

## L 8 R 50/09

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG Gelsenkirchen (NRW)  
Aktenzeichen  
S 28 KR 104/06  
Datum  
06.02.2009  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 8 R 50/09  
Datum  
14.07.2010  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 06.02.2009 geändert und die Klage abgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob die Klägerin für den Beigeladenen zu 2) im Zeitraum vom 1.9.1994 bis zum 31.12.1996 Beiträge zur gesetzlichen Arbeitslosen- und Rentenversicherung i.H.v. insgesamt 28.365,93 Euro zu entrichten hat.

Die Klägerin befasst sich mit dem Anlagenbau im Chemie- und Raffineriebereich und tritt als Gesamtunternehmerin für den Planungsbereich, das heißt für die abschnittsweise Entwicklung eines Projekts je nach Auftrag von der technischen Planung bis hin zur kaufmännischen Kalkulation und zur Überwachung der Ausführung auf. Angesichts der besonderen Komplexität der Projekte arbeitete die Klägerin mit einer Vielzahl von Spezialisten zusammen. Sie beauftragte u.a. Ingenieure, Konstrukteure und technische Zeichner, die sie teilweise steuer- und sozialversicherungsrechtlich als Selbständige behandelte.

Der Beigeladene zu 2) führte für die Klägerin seit dem 1.3.1987 ohne wesentliche Unterbrechung Arbeiten als Techniker und Konstrukteur aus. Bis zum 31.12.1997 lag den Tätigkeiten eine "Rahmenvereinbarung" vom 1.3.1987 zugrunde, die mit "Werkvertrag für Konstruktionsleistungen" überschrieben ist. Im Weiteren enthält sie folgende Vereinbarungen:

1. S und der Auftragnehmer haben eine Vereinbarung getroffen, wonach der Auftragnehmer im Rahmen eines an das S-Ing.-Büro übertragenen Gesamtauftrages Teilleistungen übernimmt.
2. Die Ausführungen dieser Teilleistungen werden zwischen dem Auftragnehmer und S, soweit notwendig, von Fall zu Fall abgestimmt.
3. Die Begründung eines Arbeitsverhältnisses wird zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich ausgeschlossen. Für die Beurteilung der Rechtsverhältnisse zwischen S und dem Auftragnehmer sind allein die [§§ 611 BGB](#) maßgebend, jedoch mit Ausnahme der Bestimmungen, die sich auf die Arbeitsverhältnisse beziehen. Der Auftragnehmer ist selbstständig und an keinerlei Weisungen der S gebunden. Er hat die ihm übertragenen Aufgaben in eigener Verantwortung und selbstständig zu erledigen, mit der Maßnahme, dass Beanstandungen und dadurch notwendige Änderungen zu Lasten des Auftragnehmers gehen. Der Auftragnehmer ist in der Gestaltung seiner Tätigkeit völlig frei, ist also weder an die Arbeitszeiten noch an sonstige betriebsinterne Regelungen der S gebunden. Es steht dem Auftragnehmer frei zu entscheiden, ob er seine Leistungen in den Räumen der S oder anderweitig erbringt. Der Auftragnehmer kann seine Arbeitskraft nach Belieben einsetzen, und nach seiner freien Entscheidung sonstige Tätigkeiten, gleich welcher Art, ausüben. Die so dem Auftragnehmer im Verhältnis zur S eingenommene Rechtsstellung bedingt, dass die S nicht verpflichtet ist, sich um irgendwelche Versicherungs- und Steuerangelegenheiten des Auftragnehmers zu kümmern.
4. Die Aufträge werden grundsätzlich zu einem Festpreis vergeben. Falls das nicht möglich ist, wird nach Einheitspreisen abgerechnet. In Ausnahmefällen, falls keine Fest-, Einheitspreise möglich sind, und auch keine Pauschalierung erfolgen kann, können Aufträge auch nach Zeitaufwand vergütet werden. S ist verpflichtet, jeweils nach Eingang/Prüfung der Rechnung und der erbrachten, vereinbarten Leistungen, Zahlungen sofort an den Auftragnehmer zur Anweisung zu bringen.
5. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen, gleich welcher Art und Herkunft, sowie alle sonstigen,

ihm zur Kenntnis gelangenden Betriebszahlen, Betriebsmethoden, Zeichnungen, Skizzen, Bilder und sonstigen Betriebsunterlagen und -geheimnisse geheim zu halten und nur für die ihm übertragenen Aufgaben zu verwenden. Er darf sie weder vervielfältigen noch Dritten zugänglich machen oder zur Kenntnis bringen. Auch bei einer Beendigung des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien ist der Auftragnehmer zur Geheimhaltung verpflichtet. Unterlagen, die er von S ausgehändigt erhalten hat, sowie hiervon gefertigte Kopien sind dem Auftraggeber, der S, zurückzugeben bzw. auszuhändigen.

6. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, bei der Auftraggeberin der S, für die der Auftragnehmer dieses Vertrages mit S tätig wird, keinerlei eigene vertragliche oder sonstige Bindungen einzugehen, es sei denn, dass sich S hiermit ausdrücklich schriftlich einverstanden erklärt. Für den Fall der Nichteinhaltung dieser Verpflichtung ist der Auftragnehmer verpflichtet, eine Vertragsstrafe in Höhe von DM 5.000,- (fünftausend) an S zu zahlen, der es darüber hinaus freisteht, sämtliche aus der Verletzung durch den Auftragnehmer dieser Verpflichtung entstandenen Schäden gegen den Auftragnehmer geltend zu machen.

7. Mit der Erledigung der dem Auftragnehmer übertragenen Aufgaben endet das Vertragsverhältnis. Unabhängig davon sind beide Vertragsparteien verpflichtet, den Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwei Wochen jederzeit aufzukündigen. Wird die Kündigungsfrist von zwei Wochen nicht oder nur teilweise eingehalten, so sind beide Vertragsparteien berechtigt, proportional zur unter Punkt 4 vereinbarten Zahlungsart den Restbetrag zu fordern bzw. einzuhalten. S ist berechtigt, innerhalb einer Frist von 4 Wochen nach Auftragsbeginn jederzeit vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Auftragnehmer nach Auffassung von S die zur Erfüllung der Verpflichtungen aus diesem Vertrag notwendige Qualifikation nicht besitzt oder S aus anderen Gründen nicht geeignet erscheint. Einer Angabe von Gründen bedarf es nicht. S behält sich das Recht vor, diesen Vertrag fristlos zu kündigen, sofern festgestellt wird, dass durch den Auftragnehmer Firmenangehörige abgeworben oder eingestellt werden.

8. Sollte in Fällen höherer Gewalt, z.B. vorübergehender Betriebsstilllegung, Streik, Aussperrung oder dergleichen eine Arbeitsunterbrechung unvermeidlich sein, so werden weder S noch der Auftragnehmer daraus irgendwie geartete Ansprüche herleiten.

