L 8 R 677/12

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 53 (21) R 59/09
Datum
16.07.2012
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 677/12
Datum
28.01.2015
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 16.7.2012 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Kosten des Beigeladenen zu 1) in erster Instanz nicht zu erstatten sind. Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen zu 2) bis 4), die ihre Kosten selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird für beide Instanzen auf 17.116 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens, ob der Beigeladene zu 1) im Rahmen seiner Tätigkeit als Standort-Projektkoordinator in der Zeit vom 1.3.2008 bis zum 31.10.2008 aufgrund einer abhängigen Beschäftigung bei der Klägerin der Versicherungspflicht in der Sozialversicherung unterlegen hat.

Die Klägerin ist ein Unternehmen mit Sitz in E, dessen Geschäftsführer zugleich sein alleiniger Gesellschafter ist. Es hatte im Streitzeitraum keinerlei eigene Mitarbeitende. Die Klägerin besaß im Streitzeitraum keine Genehmigung zur gewerbsmäßigen Überlassung von Arbeitnehmern. Der Geschäftsführer der Klägerin verfügte u.a. aus Zeiten, in denen er für das Unternehmen W, das sich seit 2002 P GmbH & Co. KG (im Folgenden: P) nannte und die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 5) ist, tätig war, über gute Kontakte in die Telekommunikationsbranche. Nach Gründung der Klägerin setzte er sich u.a. mit P in Verbindung und fragte, ob Bedarf an Projektleistungen bestehe. Im weiteren Verlauf kam es zwischen der Klägerin und P zum Abschluss eines "Rahmenvertrages über die Erbringung von Projektleistungen vom 10.1.2005". In diesem Vertrag heißt es auszugsweise:

§ 1 Leistungen des Auftragnehmers

(1) Der Auftragnehmer wird die in den jeweiligen Anlagen beschriebenen Projektleistungen für die P (H) erbringen ...

(2) Der Auftragnehmer wird die beschriebenen Leistungen gemäß den in den Einzelprojektverträgen für das jeweilige Projekt vereinbarten Zeiteckpunkten (Milestones) erbringen ...

...

(5) Der Auftragnehmer wird selbständig und auf eigene Kosten die zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten erforderlichen Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen der von ihm eingesetzten Personen durchführen.

§ 2 Vergütung und Rechnungsstellung

...

(5) Der Auftragnehmer verpflichtet sich, soweit gesetzlich vorgeschrieben, seine Vergütung zu versteuern, ggf. Sozialabgaben für die von ihm eingesetzten Personen zu entrichten und anderen derartigen Verpflichtungen nachzukommen. Soweit er diesen Verpflichtungen nicht nachkommt und P (H) deshalb in Anspruch genommen werden sollte, ist der Auftragnehmer zum Ersatz des P (H) entstandenen Schadens verpflichtet.

...

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des als Anlage K3 zur Klagebegründung überreichten Vertrages verwiesen.

Auf der Grundlage dieses "Rahmenvertrages" erteilte P der Klägerin die "Bestellung Nr. 529495" v. 20.3.2008. Dort wird der Beigeladene zu 1) als "Lieferantenartikel-Nr." bezeichnet. Die Bestellung enthält als Menge "180 TAG" zu einem Preis je Einheit von 360,00 Euro, entsprechend einem "Gesamtpreis" von 64.800,00 Euro. Unter Bezugnahme auf diese Bestellung übersandte P der Klägerin eine "Task description", in der als "Target of tasks" die Messung, Optimierung und Dokumentation des durch den TM REPRO festgelegten UMTS- bzw. GSM-Gebietes beschrieben wird. Im Folgenden wird der Auftrag näher beschrieben. Unter anderem heißt es: "Der Mitarbeiter des Auftragnehmers arbeitet eng mit dem Team REFO (Optimierung) zusammen und erhält seine Aufträge direkt durch den Teamleiter REFO oder den Projektverantwortlichen. Er berichtet an den Teamleiter REFO bzw. an den Projektverantwortlichen."

