

Deutsche Rentenversicherung Bund
Hasenheide 23-27

10967 Berlin

vorab per Telefax: 030 / 865-27240

Unser Zeichen
[REDACTED] MF25MF

Sachbearbeiter
RA Felser

Sekretariat
Frau [REDACTED]
02232/945040-14

Datum
[REDACTED] 2015

Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status
Vers.-Nr. [REDACTED]

Sehr geehrte Damen und Herren,

nachstehend übermitteln wir die Stellungnahme von Herrn [REDACTED]
im Rahmen der Anhörung.

Herr [REDACTED] ist demnach als Selbständiger einzuordnen.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes (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. Demgegenüber ist eine selbständige 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 (st.Rspr.; vgl. zum Ganzen z.B. zuletzt BSG, Urteil v. 29.8.2012, B 12 R 14/10 R, USK 2012-82; BSG, Urteil v. 25.4.2012, B 12 KR 24/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009, B 12 KR 21/07 R, USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R, SozR 3-2400

§ 7 Nr. 20; Senat, Beschluss vom 7.1.2011, a.a.O.; Senat, Urteil v. 17.10.2012, L 8 R 545/11, juris; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Im Falle von Herrn [REDACTED] liegen keine Merkmale für eine abhängige Beschäftigung vor.

I.

Nach der Rspr. ist zunächst von den vertraglichen Vereinbarungen und damit dem Parteiwillen auszugehen, es sein denn die tatsächliche Durchführung widerspricht der Vertragslage.

Nach der Vertragslage liegt eine selbständige Tätigkeit vor.

Der Antragsteller wird als Mitgesellschafter der [REDACTED] GbR im Rahmen eines mit der Auftraggeberin ([REDACTED] AG) vereinbarten Werkvertrags tätig. Gesellschaftszweck ist der Betrieb eines Ingenieurbüros. Dieses hat zahlreiche Auftragnehmer; der Gegenstand des Statusfeststellungsverfahrens ist nur ein Auftrag von vielen, die die GbR erledigt. Gewinn und Verlust der [REDACTED] GbR werden nach Köpfen verteilt.

Es kann offen bleiben, ob es sich bei dem Auftrag wie vereinbart um ein Werkvertragsverhältnis oder einen Dienstvertrag handelt. Zwar spricht vieles für einen klassischen Werkvertrag. So wird die Leistung als „Werkleistung“ bezeichnet, dafür spricht auch, dass die Leistung nach dem Vertrag (Ziff. 7 des Lastenheftes) abzunehmen ist. Im Vertrag ist unter Ziff. 7 zudem festgelegt, dass der Auftragnehmer ein Gesamteinsparpotential von mind. [REDACTED] Euro aufzeigen muss. Die Vergütung ist daher rein erfolgsorientiert.

Selbständige Tätigkeiten können aber auf der Basis unterschiedlichster Rechtsgrundlagen erfolgen, gemischte Vertragskonstruktionen sind dabei verbreitet. Jedenfalls haben die Beteiligten keine abhängige Beschäftigung gewollt und auch nicht vereinbart.

Nachfolgend wird dargestellt, warum auch nichts dafür spricht, dass die tatsächliche Durchführung von der vertraglichen Lage abwich und wenn, dass allenfalls im Sinne einer Bestärkung der Vermutung für eine selbständige Auftragserledigung.

Der Auftragnehmer und auch der Antragsteller können daneben weitere Aufträge eines Ingenieurbüros übernehmen und tun dies auch.

Der konkret zur Prüfung anstehende Auftrag erlaubt auch Herrn [REDACTED] weitere Aufträge anzunehmen oder seine Kollegen bei Aufträgen oder den allgemeinen Aufgaben des Betriebs eines Ingenieurbüros zu unterstützen, weil keine zeitlichen Vorgaben durch die [REDACTED] AG vorhanden sind.

II.

Der Auftragnehmer erledigt vorliegend originäre Aufgaben seines eigenen Unternehmens, dessen Mit-Gesellschafter er ist und nicht Aufgaben der Auftraggeberin.

Gesellschaftszweck der [REDACTED] GbR nach der Satzung der Betrieb eines Ingenieurbüros. Der Antragsteller ist dabei einer von [REDACTED] gleichberechtigten Gesellschaftern der Gesellschaft.