9. Streitigkeiten, die zwischen den Vertragsparteien entstehen sind vor dem jeweils örtlich zuständigen ordentlichen Gericht auszutragen.

10. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Rechtswirksamkeit der Schriftform. Sollte eine Vertragsbestimmung nicht wirksam sein, wird dadurch die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Beide Vertragsparteien verpflichten sich für den Fall jedoch schon jetzt, anstelle der unwirksamen Bestimmungen eine solche neue Vereinbarung zu treffen, die dem beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt. Dasselbe soll gelten, wenn sich eine ergänzungsbedürftige Lücke herausstellen sollte.

Ab dem 1.1.1998 behandelte die Klägerin den Beigeladenen zu 2) als abhängig Beschäftigten, wobei sich auch die Ausgestaltung seiner Tätigkeit änderte. Ab diesem Zeitpunkt hatte er z.B. feste Büroarbeitszeiten. Tätigkeiten auf Baustellen ließen nach.

Die Beklagte führte in der Zeit vom 15.9.1997 bis zum 19.9.1997 eine Betriebsprüfung durch und forderte mit Beitragsbescheid vom 2.2.1998 Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung insgesamt i.H.v. umgerechnet 451.351,81 Euro, hinsichtlich des Beigeladenen zu 2) Beiträge zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung bezogen auf den Zeitraum vom 1.9.1994 bis zum 30.9.1996 in Höhe von umgerechnet 28.365,93 Euro nach.

Gegen den Bescheid erhob die Klägerin am 26.2.1998 Widerspruch, den sie zunächst nicht weiter begründete und mit Schriftsatz vom 30.11.1999 auf Beiträge für bestimmte Personen beschränkte, zu denen der Beigeladene zu 2) ausdrücklich nicht gehörte. Erstmals mit Schreiben vom 11.10.2004 wendete sich die Klägerin auch gegen die Beitragsforderung für den Beigeladenen zu 2). Bei dem "Ingenieurbüro K" - gemeint ist der Beigeladene zu 2) - handele es sich um ein Spezialunternehmen mit verfahrenstechnischem Know-how für die Verlegung von Rohrleitungen in sehr komplizierten und hochwertigen Anlagen. Der Beigeladene zu 2) sei entsprechend der Spezialisierung seines Ingenieurbüros Fachingenieur für Rohrleitungssysteme. Da die Klägerin in ihrem Haus dieses Spezialgebiet nicht abdecke, würden entsprechende Aufgaben durch Subunternehmer erledigt. Der Beigeladene zu 2) führe auch für andere Unternehmen Aufträge durch. Voraussetzung für die Verlegung von Rohrleitungssystemen seien detaillierte verfahrenstechnische Erkenntnisse. Insoweit gehöre es zur Tätigkeit des Beigeladenen zu 2), bei der Erstellung von R + I Fließbildern mitzuarbeiten. Der Beigeladene zu 2) lege Apparate und Behälter aus. Aufstellungspläne seien unter Berücksichtigung der Verfahrenstechnik zu erarbeiten. Hierzu sei es erforderlich, Rohrstudien zu erstellen und die Ausrichtung von Rohrleitungen nach den verfahrenstechnischen Vorgaben zu berechnen, Montagestücklisten und Isometrien zu erstellen. Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 2) habe auch die Baustellenbegleitung umfasst.

Betreffend weiterer Personen, die für die Klägerin Arbeiten verrichteten, ließ die Beklagte mit Teilabhilfebescheiden vom 12.7.2004 und 11.3.2005 von den geltend gemachten Beitragsforderungen (zum Teil) ab, bestätigte sodann jedoch die Beitragsforderung bezüglich des Beigeladenen zu 2) mit Widerspruchsbescheid vom 13.5.2005.

Für die Versicherungs- und damit Beitragspflichtigkeit einer Tätigkeit sei entscheidend, ob diese als Beschäftigung, d.h. nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, zu qualifizieren sei. Die Abgrenzung der nicht versicherten selbstständigen von der versicherungspflichtigen Tätigkeit sei nach ständiger Rechtsprechung danach vorzunehmen, ob der Beschäftigte von seinem Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Persönlich abhängig sei bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb derjenige Beschäftigte, der in dem Betrieb eingegliedert sei und einem Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsleistung unterliege. Kennzeichnend hingegen für eine selbstständige Tätigkeit sei das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über den Arbeitsort und die Arbeitszeit zu entscheiden. Sofern eine Tätigkeit Merkmale aufweise, die sowohl auf Abhängigkeit als auch auf Unabhängigkeit hinwiesen, sei entscheidend, welche Merkmale überwiegen. Maßgeblich sei das Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistungen unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung. Welche die vertragliche Ausgestaltung der Tätigkeit von den tatsächlichen Verhältnissen ab, seien Letztere entscheidend. Sei auch hiernach nicht eindeutig zu beantworten, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbstständige vorliege, könne das bisherige Berufsleben als weiteres Indiz herangezogen werden.

Die als Ingenieure, Techniker und - wie der Beigeladene zu 2) - als technische Zeichner tätigen Auftragnehmer hätten im Prüfzeitraum für das Unternehmen der Klägerin Großprojekte ausgeführt, die Rohrleitungssysteme betrafen. Zwischen der Klägerin und den Auftragnehmern seien jeweils Rahmenverträge geschlossen worden, die inhaltlich identische Vertragsbestimmungen enthalten hätten. Darüber hinaus seien