Zum Zustandekommen dieser "Bestellung" hat der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen erklärt: "Die Projektleistungen sind zwischen der Klägerin und P so abgestimmt worden, dass die P mit der Klägerin Kontakt aufgenommen hat und gefragt hat, ob wir jemanden z.B. für den Bereich Standortprojektkoordination an der Hand hätten. Ich hatte damals einen entsprechenden Branchenüberblick und kannte die Leute, die dem von P gewünschten Anforderungsprofil entsprachen und habe dann versucht, ein, zwei oder drei Leute P anzubieten."

Der 1972 geborene Beigeladene zu 1) ist Programmierer. Er wurde von dem Geschäftsführer der Klägerin angesprochen, ob er an einer Tätigkeit im Rahmen eines Auftrags von P Interesse habe. Daraufhin setzte er sich mit den Verantwortlichen von P in Verbindung und ließ sich die Einzelheiten des Auftrags von diesen erläutern. Sodann schloss er mit der Klägerin am 25.1.2008 eine als "Projektvertrag" bezeichnete Vereinbarung, aufgrund derer er sich verpflichtete, ab dem 1.3.2008 als Auftragnehmer für die Klägerin "selbstständig und eigenverantwortlich standortbezogene Projektverfolgungen, Reportings und Entwicklungen diverser Datenbanken unter Einhaltung von vorgegebenen Kriterien" für P durchzuführen (§ 1 des Vertrages). In dem Vertrag heißt es weiter auszugsweise:

§ 2 Vergütung

Es wird ein Aktivitätensatz von 275,00 EUR für jedes erfolgreich abgeschlossene Projekt/Aktivität (siehe § 1) zuzüglich der aktuell gültigen Mehrwertsteuer an den Auftragnehmer vereinbart.

Der Auftragnehmer hat seine Rechnung zu richten in einfacher Ausführung an den Auftraggeber.

...

... Für die Versteuerung der Geldbeträge hat der Auftragnehmer selbst Sorge zu tragen.

...

§ 5 Weisungsfreiheit

(1) Der Mitarbeiter des Auftragnehmers unterliegt bei der Durchführung der übertragenen Projekttätigkeiten keinen Weisungen des Auftraggebers oder dessen Kunden (Weisungsfreiheit in inhaltlicher Hinsicht). Er ist in der Gestaltung seiner Tätigkeiten (Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausübung) selbstständig tätig und vollkommen frei. Auf besondere betriebliche Belange in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit ist jedoch Rücksicht zu nehmen.

(2) Der Auftragnehmer ist an keinerlei Vorgaben zum Arbeitsort oder zur Arbeitszeit gebunden. Projektbezogene Vorgaben des Auftraggebers oder dessen Kunden sind allerdings einzuhalten, ebenso fachliche Vorgaben des Auftraggebers, soweit diese zur ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung erforderlich sind.

(3) Der Auftragnehmer ist ferner berechtigt, einzelne Aufträge des Auftraggebers oder dessen Kunden ohne Angabe von Gründen abzulehnen.

(4) Gegenüber den Angestellten des Auftraggebers oder dessen Kunden hat der Auftragnehmer keine Weisungsbefugnis.

§ 6 Rechte und Pflichten des Auftragnehmers

(1) Der Auftragnehmer hat die Leistungen nach Maßgabe der konkreten Anforderungen und Leistungsbeschreibungen des Auftraggebers oder dessen Kunden zu erbringen. Die zeitlichen Vorgaben des Auftraggebers sind zu beachten. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, bei der Vertragsdurchführung auftretende Abwicklungsschwierigkeiten oder vorhersehbare Verzögerungen unverzüglich dem Auftraggeber mitzuteilen.

(2) Der Auftragnehmer hat das Recht, auch für dritte Auftraggeber tätig zu sein, sofern § 10 nicht verletzt wird.

§ 7 Pflicht zur höchstpersönlichen Auftragserfüllung

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Projektarbeiten höchstpersönlich zu erbringen. Die Vergabe von Unteraufträgen bedarf der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers.

§ 8 Rechte und Pflichten des Auftraggebers

...

(3) ... Steuern, Sozialversicherungsbeiträge etc. werden, da kein Arbeitsverhältnis vereinbart ist, vom Auftraggeber nicht abgeführt. Die

Erfüllung von Abgaben und Versicherungsleistungen ist, soweit erforderlich, Sache des Auftragnehmers.

...

§ 10 Verschwiegenheit/Konkurrenz

...

