglichen Regelungen der Beauftragung vom 24. April 2009 nicht entnehmen.

Anhaltspunkte für eine Eingliederung des Klägers in die betriebliche Organisation des Kunden M.bank sind weder vorgetragen noch erkennbar. Zwar war der Kläger nach eigenen Angaben entweder vor Ort bei dem Endkunden M.bank in A-Stadt oder mobil über Laptop zur Aufgabenerfüllung tätig. Die Freiheit des Klägers, seinen Tätigkeitsort frei wählen zu können, entspricht sowohl der Beauftragung vom 24. April 2009 als auch den vom Kläger vorgetragenen Gegebenheiten bei dem Kunden M.bank. Nach dem Vortrag des Klägers führte er seine Entwicklungstätigkeit nicht bei dem Endkunden aus, da die dort zur Verfügung stehenden Rechner nicht für das hochperformante System ausreichten. Der Senat hat keine Anhaltspunkte feststellen können, die dieser Darstellung widersprechen, zumal der Kläger mit der vorgelegten Gewinnermittlung seiner Steuerberaterin N. für das Jahr 2009 das Vorhalten einer eigenen Betriebsstätte unter Beweis gestellt hat.

Nach dem Vortrag des Klägers im Erörterungstermin am 16. Februar 2017 führte er seine Tätigkeit frei von Weisungen des Kunden M.bank durch. Danach stand das Projekt, in dessen Rahmen der Kläger tätig gewesen ist, unter der Leitung des Projektmanagers, R ... Die damit begründete Zusammenarbeit mit diesem beinhaltete jedoch kein Weisungsrecht des Projektleiters gegenüber dem Kläger zu Ort, Zeit und Art der Ausführung seiner Tätigkeit. Nach den Angaben des Klägers bestand seine Aufgabe und Tätigkeit, anders als bei der Entwicklung eines festen, statischen Systems, das auf veränderte Datensituationen nicht reagieren kann, darin, ein System zu entwickeln, das auf veränderte Datenmeldung als fehlerhaft reagieren kann und in der Lage ist, dynamisch auf veränderte Quelldatenstrukturen zu reagieren. Dieses System entwickelte der Kläger - nach seinem und dem Vortrag der Beigeladenen zu 1) - als Teil eines Großprojektes, jedoch eigenständig und isoliert von den übrigen im Teilbereich Tätigen. Der Kläger erläuterte dazu, ihm sei lediglich eine Problemdarstellung gegeben worden, auf die er einen Lösungsvorschlag machte. Die Möglichkeit einer fachlichen Weisung des Kunden M.bank an den Kläger ist dem Senat angesichts dieser Schilderung unter Berücksichtigung der vorliegenden Unterlagen nicht nachvollziehbar. Hierbei ist auch zu

berücksichtigen, dass der Kläger die Arbeitsmittel zur Erstellung seiner Leistungen nach seinen Angaben selbst auswählte, da die Recherausstattung des Kunden M.bank für die Entwicklung nicht ausreichte.

Schließlich hat der Kläger nach Auffassung des Senats auch ein unternehmerisches Risiko getragen. Zwar hatte er im vorliegend streitigen Zeitraum – anders als in dem davor und danach liegenden Zeitraum – kein Personal beschäftigt und sind die nachgewiesenen Kosten für Software-Lizenzen relativ gering. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um eine betriebsmittelarme Dienstleistungsbranche handelt. Ungeachtet der vom Kläger dargelegten eigenen technischen Ausstattung hat er ein unternehmerisches Risiko durch die vereinbarte Vergütung getragen. Nach der Regelung des Auftrags vom 24. April 2009 wurde die Tätigkeit des Klägers nach einem Tagessatz von 520 EUR vergütet, basierend auf einer täglichen Leistungszeit von mindestens 8 Stunden Arbeitszeit. Der Kläger trug damit das Risiko, für die Entwicklung bzw. die einzelnen Arbeitspakete einen höheren zeitlichen Aufwand pro Arbeitstag zu benötigen, ohne eine entsprechende höhere Vergütung zu erhalten. Nach Ziffer 2c des Auftrags wurde nur ein Tagessatz pro eingesetzter Ressource/Mitarbeiter und Tag vergütet. Hieraus resultierte für den Kläger ein nicht unerhebliches unternehmerisches Risiko.