gegenüber den Auftragnehmern (Einzel-)Auftragsbestätigungen, die als "Bestellung zum Werkvertrag" bezeichnet wurden, erteilt worden. Nach den an die Auftragnehmer gerichteten Anschreiben sei dann eine Abrechnung der Tätigkeiten nach abgezeichneten Stundennachweisen erfolgt, wobei sich der Stundensatz in der Regel an dem geltenden Tarifvertrag für die Metallindustrie orientiert habe. Das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses werde nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass eine Vergütung nach Abnahme der Arbeit erfolgt sei. Eine Vergütung werde in einem solchen Falle zwar erfolgsabhängig gewährt, eine Bezahlung nach dem Erfolg der Arbeit sei nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) aber kein zwingender Grund für den Ausschluss einer persönlichen Abhängigkeit des jeweils Beschäftigten. Es sei unerheblich, dass der finanzielle Erfolg des Auftragnehmers von dessen beruflicher Tüchtigkeit abhängig sei. Die Chance, länger oder mehr zu arbeiten, um so ein höheres Entgelt zu erzielen, sei nicht die spezielle Chance des Unternehmers, sie habe auch jeder sonstige Beschäftigte. Ein solches Risiko des Einkommens sei von dem bei einem Selbständigen berufstypischen Unternehmerrisiko zu unterscheiden. Ersteres trügen auch andere Arbeitnehmer, wie z.B. Stücklohn-, Akkord- oder Heimarbeiter. Letzteres bedeute Einsatz eigenen Kapitals, der auch mit der Gefahr des Verlustes verbunden sei. Ferner bestünden im Hinblick auf die den Auftragsverhältnissen zugrunde liegenden Werkverträge keine Anhaltspunkte dafür, dass die zu erbringende Werkleistung in tatsächlicher Hinsicht vom Auftragnehmer auf Dritte delegiert worden sei. Die Abrechnung der Werkleistung nach Stunden führe darüber hinaus dazu, dass das Auftragsverhältnis überwiegend Merkmale eines Dienstvertrages enthielte. Dafür spreche auch, dass sich einige Auftragnehmer mit einer Bewerbung für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis und nicht mit einem Konzept für einen Auftrag, wie dem eines Subunternehmers, bei der Klägerin um einen Arbeitsplatz beworben hätten. Des weiteren sei nicht ersichtlich, dass sich die Auftragnehmer durch den Einsatz von Kapital eigene Werkzeuge beschafft hätten, um die der Klägerin gegenüber geschuldete Leistung zu erbringen. Vielmehr hätten sie in den Firmenräumen und den Bürocontainern ohne Anbringen einer eigenen Firmenbezeichnung gearbeitet. Statt auf eigene Arbeitsmittel zurückzugreifen, habe ihnen die Klägerin EDV-Anlagen, Kopiergeräte usw. zur Verfügung gestellt. Die Auftragnehmer hätten mithin ausschließlich ihre eigene Arbeitskraft eingesetzt und seien funktionsgerecht dienend in die Betriebsabläufe des Unternehmens organisatorisch eingegliedert gewesen. Diese Eingliederung sei zum einen durch die Verwendung einer einheitlichen Software, die vom Unternehmen vorgegeben worden sei, begründet worden. Zum anderen sei entscheidungserheblich, dass die Auftragnehmer jahrelang ihre Tätigkeiten auf dem Firmengelände ausgeführt hätten. Letztlich hätten sie sich auch nach den Vorgaben zu richten gehabt, die die Klägerin in zeitlicher und örtlicher Hinsicht bei der Abwicklung von Großprojekten vorgegeben habe. Diese Vorgaben resultierten aus der Koordination und Überwachung der Tätigkeiten, die für die Instandhaltung und Fortentwicklung der auf dem Betriebsgrundstück befindlichen Rohrleitungssysteme notwendig gewesen seien. Die Tätigkeitsspezialisierung der einzelnen Auftragnehmer führe nur dazu, dass diese in tatsächlicher Hinsicht arbeitsteilig und aufgrund der Projektkoordination durch die Klägerin nach detaillierten Zeit- und Ortsvorgaben tätig gewesen seien. Auch dieses seien Umstände, die wiederum eine organisatorische Eingliederung dieser Mitarbeiter in das Unternehmen der Klägerin begründeten. Die nur formal bestehende Möglichkeit der Auftragnehmer, auch für weitere Auftraggeber tätig zu werden, schließe das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses ebenfalls nicht aus. Selbst wenn die Auftragnehmer über ein eigenes Fahrzeug, Kommunikationsmittel wie Telefon und Computer bzw. geeignete Kleidung für die Ausübung der Tätigkeit verfügt hätten, würde hierdurch kein unternehmerisches Risiko mit eigenständigen Gewinn und Verlustchancen begründet. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die zuvor genannten Auftragnehmer durch den Einsatz von Kapital eigene Gewinn- und Verlustchancen in nennenswertem Umfang begründet hätten. Nach einer Gesamtwürdigung aller Tatsachen überwiegen daher die Merkmale, die das Bestehen von Beschäftigungsverhältnissen belegen.

Gegen den am 17.5.2005 zur Post gegeben und am 18.5.2005 zugegangenen Widerspruchsbescheid hat die Klägerin am 17.6.2005 Klage zum Sozialgericht (SG) Gelsenkirchen erhoben. Zur Begründung hat sie unter teilweiser Wiederholung und Intensivierung ihres Vorbringens im Widerspruchsverfahren u.a. vorgetragen: Unter Zugrundelegung des geltenden Rahmenwerkvertrages erhalte der Beigeladene zu 2) gemäß einer zuvor erfolgten Absprache jeweils für die einzelnen Projekte entsprechende förmliche Auftragsbestätigungen. Bei Auftragsdurchführung habe er alle angefertigten Schriftstücke selbst abgezeichnet, sodass die Urheberschaft erkennbar gewesen sei und er für die Richtigkeit der überreichten Unterlagen die vollständige Gewährleistung übernommen habe. Der Beigeladene zu 2) sei in seinem Tätigkeitsfeld selbstständig gewesen. Er habe seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit selbst bestimmen können. Es habe ihm frei gestanden, Projekte abzulehnen oder aber Projekte anderer Auftraggeber anzunehmen. Er habe sich zur Leistungserbringung auch dritter Personen bedienen können. Die Abrechnung sei projektbezogen zu den vereinbarten Konditionen erfolgt. Unzutreffend seien die Ausführungen der Beklagten, wonach der gewährte Stundensatz in Anlehnung an den Tarifvertrag der IG Metall festgesetzt worden sei. Zu keinem Zeitpunkt sei Weihnachtsgeld gezahlt worden. Es habe auch keine Anwesenheitspflicht im Hause der Klägerin bestanden. Der Beigeladene zu 2) habe seine Arbeiten selbstständig und unabhängig von ihr, der Klägerin, erbracht und zwar mit eigenen Arbeitsmitteln. Er sei lediglich verpflichtet gewesen, die von ihm angenommenen Aufträge bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen. Das liege in der Natur der Sache, da sie, die Klägerin, gegenüber ihren Auftraggebern verpflichtet gewesen sei, bestimmte Fristen einzuhalten.

Nachdem das SG mit Beschlüssen vom 19.9.2005 und 21.9.2007 die Beigeladenen zu 1) und 2) beigeladen und sodann mit Beschluss vom 29.6.2006 die Sache hinsichtlich der verschiedenen Auftragnehmer getrennt hat, hat die Klägerin sinngemäß beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 2.2.1998 in der Fassung des Teilabhilfebescheides vom 12.7.2004 in der Fassung des Teilabhilfebescheides vom 11.3.2005, diese in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 13.5.2005 aufzuheben, soweit Sozialversicherungsbeiträge für den Beigeladenen zu 2) nachgefordert werden.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist der Überzeugung gewesen, dass der Beigeladene zu 2) aufgrund der vorbeschriebenen Tätigkeit für die Klägerin bei dieser in einem abhängigen und damit grundsätzlich sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. Ob eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt werde oder ob ein Beschäftigungsverhältnis vorliege, sei nicht von der von den Beteiligten gewählten Bezeichnung für den zugrundeliegenden Vertrag, sondern allein von der tatsächlichen Ausgestaltung dieser Vertragsbeziehung abhängig. So sei z.B. die Abrechnung der Tätigkeiten nach Stunden und nicht werkbezogen oder projektbezogen erfolgt. Es sei nicht ersichtlich, dass der Beigeladene zu 2) etwa durch den Einsatz von Kapital ein unternehmerisches Risiko getragen habe. Ferner habe er (auch) in den Firmenräumen der Klägerin gearbeitet. Zudem habe der Beigeladene eine sehr spezialisierte Tätigkeit auf dem Geschäftsfeld der Klägerin ausgeübt. Eine derartige Spezialisierung führe dazu, dass die betreffenden Auftragnehmer arbeitsteilig und aufgrund der Projektkoordination nach detaillierten Zeit- und Ortsvorgaben tätig würden. Daraus ergebe sich eine organisatorische Eingliederung der Mitarbeiter in das

Unternehmen der Klägerin. Auch die formal bestehende Möglichkeit des Auftragnehmers, für weitere Auftraggeber tätig zu werden, schließe das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht aus.