(3) Der Auftragnehmer darf auch für andere Unternehmen tätig sein. Hiervon ausgenommen sind solche Unternehmen, die im Wettbewerb mit dem Auftraggeber oder dessen Kunden stehen. Mit solchen Unternehmen darf der Auftragnehmer nicht kooperieren, es ist ihm auch nicht gestattet, solche Unternehmen zu beraten.

§ 15 Arbeitsrechtliche Schutzvorschriften

Ziel ist es, dem Auftragnehmer die volle Entscheidungsfreiheit bei der Verwertung seiner Arbeitskraft zu belassen. Die Parteien beabsichtigen nicht, eine über den Umfang dieser Vereinbarung hinausgehende persönliche, wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit zu begründen.

...

In der Folgezeit wurde der Beigeladene zu 1) beim Aufbau einer Mobilfunkversorgung für P im Rahmen des Sonderprojekts "GSM-Mobilfunkversorgung entlang der ICE-Strecken Köln-Frankfurt und Kassel-Fulda-Würzburg" eingesetzt. In den Monaten März und April 2008 war er mit der Aktualisierung und Anpassung der Datenbanken von P beschäftigt. Seine Aufgabe bestand dabei zum einen darin, Such- und Pflegefunktionen für die Standortdatenbank von P sowie für die Datenbank, die die Verfolgung der speziell für das ICE-Projekt benötigten Standorte ermöglichte, zu entwickeln. Zum anderen bestand seine Aufgabe darin, die Zusammenführung von Daten verschiedener Datenbanken (der Standortdatenbank sowie der Budgetdatenbank) zu ermöglichen. Die hierfür erforderlichen Gespräche führte der Beigeladene zu 1) mit dem Teamleiter des Teams Parameterplanung von P, dem die Sonderprojekteplanung zugewiesen war. Die anschließenden Entwicklungsmaßnahmen führte er von seinem Entwicklungsrechner durch, da er zu diesem Zeitpunkt keinen permanenten Zugriff auf Echtdaten von P benötigte. Es bestand aber fortlaufender Kontakt zu P. Insbesondere präsentierte er regelmäßig Zwischenergebnisse, um zu prüfen, ob die in seiner Entwicklungsumgebung entwickelten Ergebnisse auch in der Umgebung von P funktionierten. Im Monat Mai hielt der Beigeladene zu 1) sich aus persönlichen Gründen in Brasilien auf. Im Anschluss waren noch Nachbesserungsarbeiten zu seinen Programmierungen erforderlich.

Parallel dazu übernahm er Aufgaben der sog. Projektkoordination. Hierzu wählte er aus einem Pool von Standorten von P, die für die geplante Mobilfunkversorgung in Betracht kamen, diejenigen aus, die ausgehend von dem mit der Klägerin vereinbarten Fixpreis pro Standortbegehung für ihn am ökonomisch günstigsten waren. Dabei war er gebunden an die für die Begehung dieser Standorte von P getroffenen Terminvereinbarungen, zu denen die anderen für die Begehung erforderlichen Personen (z.B. der Funkplaner, der Generalunternehmer sowie bei noch nicht gesicherten Standorten der Standortakquisiteur) von P bereits eingeladen waren. Bei den Standortbegehungen trat der Beigeladene zu 1) "im Auftrag von P" auf. Seine Aufgabe bestand nach eigenen Angaben darin, dafür zu sorgen, dass das Ziel, nämlich die Mobilfunkversorgung einer gesamten ICE-Trasse, nicht aus den Augen verloren wurde, und zudem "Präsenz zu zeigen". Im Anschluss an die jeweilige Standortbegehung wurde ein Protokoll der Begehung erstellt, das zum Teil auch vom Beigeladenen zu 1) im elektronischen Archiv von P abgelegt wurde. Gleichzeitig wurde in der Standortdatenbank ein Meilenstein (z.B.: Akquise des Standorts abgeschlossen, Abschluss des Mietvertrages, Einholung der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, Aufbau des Standorts) eingetragen. Bautechnische Protokolle wurden vom Bauleiter oder anderen Experten, nicht aber vom Beigeladenen zu 1) gefertigt. Er erhielt sie lediglich zur Kenntnis. Im Rahmen dieser Tätigkeit war der Beigeladene zu 1) überwiegend an den Standorten von P und im Umfang von etwa 10 Stunden pro Woche in den Räumlichkeiten von P tätig. Während dieser Zeit erledigte er Dokumentationen und Budgetverfolgungen. An Teamgesprächen bei P nahm er nicht teil.