Die Ausführungen in der Berufungsbegründung der Beklagten rechtfertigen kein anderes Ergebnis.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ergibt die Gesamtwürdigung aller Umstände nicht eine funktionsgerecht dienende Einordnung des Klägers in die betriebliche Organisation der Beigeladenen zu 1). Zwar kann das Weisungsrecht bei Diensten höherer Art – wie vorliegend – zu einem funktionsgerechten Dienen in der fremden betrieblichen Organisation verfeinert sein (statt vieler: BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - B 12 KR 8/01R, Juris), jedoch kann für die Annahme des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung nicht gänzlich auf eine Weisungsabhängigkeit verzichtet werden (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. Februar 2015 - [L 4 R 3943/13](#) - und Urteil vom 19. Juli 2015 - [L 4 R 2821/14](#) -; LSG Hessen, Urteil vom 30. November 2000 - [L 14 KR 777/97](#) - Juris, Rn. 22). Da vorliegend keinerlei Anhaltspunkte für das Bestehen eines Weisungsrechts festzustellen sind, kann vorliegend auch nicht ein Weisungsrecht in dem oben beschriebenen Sinne angenommen werden.

Auch die von der Beklagten vorgetragene Unbestimmtheit des Vertragsgegenstands der Beauftragung vom 24. April 2009 lässt allein nicht auf ein Weisungsrecht des Kunden M.bank gegenüber dem Kläger schließen. Hierzu ist nochmals auf die Angaben des Klägers und der Beigeladenen zu 1) zu verweisen. Dem Vortrag des Klägers und der Beigeladenen zu 1) ist zu entnehmen, dass auf die Problemdarstellung des Kunden M.bank seitens des Klägers einen Lösungsvorschlag vorgestellt und damit seine eigentliche Tätigkeit definiert wurde, die in der Entwicklung eines Systems zur Datensicherung bei dem Systemwechsel mündete. Das lässt keine Anhaltspunkte für eine Weisungsunterworfenheit hinsichtlich der Ausführung der Tätigkeit – auch nicht hinsichtlich der Eingebundenheit in ein Team – erkennen.

Eine Weisungsabhängigkeit des Klägers ergibt sich auch nicht aus den AGB für Subunternehmer der Beigeladenen zu 1). Insbesondere ist 2.3 der AGB der Beigeladenen zu 1) nicht in dem Sinne zu verstehen, dass diese Regelung der Beigeladenen zu 1) eine vertragliche umfassende Einflussnahme auf die Tätigkeit des Klägers vorbehalten haben könnte, die einem Weisungsrecht eines Arbeitgebers hinsichtlich Ort, Zeit und Art deren Ausübung entsprechen würde (so auch das im Verfahren vorgelegte Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg, Urteil vom 19. Juni 2015 - [L 4 R 2821/14](#)).

Allein der Umstand, dass die Beigeladene zu 1) den Kläger zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen einsetzte, rechtfertigt nicht die Annahme einer abhängigen Beschäftigung des Klägers. Dies ist kein ausschlaggebendes Merkmal einer abhängigen Beschäftigung. Eine eigene vertragliche Verpflichtung kann vielmehr durch abhängig Beschäftigte als auch durch selbständig Tätige erfüllt werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und berücksichtigt, dass es die Beigeladene zu 1) war, die erstinstanzlich beantragt hat, eine Statusentscheidung für den Zeitraum vom 25. Mai 2009 bis 31. März 2010 zu treffen, obwohl tatsächlich allein der Zeitraum vom 25. Mai 2009 bis 31. August 2009 streitgegenständlich war.

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

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2020-06-15