Das SG hat die Sache mit den Beteiligten am 3.6.2008 erörtert und insbesondere den Beigeladenen zu 2) angehört. Hinsichtlich des genauen Inhalts wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen. Im Anschluss daran haben sich die Beklagte und die Klägerin mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt. Einverständniserklärungen der Beigeladenen hat das Gericht nicht eingeholt.

Mit Urteil vom 6.2.2009 hat das SG ohne mündliche Verhandlung den angefochtenen Bescheid der Beklagten insoweit aufgehoben, als Sozialversicherungsbeiträge für den Beigeladenen zu 2) nachgefordert werden. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Beigeladenen zu 2) bei der Klägerin habe im streitgegenständlichen Zeitraum nicht bestanden. Bei Abwägung der Einzelheiten im Einzelfall überwiegen die Kriterien, die für eine Selbstständigkeit sprächen. Eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin sei nicht feststellbar. Insbesondere habe der Beigeladene zu 2) hinsichtlich von Zeit, Dauer und Art der Arbeit keinem Weisungs- oder Direktionsrecht der Klägerin unterlegen. Er habe vielmehr seine Tätigkeit hinsichtlich Zeit und Dauer der Arbeit frei gestalten können. Die Bindung an den Ort der Arbeit ergebe sich aus der Natur der Sache, da Begehungen bzw. Besichtigungen der Objekte nur vor Ort möglich seien. Die für die Arbeit des Beigeladenen zu 2) eingesetzten sächlichen Mittel seien so geringfügig, dass sie kein taugliches Abgrenzungskriterium darstellten. Dasselbe gelte angesichts der Spezialisierung des Beigeladenen zu 2) für den Umstand, dass dieser frei von Weisungen der Klägerin gehandelt habe. Ausschlaggebend sei für die Kammer indes, dass ein erhebliches eigenes unternehmerisches Risiko des Beigeladenen zu 2) vorgelegen habe, da dieser sowohl für Mängel als auch für die Einhaltung von Fristen haftet habe. Die Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 2) in Form eines Werkvertrages sei einer abhängigen Beschäftigung in jedem Falle fremd. Angesichts der Größe der Projekte begründe die Ausgestaltung durch Werkvertrag ein erhebliches unternehmerisches Risiko des Beigeladenen zu 2). Sein eingesetztes Kapital sei seine geistige Arbeitsleistung gewesen. Zudem habe es dem Beigeladenen freigestanden, Aufträge zu übernehmen oder solche abzulehnen. Er habe dabei selbstständig zu prüfen und zu kalkulieren gehabt, ob er die qualitativen und zeitigen Vorgaben eines Auftrages erfüllen könne. Dies sei Ausdruck eines typischen Unternehmerrisikos. Es fehlten auch Regelungen für den Krankheitsfall. Das Risiko des Wegfalls der Vergütung bei Krankheit habe (daher) allein bei dem Beigeladenen zu 2) gelegen. Ebenso seien keine Urlaubsregelungen getroffen worden, und zwar weder hinsichtlich der Anzahl der Urlaubstage noch in Bezug auf die Zahlung eines Urlaubsentgelts. Demgegenüber erschienen die von der Beklagten angestellten Umrechnungen der vereinbarten Festpreise in Tarifentgelt rein spekulativ.

Gegen das ihr am 12.3.2009 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 8.4.2009 Berufung eingelegt. Dem Urteil des SG sei nicht zu folgen. Ein Unternehmerrisiko als kennzeichnendes Merkmal einer selbstständigen Tätigkeit mit der vertraglichen Belastung mit einer Mängelgewährleistung zu begründen, beinhalte den Zirkelschluss, dass eine umfassende Mängelgewährleistung selbst das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit voraussetze. Sei die Rechtsbeziehung aber als Beschäftigungsverhältnis zu qualifizieren, bestehe kein Gewährleistungsanspruch gegenüber dem Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfen des Auftragnehmers. Im Übrigen sei aus den (schriftlichen) Vertragsabsprachen auch nicht zu erkennen, dass für die Durchführung der einzelnen Projekte jeweils Fixtermine gesetzt worden seien, deren Nichteinhaltung zur Schadensersatzpflicht des Beigeladenen zu 2) geführt hätten. Entsprechende schriftliche Vereinbarungen lägen nicht vor, anderweitige ergänzende seien nicht behauptet. Im Übrigen bestehe ein Unternehmerrisiko nur dann, wenn eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt würden, der Erfolg des Einsatzes sächlicher oder persönlicher Mittel also ungewiss sei. Ein solches Risiko trage der Beigeladene zu 2) hier jedoch nicht, da er faktisch nach Stunden entlohnt worden sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 06.02.2009 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des SG für zutreffend. Ergänzend trägt sie vor, dass der Beigeladene zu 2) aus verschiedenen Projekten, die sie ihm angeboten habe, diejenigen herausgesucht habe, die er für seine Fähigkeiten entsprechend gehalten habe. Für die einzelnen Projekte habe sie dann Zeitvorgaben gemacht. Mit dem Beigeladenen sei ein bestimmtes Stunden- bzw. Zeitbudget vereinbart worden, das sodann in Rechnung gestellt worden sei, und zwar auch dann, wenn der Beigeladene zu 2) das Stundenbudget tatsächlich überschritten habe. Der Beigeladene zu 2) sei selbstständig für die Abwicklung der an ihn vergebenen Planungsleistungen verantwortlich gewesen. Er habe auch Aufträge ablehnen können. Es habe weder eine Anwesenheitspflicht noch eine Weisungsgebundenheit gegeben. Der Beigeladene zu 2) habe eigene Verantwortung gehabt und habe selbstständig entscheiden können. Grundlage seien in der Regel ein R + I Rohrleitungs- und Instrumentierungsfließbild, ein Aufstellungsplan und Rohrpläne gewesen. In diesen Dokumenten habe der seinerzeitige Geschäftsführer der Klägerin, Herr T, Teilaufgaben gebündelt und die Bearbeitung bei dem Beigeladenen zu 2) mit der Vorgabe der Termine und des Stundenbudgets in Auftrag gegeben. Aufgrund der Planungsergebnisse des Beigeladenen zu 2) seien sodann für die meisten Projekte maßstabgenaue Plastikmodelle gebaut worden. Als der Beigeladene zu 2) im Jahre 1994 einmal einen Fehler gemacht habe, als er bei einer Planung die erforderliche Kopffreiheit nicht berücksichtigt habe, sei dieser Fehler bei der Modellabnahme im Hause der Klägerin erkannt und sodann beanstandet worden. Der Beigeladene zu 2) habe daraufhin diesen Fehler korrigiert, aber etwaige, diesbezüglich anfallende Arbeitsstunden nicht ergänzend in Rechnung gestellt.