Er erledigt im Übrigen auch keine ansonsten von Beschäftigten der Auftraggeberin erledigte Aufgaben, sondern reine Zusatzaufgaben. Dabei werden keine „Auftragsspitzen“ auf den Selbständigen delegiert, vielmehr können interne Mitarbeiter der [REDACTED] AG diese Aufgaben mangels eigener Kompetenz, aber auch gerade wegen der betrieblichen Eingliederung, gar nicht übernehmen.

Es handelt es sich bei der Beauftragung explizit um eine zusätzliche außerhalb der betrieblichen Aktivitäten der [REDACTED] AG liegende Tätigkeit, bei der die Auftragnehmerin bewusst externe Consultants eingesetzt hat, um deren spezifisches „überbetriebliches“ Know-how und den „Blick von außen“ zu nutzen. Die Auftragserledigung ist mit der eines Unternehmensberaters vergleichbar, der ebenfalls sein überbetriebliches und frisches, d.h. aktuelles, Know-how („fresh eye review“) einsetzt, um auf der Basis einer Analyse des betrieblichen Ist-Zustandes Verbesserungen und Optimierung der Betriebsabläufe vorzuschlagen. Ob diese Vorschläge umgesetzt werden, unterliegt der freien Entscheidung des Auftraggebers.

Die Unabhängigkeit von betrieblichen Sachzwängen und die Weisungsfreiheit sind unerlässliche Grundlagen der Tätigkeit von Herrn [REDACTED], nur dadurch wird seine Tätigkeit so wertvoll für den Auftraggeber.

In diesem Sinne wird Herr [REDACTED] bewusst und gewollt als unabhängiger [REDACTED] Consultant tätig, allerdings eher mit Blick auf technische denn auf betriebswirtschaftliche Optimierung. Herr [REDACTED] erarbeitet Planungsunterlagen, die umgesetzt werden können. Die konkrete Umsetzung dieser Vorschläge war völlig dem Ermessen der Auftraggeberin überlassen.

Detaillierte Leistungsbeschreibung

Die Weisungsfreiheit ergibt sich auch schon aus dem umfangreichen Lastenheft, das dem Auftragsverhältnis zu Grunde liegt.

Nach der Rechtsprechung ist dies ein erhebliches Indiz für eine selbstständige Auftragserbringung, da eine vollständige Leistungsbeschreibung Weisungen entbehrlich macht.

Es liegt nicht der Fall vor, dass ein nur grob umrissener Inhalt der Tätigkeit zwangsläufig durch Einzelweisungen konkretisiert werden muss.

„Typisch für die Beauftragung eines Selbständigen mit der Übernahme eines Beratungs- und Dienstleistungsauftrages wäre die detaillierte Beschreibung des Leistungsumfangs, und zwar zum einen aus Gründen der Kalkulierbarkeit des Leistungsangebots für den Selbständigen, zum anderen auch deshalb, um bei Abschluss der Leistung eine Kontrolle der Vollständigkeit der erbrachten Leistung zu ermöglichen. Ohne ein detailliertes Leistungsverzeichnis ist diese Kontrolle gerade nicht möglich.“

(Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 30. Juli 2014 – L 5 R 3157/13 –, juris)

Im Gegenteil ist das Lastenheft so detailliert, dass Einzelweisungen in der Praxis weder notwendig waren noch vorkamen. Die Leistungsbeschreibung wurde auch so durchgeführt. Dies kann im Streitfall durch zahlreiche Zeugen belegt werden.



Die Weisungsfreiheit ergibt sich aber auch bereits aus der Kernleistung, die der Auftragnehmer erbringen muß, nämlich eine Kosteneinsparung von mind. 5000 Euro. Wie er diese im Rahmen der Leistungsbeschreibung erbringt, unterliegt seinem freien, insbesondere weisungsfreien, Ermessen im Rahmen des Leistungsgegenstandes (im wesentlichen Verbesserungen der Leitungssätze genau beschriebener Modelle der Auftraggeberin).

IV. Weisungsfreiheit

Es liegt auch keine örtliche oder zeitliche Weisungsgebundenheit und damit auch keine Eingliederung vor.