Der Senat hat die Sache mit den Beteiligten am 16.6.2010 insbesondere mit Befragung des Beigeladenen zu 2) erörtert und diesen nochmals ergänzend in der mündlichen Verhandlung befragt: Danach kam seine Tätigkeit bei der Klägerin aufgrund einer Bewerbung zustande, nachdem ein anderes Ingenieurbüro, für das er zuvor in der Hauptsache Tätigkeiten verrichtet hatte, ihm keine Aufträge mehr erteilte. In den Anfangsjahren der Vertragsbeziehung habe es noch konkrete (schriftliche) Aufträge für bestimmte Projekte und dann auch entsprechende Rechnungen des Beigeladenen zu 2) für die Projekte gegeben. Im Laufe der Zeit habe sich die Vertragsbeziehung aber so entwickelt, dass es nur noch Aufträge für Zeiträume, ohne konkrete Projektbezeichnung gegeben habe. Schließlich seien (jedenfalls im streitigen Zeitraum) monatlich nach vereinbartem Stundensatz die geleisteten Arbeitsstunden in Rechnung gestellt und von der Klägerin beglichen worden. Zwar sei durch Fixierung eines sogenannten Einheitswertes in den sich jeweils auf "Konstruktionsarbeiten für verschiedene Projekte" eine Höchstbetragsregelung getroffen worden. Jedoch habe die Möglichkeit bestanden, ggf. auch einen höheren

Stundenaufwand abzurechnen, als denjenigen, der dem Höchstsatz entsprochen habe, wenn dies gut begründet worden sei. Bei Erteilung der "Unteraufträge" seien die jeweils zu bearbeitenden konkreten Projekte zum Teil noch nicht bekannt gewesen, weil sie einfach zu weit in der Zukunft gelegen hätten. Während der gesamten Zeit der vorbeschriebenen Tätigkeit für die Klägerin habe er über keine eigenen Mitarbeiter und auch kein eigenes Sekretariat verfügt. Als eigene Betriebsmittel habe er lediglich einfache Messwerkzeuge und einen Taschencomputer, ggf. auch Arbeitsschutzkleidung eingesetzt. Diese Gegenstände hätten vielleicht einen Wert von etwa 300,00 DM gehabt. Zur Ausführung der Tätigkeit habe er ferner auf den von ihm auch privat genutzten Pkw zurückgegriffen, um die einzelnen Betriebe, in denen z.B. Aufmaße hätten genommen werden müssen, zu erreichen. Einen Fahrtkostenzuschuss der Klägerin habe er nicht erhalten, allerdings habe er die Fahrtzeiten gegenüber der Klägerin mit dem vereinbarten (vollen) Stundensatz abgerechnet. Weitere Mittel seien für seine Tätigkeit nicht vonnöten gewesen. Er habe dann jeweils zunächst Vorzeichnungen auf Papier gemacht, die er zum Teil bei sich zu Hause weiter ausgearbeitet habe. Letztlich seien diese dann in den Räumlichkeiten der Klägerin mit Hilfe von computergestützten Zeichensystemen, die nicht bei ihm zu Hause, sondern lediglich bei der Klägerin vorhanden gewesen seien, umgesetzt worden. Etwa 60 % der Tätigkeit habe er auf den Firmengeländen der Kunden der Klägerin insbesondere zur Erstellung von Aufmaßen ausgeführt. Die übrige Zeit habe er zur Hälfte bei sich zu Hause und zur Hälfte in den Räumlichkeiten der Klägerin verbracht. Bei der Inanspruchnahme des entsprechenden Arbeitsplatzes bei der Klägerin habe es nie Probleme gegeben. Wenn er zur Firma gekommen sei, habe er mit den gegenwärtigen Mitarbeitern absprechen können, welchen Arbeitsplatz er benutzen könne. Manchmal habe ihm ein bestimmter Arbeitsplatz zur Erstellung der Computerzeichnungen für mehrere Wochen zur Verfügung gestanden, wenn der entsprechende fest angestellte Mitarbeiter z. B. im Urlaub oder länger erkrankt gewesen sei. Für die Inanspruchnahme des Computerarbeitsplatzes habe er der Klägerin nichts zahlen müssen. Über die vertragliche Abwicklung von krankheitsbedingten Ausfallzeiten könne er nicht berichten, da solche nicht vorgekommen seien. Abwesenheitszeiten wegen Urlaubs habe er der Klägerin immer rechtzeitig angekündigt, aber bei seiner Urlaubsplanung laufende Projekte berücksichtigt. Zu Beanstandungen der Klägerin bezüglich der von ihm geleisteten Arbeit sei es während der Vertragsbeziehung nicht gekommen. Eine Berufshaftpflicht habe jedenfalls nicht bestanden. Er habe auch kein Gewerbe angemeldet gehabt. Er sei kein Fachingenieur für Rohrleitungssysteme, sondern staatlich geprüfter Techniker. Die Arbeit, die er für Klägerin erledigt habe, habe qualitativ aber in etwa derjenigen eines Ingenieurs entsprochen. Beide Berufsgruppen machten insoweit im Wesentlichen dasselbe. Nach seiner Erkenntnis habe es bei der Klägerin auch andere freie bzw. festangestellte Mitarbeiter gegeben, die ähnliche Aufgaben wie er im Betrieb der Klägerin erledigt hätten. Es treffe ferner zu, dass er ab 1998 als Angestellter für die Klägerin gearbeitet habe. Die Art der Arbeit habe sich insoweit geändert, als dass er stärker überwacht und auch in den Betriebsablauf stärker eingebunden gewesen sei. Vom Produkt seiner Arbeit, z.B. der Erstellung von Isometrien u.ä., habe sich dagegen nichts Wesentliches geändert. Ab der Festeinstellung habe er weniger Baustellen besucht als zuvor und dementsprechend auch weniger Aufmaße genommen. Die Aufmaßerstellung sei aber ein Bestandteil seiner Tätigkeit geblieben. Er selbst habe keine Modelle gebaut. Es seien Modelle aufgrund der von ihm erarbeiteten Isometrien von den Modellbauern, die die Klägerin beschäftigt habe, erstellt worden. Zur Frage nach der Dauer einzelner Projekte hat der Beigeladene zu 2) angegeben, er könne sich noch daran erinnern, dass insbesondere das Projekt "Weisweiler" etwas länger gedauert habe, dort sei er häufiger auf der Baustelle gewesen. Er schätze, dass die Betreuungszeit etwa zwei bis drei Monate betragen habe. Wenn er (bei einem Projekt) mit seinem Stundenkontingent unterhalb des vereinbarten Einheitswertes geblieben sei, habe er (nur) die tatsächlich geleisteten Stunden vergütet bekommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf die Inhalte der Prozess- sowie der Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen, die ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens sind nach dem Trennungsbeschluss des SG lediglich diejenigen Beitragsforderungen aus dem angefochtenen Bescheid, soweit sie sich auf den Beigeladenen zu 2) beziehen.