Der Auftrag wird weit überwiegend (zu mind. 75 %) in den Geschäftsräumen der GBR erledigt und nicht in Räumlichkeiten der Auftraggeberin. Dabei werden auch die Betriebsmittel der GbR genutzt (technische Infrastruktur, Zuarbeit der anderen Gesellschafter) und nicht Betriebsmittel der Auftraggeberin.

Lediglich zu Beginn der Tätigkeit ist für die Datenanalyse zwangsläufig auf die technische Infrastruktur der Auftraggeberin zuzugreifen. Die Sachlage entspricht der eines betriebswirtschaftlichen Unternehmensberaters, der ebenfalls die für die Verbesserungsvorschläge zunächst den Ist-Zustand erheben muss. Dies kann zwangsläufig nur am Objekt der Analyse geschehen, also teilweise im Betrieb der Auftraggeberin

Eine Arbeitszeitkontrolle durch die Auftraggeberin findet aber selbst in diesem Stadium ebensowenig statt wie arbeitszeitliche Vorgaben.

Bei der Frage der zeitlichen Eingliederung ist ein Vergleich mit den Arbeitszeitregelungen der Auftraggeberin vorzunehmen.

Irrelevant ist für die Beurteilung, ob in Unternehmen vereinzelt Arbeitszeitregelungen praktiziert werden, die für Selbständige typisch sind. Mit der Argumentation auf der Grundlage atypischer Arbeitsverhältnisse, bei denen das unternehmerische Element im Vordergrund steht und das entsprechende Risiko auf Beschäftigte entgegen der Intention des Arbeitsrechts abgewälzt wird, könnte jede selbständige Tätigkeit zu einer abhängigen Beschäftigung gemacht werden. Zu vergleichen sind typische Regelungen in einem Arbeitsverhältnis mit typischen Regelungen eines selbstständigen Auftragnehmers, und zwar gegebenenfalls eines Einzelunternehmers (Solo Selbstständigen, arbeitnehmerähnlichen Selbstständigen im Sinne des Paragraphen zwei Nummer neun SGB sechs). Nach richtiger Ansicht sind dabei die Arbeitszeitregelungen des konkreten Auftraggebers als Grundlage zu nehmen.

Der Antragsteller ist nicht in das Arbeitszeitregime in der AG eingebunden. Bei der Frage, ob und wann er seine Arbeitszeit einsetzt und ob er diese effektiv einsetzt, ist er allenfalls seinen Mitgesellschaftern gegenüber faktisch verantwortlich.

Die Mobilnummer wird nur für eventuelle, selten anfallende Rückfragen genutzt, auch über das Mobiltelefon erhält keine Weisungen oder auch nur Änderungswünsche.

Ein Terminplan im Sinne eines Dienstplans oder Ähnliches gibt es nicht. Die im Lastenheft abgebildeten Terminpläne werden ausdrücklich als Rahmenterminpläne bezeichnet und dienen der Information des Auftragnehmers, damit dieser seine eigene Zeiteinteilung am Stand der Entwicklung einzelner Modelle ausrichten kann, wenn er den im Rahmen seines eigenen Ermessens entsprechende Ideen und Vorschläge zur



Verbesserung hat. Daraus kann der Auftragnehmer entnehmen, wann ein Modell vom Band läuft und wann die Leitungssatzzeichnungen freigegeben werden.

Es gibt lediglich zeitliche Vorgaben, die sich aus der Natur der Sache ergeben. Verbesserungsvorschläge machen nur dann Sinn, wenn sie auch in die Produktion des jeweiligen Modells integriert werden können. Dafür gibt es sich aus produktionstechnischen Zwängen ergebende zeitliche Grenzen beziehungsweise Termine, die selbstverständlich von [REDACTED] zu beachten sind, ohne dass er hierdurch zu einem abhängig Beschäftigten würde. Ohne jegliche Termingrenzen würde seine Aufgabe sinnentleert, weil der Auftraggeber seine Erkenntnisse für bestimmte Planungsabschnitte benötigt. Danach könnten die Erkenntnisse nicht mehr umgesetzt werden.