Der Senat kann in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) und 3) verhandeln und entscheiden, nachdem er sie mit der ordnungsgemäßen Terminsachricht auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Der Senat kann ferner durch Urteil in der Sache entscheiden, obwohl ein wesentlicher Verfahrensfehler im Sinne von [§ 144 Abs. 2 Nr. 3 SGG](#) vorliegt. Insoweit ist unbeachtlich, dass das Sozialgericht ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, obwohl sich hiermit nur die Klägerin und die Beklagte, nicht aber die Beigeladenen zu 1) und 2) einverstanden erklärt haben (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl. 2008, § 124 Rdnr. 3, 4a, § 62 Rdnr. 11 c).

Die Berufung ist auch begründet. Denn die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet.

Die Klage ist zulässig, obwohl der Widerspruch der Klägerin hinsichtlich der Beitragsforderung für den Beigeladenen zu 2) verfristet war. Denn die Beklagte hat im Widerspruchsbescheid vom 13.5.2005 über die Einwände bezüglich des Beigeladenen zu 2) ausdrücklich sachlich entschieden. In einem solchen Falle wird die Fristverletzung geheilt (BSG, Urteil v. 12.10.1979, [12 RK 19/78](#), [SozR 2200 § 1422 Nr. 1](#); BSG, Urteil v. 3.3.1994, [1 RK 17/93](#), [SozR 3-2500 § 47 Nr. 5](#); so auch Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, a.a.O., § 84 Rdnr. 7).

Die Klage ist jedoch unbegründet. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 2.2.1998 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.5.2005 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, soweit die Beklagte Beiträge für den Beigeladenen zu 2) zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung nachfordert.

Ermächtigungsgrundlage für die Nachforderung von Beiträgen ist [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#). Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Betriebsprüfungen Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht zur Arbeitsförderung. Auf dieser Grundlage hat die Beklagte zu Recht die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 2) in der Arbeitslosen- und Rentenversicherung und die Höhe der daher von der Klägerin für diese Versicherungszweige zu zahlenden Beiträge festgesetzt.

Der Versicherungspflicht in der Arbeitslosen- und Rentenversicherung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch [SGB VI], 168 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer

abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Eine Beschäftigung setzt 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 (BSG, Urteil v. 1.12.1977, [12/3/12 RK 39/74](#), SozR 2200 § 1127 Nr. 8; v. 4.6.1998, [B 12 KR 5/97](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); v. 22.6.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#); v. 24.1.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#); v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45; v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgeblich ist die zwischen den Beteiligten praktizierte Rechtsbeziehung und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. Ausgangspunkt der Prüfung sind dabei jeweils die (schriftlichen) vertraglichen Vereinbarungen, soweit solche bestehen. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen.

Ausgehend davon hat der Beigeladene zu 2) im Streitzeitraum zur Klägerin in einer abhängigen Beschäftigung gestanden. Entgegen der Auffassung des SG zeigen die Bewertung und Gewichtung der genannten Abgrenzungsmerkmale, dass das tatsächlich praktizierte Vertragsverhältnis dem eines abhängig Beschäftigten entspricht, der eine qualifizierte Tätigkeit verrichtet, wohingegen Aspekte, die für eine Qualifikation als selbstständige Tätigkeit sprechen, nur in geringem Umfang vorhanden sind.

Der Senat legt seiner Beurteilung die Beschreibung der Tätigkeit zugrunde, wie sie letztlich unwidersprochen durch den Beigeladenen zu 2) in den Erörterungsterminen vor dem SG und vor dem LSG sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erfolgt ist. Die Darlegungen des Beigeladenen zu 2) waren in sich widerspruchsfrei und gut nachvollziehbar. Danach hat der Beigeladene zu 2) als staatlich geprüfter Techniker für die Klägerin Isometrien nach Aufmaß erstellt. Das Aufmaß hat er auf den Baustellen der Kunden der Klägerin genommen. Die Isometrien selbst sind in den Räumen der Klägerin und mit deren computergestützten Zeichensystemen entstanden, die der Beigeladene zu 2) kostenlos nutzen durfte. Eigenen finanziellen Aufwand hatte er nur in geringem Maße. Zwar hat er die Kosten seines Pkw, mit dem er die Baustellen der Kunden aufgesucht hat, selbst bezahlt, die Fahrkosten der Klägerin jedoch als Arbeitszeit in Rechnung gestellt. Die Einzelaufträge sind dabei jedenfalls im Streitzeitraum nicht mehr projekt-, sondern zeitbezogen erteilt und dementsprechend vergütet worden. Die Vergütung erfolgte nach Zeitaufwand. Dieser war zwar budgetiert. Das Budget konnte aber bei entsprechender Begründung überschritten werden. Die Urlaubsplanung war an die Projektnotwendigkeiten angepasst.

Der zum Teil entgegenstehende Vortrag der Klägerin, wonach der Beigeladene zu 2) beispielsweise Fachingenieur für Rohrleitungssysteme und durchgängig projektbezogen bezahlt worden sein soll, hat sich demgegenüber nach den Feststellungen im Berufungsverfahren nicht bestätigt.

Im Hinblick auf die erheblichen Abweichungen zwischen vertraglicher Vereinbarung und tatsächlicher Umsetzung ist Letztere für die Beurteilung des Versichertenstatus des Beigeladenen zu 2) maßgeblich. Das gilt in besonderem Maße für die Frage der Vergütung. Während hierzu in der Rahmenvereinbarung noch der Regelfall eines Festpreises und die Vereinbarung von Einheitspreisen, die Abrechnung nach Stunden dagegen lediglich als Ausnahme geregelt ist, haben die tatsächlichen Feststellungen ergeben, dass die Klägerin in erster Linie eine Abrechnung auf Stundenbasis vorgenommen hat, wie sie in vielen Beschäftigungsverhältnissen üblich ist. Eine erfolgsabhängige Vergütung, wie sie für Werkverträge kennzeichnend ist, hat nicht stattgefunden. Im Gegensatz zu den schriftlichen Fixierungen in der Rahmenvereinbarung wurden jedenfalls im Streitzeitraum auch keine konkreten Einzelprojekte mehr vergeben.

Nach dem Ergebnis der Feststellungen des Senates ist auch davon auszugehen, dass der Beigeladene zu 2) in großem Umfang in die Organisation der Klägerin eingegliedert war. Soweit dies zur Erledigung seiner Aufgaben erforderlich war, stand ihm ein Arbeitsplatz in den Räumen der Klägerin zur Verfügung, auf dem er die Isometrien zu erstellen hatte. Wie der Beigeladene dargelegt hat, hat er auf diese Weise etwa 20 % seiner Tätigkeit in den Betriebsräumen der Klägerin verrichtet. Soweit der Beigeladene zu 2) etwa 60 % der abgerechneten Arbeitszeit (einschließlich Fahrzeiten) auf den Baustellen der Auftraggeber der Klägerin verbracht hat, steht dies der Annahme seiner Eingliederung in den Betrieb der Klägerin nicht entgegen, da sich die Notwendigkeit hierzu unmittelbar aus der Auftragsabwicklung ergab. Dementsprechend bleiben auch Arbeitnehmer, die für auswärtige Montagetätigkeiten eingesetzt werden, regelmäßig in den Betrieb ihres Arbeitgebers eingegliedert. Bei der Erstellung der Isometrien war der Beigeladene zu 2) demgegenüber auf einen Arbeitsplatz in den Betriebsräumen der Klägerin zwingend angewiesen, da er auf deren technische Ausstattung zurückgreifen musste. Bei der Beanspruchung des Arbeitsplatzes hatte er sich mit den anderen Mitarbeitern der Klägerin abzustimmen. Zumindest war er insofern auch zeitlich abhängig von der Klägerin, als dass er seine Aufenthalte an die bestehenden Betriebszeiten anpassen musste. Darüber hinaus lag eine Eingliederung in den Betriebsablauf der Klägerin auch insoweit vor, als der Beigeladene zu 2) bei der Ausführung seiner Arbeit die Termine zu beachten hatte, die der Klägerin im Vertragsverhältnis zu ihren Auftraggebern gestellt wurden. Nahm der Beigeladene zu 2) dementsprechend in funktionsgerecht dienender Weise am Arbeitsprozess der Klägerin teil, so steht es - wie bei Diensten höherer Art nicht unüblich - der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen, dass er bei der konkreten Ausgestaltung der Isometrieerstellung aufgrund seiner Spezialisierung keinen unmittelbaren Weisungen unterworfen war und in den ihm gesetzten zeitlichen Grenzen gewisse Freiheiten hinsichtlich der Gestaltung seiner Arbeitszeit genoss, z.B. hinsichtlich der Wahl des konkreten Zeitpunkts, zu dem er eine Baustelle aufsuchte.

Im Übrigen bestätigt die Klägerin mit ihrem schriftsätzlichen Vortrag selbst, dass der Beigeladene zu 2) mit seinen Tätigkeiten nicht unerheblich in den Betriebsablauf der Beklagten integriert war. So trägt sie vor, dass Rohrleitungen geplant wurden. Basis seien Rohrleitungs- und Instrumentierungsfließbilder und ein Aufstellungsplan gewesen. Aus diesen Dokumenten seien dann von ihrem Geschäftsführer Teilaufgaben herausgelöst, schließlich gebündelt und zur Bearbeitung an den Beigeladenen zu 2) mit der Vorgaben von

Terminen abgegeben worden. Im Anschluss daran seien aufgrund Planungen des Beigeladenen Modelle gebaut, diese dann auf ihre Umsetzbarkeit überprüft worden. Soweit Planungsfehler aufgetreten seien, habe der Beigeladene dann die Konstruktionen nachbessern müssen. Allein diese Beschreibung zeigt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 2) nicht unerheblich mit den sonstigen Betriebsabläufen der Klägerin verzahnt und demnach auch organisatorisch in diese eingegliedert war.

Des Weiteren spricht für eine Eingliederung des Beigeladenen in den Betrieb der Klägerin auch schon vor dem 1.1.1998, dass er danach qualitativ die im Wesentlichen selben Tätigkeiten wie zuvor - wenn auch unter etwas veränderten Rahmenbedingungen und noch stärkerer Einbindung in die Betriebsabläufe - im Angestelltenverhältnis und damit unzweifelhaft als abhängig Beschäftigter geleistet hat.

Schließlich ist zugunsten einer abhängigen Beschäftigung zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 2) seine Tätigkeiten für die Klägerin in Person erbracht und nicht auf Hilfspersonen oder anderweitige Dritte zurückgegriffen hat.

Der eher theoretischen Freiheit, einzelne Aufträge abzulehnen, misst der Senat demgegenüber im Falle des Beigeladenen zu 2) nur untergeordneten Indizwert bei, weil dieser Möglichkeit in der Praxis der Beteiligten keine wesentliche Bedeutung zugekommen ist (vgl. zu diesem Kriterium BSG, Urteil v. 11.3.2009, [a.a.O.](#), zur Frage der Delegationsbefugnis). Der Beigeladene zu 2) hat selbst lediglich ausgeführt, er habe z.T. - und zwar in der Anfangsphase seiner Tätigkeit für die Klägerin - mehrere Projekte zur Auswahl bekommen, unter denen er nach Neigung habe auswählen können. Von einer ersatzlosen Ablehnung ihm geeignet erscheinender Projekte hat er hingegen nicht berichtet.

Darüber hinaus war die Tätigkeit des Beigeladenen zu 2) nicht durch ein typisches Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [a.a.O.](#)) ist maßgebliches Kriterium hierfür, 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. Eine solche Ungewissheit hat es hier jedoch nicht gegeben. Größere sächliche Mittel hat der Beigeladene zu 2) nicht eingesetzt. Er selbst veranschlagt den Wert der von ihm selbst beschafften Arbeitsmittel auf etwa 300,00 DM. Zwar hat er zusätzlich die Kosten der Anfahrt mit dem Pkw zu den Baustellen getragen. Indessen haben diese sich überwiegend wohnortnah befunden, nämlich im Ruhrgebiet. Zudem hat er die Fahrzeiten selbst in vollem Umfang als Arbeitszeit in Rechnung gestellt.