Auch ein Anwalt, der Fristen beachten muss, wird nicht zum abhängig Beschäftigten, ebensowenig ein Architekt der Fertigstellungstermine berücksichtigen muss, oder ein Autor, der vom Verlag für anschließende Maßnahmen, wie Werbekampagnen, Buchmessen oder Ähnliches vereinbarte Fertigstellungsstermine für das Manuskript zu beachten hat, wird hierdurch nicht zu einem abhängig Beschäftigten des Verlages.

Auch wenn in der Justiz elektronische Diktiersysteme implementiert werden oder Schreibsoftware, sind Termine zu beachten, ohne dass dabei die beauftragten Unternehmen oder deren Beschäftigte zu abhängig Beschäftigten würden.

Auch die Berichterstattung im Rahmen eines monatlichen Repräsentantengesprächs spricht nicht für eine abhängige Beschäftigung. Im Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer jederzeit Auskunft über den Stand der Bearbeitung von Aufgaben leisten und nicht etwa nur einmal monatlich.

Die Berichterstattung dient lediglich der Information des Auftraggebers ohne vertraglich begründete Möglichkeit, im Wege des Direktionsrechts einzugreifen oder Weisungen zu erteilen. Dazu hat Herr [REDACTED] bereits im Schreiben vom [REDACTED] 2014 Stellung bezogen.

Außerdem werden entsprechend den dem Repräsentanten mitgeteilten Ergebnisse die Abschlüsse – wie bei einem Bauvertrag – entsprechend dem Fortschritt der vereinbarten Leistung, der durch die Berichterstattung dokumentiert wird, gezahlt.

Der Repräsentant ist der für die Abnahme fachlich verantwortliche Mitarbeiter der Auftraggeberin.

Der Auftragnehmer arbeitet nicht mit Arbeitnehmern der Auftraggeberin zusammen, er ist nicht in ein Team eingebunden. Er wird auch tatsächlich beim Zutritt und beim Aufenthalt im Unternehmen der Auftraggeberin als Externer behandelt. Er nimmt auch nicht an Dienstbesprechungen teil. Er wird weder im Telefonverzeichnis noch im E-Mailverzeichnis geführt. Eine Arbeitszeitkontrolle findet nicht statt. Der einzige Kontakt zu Arbeitnehmern der Auftraggeberin findet lediglich durch den auch für die Abnahme verantwortlichen Repräsentanten statt.

Herr [REDACTED] ist nicht einmal zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet. Der Vertrag ist zwischen der Firma und der Auftraggeberin geschlossen, Herr [REDACTED] ist darin nur als maßgeblicher Ansprechpartner genannt. Eine Kontrolle, wer die Leistungen erbracht hat, findet nicht statt. Entscheidend ist lediglich, dass das vereinbarte Ziel (Kosteneinsparung) auf der Basis technisch einwandfreier Vorschläge erreicht werden könnte.



V. Unternehmerrisiko

Der Antragsteller trägt auch ein Unternehmerrisiko.

So wird über die zu erbringenden Leistungen und das dafür zu zahlenden Honorar frei und auf Augenhöhe verhandelt.

Es wird kein Stundensatz und kein Tageshonorar vereinbart, sondern ein Honorar für den gesamten Auftrag. Ob dieser lukrativ ist, hängt vom Verhandlungsgeschick und von der zügigen Erledigung ab.

In die Kalkulation fließen zudem die Kosten für die Nutzung der eigenen Betriebsmittel wie Büro- und Geschäftsräume sowie die Kosten für die Entwicklung, Pflege und Fortentwicklung der Software [REDACTED] sowie weiterer eigener Softwaretools ein.

Der Auftragnehmer übernimmt damit anders als ein abhängig Beschäftigter, der nach tatsächlichem Zeitaufwand vergütet wird, ein Gewinn- und Verlustrisiko.

Außerdem müssen die Leistungen am Ende abgenommen werden. Bei nicht vertragsgerechter Erledigung drohen dem Auftragnehmer nicht nur Schadensersatzforderungen in nicht limitierter Höhe, sondern auch der Verlust des Honoraranspruchs.