Ein Verlustrisiko hinsichtlich des Einsatzes seiner Arbeitskraft hat der Beigeladene zu 2) nicht getragen. Denn er ist im Wesentlichen nicht nach Erfolg, sondern nach Zeitaufwand entlohnt worden. Der Beigeladene zu 2) hat im Erörterungstermin vom 16.6.2010 und auch in der mündlichen Verhandlung überzeugend dargestellt, dass sich das seit 1987 bestehende Vertragsverhältnis der Klägerin mit ihm im Laufe der Jahre von dem im Vertrag dargestellten Regelfall der projektbezogenen Vergütung zu einem Festpreis wegentwickelt hat. Mag es zu Beginn des Vertragsverhältnisses noch so gewesen sein, dass die Einzelaufträge projektbezogen erteilt wurden, so hat sich dies im Laufe der Zeit zumindest bis zum streitigen Zeitraum ab September 1994 wesentlich geändert. Die Einzelaufträge wurden nicht mehr projektbezogen, sondern vielmehr zeitbezogen vergeben. Sie betrafen auch nicht explizit herausgelöste einzelne, konkret bezeichnete Projekte, sondern völlig unspezifisch "konstr.-Arbeiten für versch.-Projekte". Hinzu kommt, dass bei Auftragserteilung über einen längeren Zeitraum wie z.B. 3 Monaten die zu bearbeitenden Projekte im Einzelnen bei Auftragserteilung entsprechend der glaubwürdigen Darstellungen des Beigeladenen zu 2) noch gar nicht bekannt waren, sondern, wie sie anfielen, im Rahmen des zeitbezogenen Auftrages abgewickelt wurden. Dementsprechend hat der Beigeladene zu 2) im Laufe der Zeit und insbesondere im Prüfzeitraum auch keine projektbezogenen Rechnungen mehr erstellt. Vielmehr ist letztlich nur noch monatlich auf Stundenbasis abgerechnet worden und damit in einer Weise, die auch für Arbeitsverhältnisse typisch ist.

Soweit die Klägerin aus den Ausführungen des Beigeladenen zu 2) im Erörterungstermin herleiten möchte, dass einzelne Projekte jeweils nur nach den zuvor abgesprochenen Stunden- bzw. Zeitbudgets und nicht nach den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden abgerechnet wurden, so sieht der Senat dies gerade durch die Ausführungen des Beigeladenen zu 2) gerade nicht bestätigt. Dieser hat mehrfach in verschiedenen Zusammenhängen angegeben, dass er monatlich die tatsächlich geleistete Arbeitsstunden und nicht etwa fiktiv zu leistende Arbeitsstunden oder etwa Arbeitsstunden gar nicht in Rechnung gestellt hat. Dies hat der Beigeladene zu 2) in der mündlichen Verhandlung nochmals überzeugend bestätigt. Darüber hinaus sind dem Senat konkrete projektbezogene Zeitbudgetabsprachen zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 2) jedenfalls für den Prüfzeitraum nicht vorgelegt worden. Die Einzelaufträge haben sich, wie dargestellt, nämlich gar nicht auf einzelne bestimmte Projekte bezogen, sondern auf kürzere oder längere Zeitabschnitte von wenigen Wochen bis zu mehreren Monaten. In den Akten befinden sich dementsprechend nur auf bestimmte Zeiträume bezogene aber nicht projektbezogene schriftliche "Einzelaufträge" und auch nur monatsbezogene Rechnungen des Beigeladenen zu 2) auf Stundenbasis. Letztlich sind die Zahlungen der Klägerin dem Beigeladenen zu 2) daher wie ein monatliches, wenn auch schwankendes, Gehalt ohne konkrete Erfolgsabhängigkeit zugeflossen. Diese für ein Arbeitsverhältnis typische Abrechnungspraxis ist von den Beteiligten über Jahre durchgehend - von Urlauben abgesehen - ohne nennenswerte Unterbrechungen so praktiziert worden.

Ein unternehmerisches Risiko folgt auch weder aus der Gefahr, möglicherweise wegen mangelhafter Leistung auf Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden, noch aus der im Rahmenvertrag enthaltenen Vertragsstrafenvereinbarung. Denn nach dem insbesondere vom Bundesarbeitsgericht (BAG) entwickelten Haftungsmodell (grundlegend BAG GrS, Beschluss v. 27.9.1994, [GS 1/89 A](#), AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers) haftet grundsätzlich auch der Arbeitnehmer für Pflichtverletzungen gegenüber seinem Arbeitgeber, wobei ein vollständiger Haftungsausschluss in der Regel nur bei leichtester Fahrlässigkeit besteht. Ebenso können Vertragsstrafen auch für Verstöße aus abhängigen Beschäftigungen vereinbart werden (vgl. BSG, Urteil v. 11.3.2009, [a.a.O.](#)). Die hier vertragsstrafenbewehrte Verpflichtung eines Konkurrenz- bzw. Wettbewerbsverbots ist dabei nicht etwa typisch für unternehmerisches Handeln, sondern im Gegenteil gerade kennzeichnend für abhängige Beschäftigungen (vgl. BSG, Urteil v. 10.8.2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 15](#)).

Das Fehlen von (schriftlichen) Regelungen zu Ansprüchen auf Urlaubsentgelt bzw. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme eines unternehmerischen Risikos. Die Überbürdung sozialer Risiken abweichend von der das Arbeitsrecht prägenden Risikoverteilung ist nur dann ein gewichtiges Indiz für unternehmerisches Handeln, wenn damit auch tatsächliche Chancen einer Einkommenserzielung verbunden sind, also eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten stattfindet (BSG, Urteil v. 11.3.2009, [a.a.O.](#)). Hierfür ist im vorliegenden Fall jedoch nichts ersichtlich.

Die Abhängigkeit des Beigeladenen zu 2) von der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum wird weiter dadurch untermauert, dass dieser

während des gesamten Zeitraums keine anderen Auftraggeber hatte, sondern seine gesamte Arbeitskraft eben nur der Klägerin zur Verfügung stellte. Wie er angibt, war er eben durch deren Aufträge ausgelastet. Er trat daneben auch nicht weiter am Markt auf, sondern arbeitete nur für die Klägerin.

Da die weit überwiegenden, von den vertraglichen Vereinbarungen zudem in erheblichem Umfang abweichenden tatsächlichen Umstände für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 2) bei der Klägerin sprechen, kommt dem im Rahmenvertrag niedergelegten Willen der Vertragsparteien, die Begründung eines Arbeitsverhältnisses auszuschließen und einen Werkvertrag zu begründen, keine wesentliche indizielle Bedeutung zu (vgl. zu den Voraussetzungen, unter denen eine entsprechende vertragliche Regelung rechtlich für die Statusfrage bedeutsam ist BSG, Urteil v. 25.8.2008, a.a.O.).

Der angefochtene Bescheid ist auch in Bezug auf die Höhe der festgesetzten Beiträge rechtmäßig. Die Höhe der Beiträge war zwischen den Beteiligten zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens streitig. Aus den Akten und dem Vorbringen der Beteiligten ist auch nichts ersichtlich, was den Schluss zuließe, dass die Beträge zu Lasten der Klägerin zu hoch festgesetzt wurden.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 2](#), [§ 162 Abs. 3 VwGO](#). Vorliegend entsprach es nach Ansicht des Senats, entsprechend der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. etwa BSG 14.11.2002 - [B 13 Rj 19/01 R](#) -, BSG 28.04.2004 - [B 6 KA 9/03 R](#) -) nicht der Billigkeit, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen auch noch der unterlegenen Klägerin aufzuerlegen, da diese keine eigenen (erfolgreichen) Anträge gestellt haben.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2011-07-13