Vereinbart ist im Kern, dass ein Optimierungspotential im Gesamtwert von mind. [REDACTED] 00 Euro nachgewiesen wird. Gelingt dies dem Auftraggeber nicht, verliert er seinen Honoraranspruch. Die Vergütung ist danach nicht zeitorientiert, sondern rein ergebnisorientiert. Nach der Rspr. ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit.

VI. Eigene Betriebsmittel

Die Behauptung, dass sämtliche Betriebsmittel von der Auftraggeberin zur Verfügung gestellt würden, ist unzutreffend und findet weder in den vertraglichen Regelungen, noch in der praktischen Durchführung eine Stütze. Derartige Angaben hat auch der Antragsteller nicht gemacht.

Sofern ausnahmsweise Betriebsmittel der Auftraggeberin genutzt werden, ist dies ausschließlich durch zwingende Sicherheitsvorgaben des Unternehmens begründet.

Für die Arbeiten wird hauptsächlich die von der [REDACTED] GbR selbst programmierte Software [REDACTED], die auf [REDACTED] eigenen Rechnern in den Geschäftsräumen der [REDACTED] GbR installiert ist, eingesetzt. Ferner verfügt die [REDACTED] GbR über eine eigene Datenbank zur Berechnung der Fertigungskosten von Leitungssätzen.

Auf der Basis der im Betrieb der Auftraggeberin erhobenen, von diesem zur Mitnahme freigegeben (d.h. überprüfen und dokumentierten) Daten wird die eigentliche Tätigkeit des Auftragnehmers geleistet, indem er mithilfe der selbst programmierten Software in der eigenen Betriebsstätte eigene Verbesserungsvorschläge erarbeitet. Diese werden auf eigenem Material mit eigenem Firmenlogo präsentiert.

Lediglich für die Datenbeschaffung als Grundlage der eigentlichen Arbeit muss zwingend zur Sicherung von Betriebs und Geschäftsgeheimnissen die Infrastruktur der Auftraggeberin genutzt werden. In welchem Umfang und wann, entscheidet der

Auftragnehmer allerdings wiederum selbst. Gerade die selbständige Beurteilung, welche Daten wann benötigt werden, belegt, dass Art und Umfang der notwendigen Daten der Beurteilung durch den selbständigen Auftragnehmer unterliegen und zwar auch bezüglich des Zeitpunktes.

Der Einsatz von Fremdrechnern in der technischen Infrastruktur ist, wie in allen Großunternehmen vor dem Hintergrund der zunehmenden Ausspähung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen durch Wirtschaftsspionage und gezielt eingesetzte unbemerkt eingebrachte Schadsoftware, unzulässig. Diese Anforderung gilt für alle externen Dienstleister. Diese nachvollziehbare Notwendigkeit macht allerdings nicht alle Auftragnehmer, die die Daten für ihre selbständige Tätigkeit benötigen, zu abhängig Beschäftigten.

Der für die vereinzelt zum Zugriff zur Verfügung stehende Arbeitsplatz ist zudem räumlich weit getrennt von den Arbeitsräumen von Mitarbeitern der Entwicklung, die in den entsprechenden Abteilungen des Auftraggebers tätig sind, da mangels Zusammenarbeit keine Notwendigkeit einer räumlichen Nähe besteht. Er besteht nur aus einem Schreibtisch, einem Stuhl und dem gegen unbefugte Zugriffe durch Software und eine physische Sicherung (Schloß) gesichert ist.

Die eigentliche Arbeit des Antragstellers wird in den eigenen Betriebsräumen der GbR mit eigenen Rechnern und unter Nutzung einer aufwändigen selbst programmierten einzigartigen Software geleistet.

VII.

Kapitaleinsatz

Wie bereits dargestellt, unterhält die GbR eine eigene Betriebstätte, die sich im Hinblick auf Größe, Gewicht Umfang und Kosten weit von einem "Arbeitszimmer" unterscheidet.

Maßgebliches Kriterium, warum der Auftrag an antragstellenden Auftragnehmer ging, ist die Tatsache, dass bei der Auftragserledigung eine einzigartige, selbstgeschriebene Software zum Einsatz kommt, nämlich die Software ss.

VIII.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass keine Merkmale für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Michael W. Felser
Rechtsanwalt

- Anlage: Flyer der GbR mit Informationen über das Leistungsangebot und die Software