Während des gesamten Zeitraums bestand Kontakt zum Geschäftsführer der Klägerin nur für Absprachen zur Durchführung des streitgegenständlichen Statusfeststellungsverfahrens sowie bei der monatlichen Erstellung von Leistungsnachweisungen und Rechnungen gegenüber der Klägerin zu 1). Die Leistungsnachweise des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin gaben als Leistungsbeschreibung pro Tag geleisteter Arbeit als sog. "Aktivität" jeweils "Dokumentation Netzelemente für Sonderprojekte" bei wechselnden Standortnummern an. Sie waren vom Mitarbeiter G der P gegengezeichnet. Die geleisteten Aktivitäten stellte der Beigeladene zu 1) der Klägerin mit dem je Aktivität vereinbarten Satz (275,00 Euro für März 2008, 315,00 Euro für April und Juni bis September 2008, 265,00 Euro für Oktober 2008) in Rechnung. Die Klägerin ihrerseits berechnete P ebenfalls monatlich die Zahl der von dem Beigeladenen zu 1) ihr gegenüber in Rechnung gestellten Aktivitäten mit einem Satz von 320,00 Euro pro Aktivität im März 2008, danach mit 360,00 Euro. In der jeweiligen Differenz von 40,00 Euro pro Aktivität lag das wirtschaftliche Interesse der Klägerin an der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für P. Wegen der Einzelheiten der Leistungsnachweise und Rechnungen wird auf Bl. 236 bis 248 der Gerichtsakten [GA] Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 1.10.2008 kündigte der Beigeladene zu 1) seinen Projektvertrag mit der Klägerin zum 31.10.2008.

Am 14.2.2008 stellte die Klägerin bei der Beklagten einen Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1) nach § 7a Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Mit Schreiben vom 15.8.2008 hörte die Beklagte die Klägerin und den Beigeladenen zu 1) zu ihrer Absicht an, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ab dem 1.3.2008 zu erlassen. Der Geschäftsführer der Klägerin veranlasste daraufhin die Erstellung einer neuen Task description durch P zur Vorlage im Statusfeststellungsverfahren. Diese neue Task description gab als "Target of tasks" nunmehr "Projektkoordination für ICE und regionale Sonderprojekte" sowie "Datenbankentwicklung für Sonderprojekte (SoProDb)" an. Sodann heißt es in der "Detailed description":

"Der Auftragnehmer entwickelt mit der SoProDb eine Datenbank zur Verfolgung von Sonderprojekten und passt diese an Änderungen in der Toollandschaft von P an. Hard- und Software hierfür sind vom Auftragnehmer zu stellen. Fertiggestellte Versionen werden dem Projektleiter für Sonderprojekte übergeben und von ihm abgenommen.

Ebenfalls übernimmt der Auftraggeber die Koordinationen der regionalen Sonderprojekte und der Projekte ICE. Die in diesem Zusammenhang anfallenden Dokumente sind vom Auftragnehmer im elektronischen Archiv der P zu hinterlegen, die daraus resultierenden Zwischenschritte in den Datenbanken und Tools der P zu dokumentieren. Die abgeschlossenen Aktivitäten werden vom Projektleiter für Sonderprojekte abgenommen.

Aus Datenschutzgründen ist ein externer Zugriff auf das elektronische Archiv der P, sowie deren Datenbanken und Tools nicht möglich. P ermöglicht daher dem Auftragnehmer hierauf ungehinderten und selbständigen Zugriff in den Räumlichkeiten der P. Einschränkungen ergeben sich hier nur durch die Öffnungszeiten dieser Räumlichkeiten.

Alle im Rahmen der Erbringung der Aktivitäten anfallenden Kosten sind vom Auftragnehmer zu tragen."

Die Beklagte stellte gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Standort-Projektkoordinator bei der Klägerin seit dem 1.3.2008 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde (Bescheide v. 30.9.2008 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide v. 20.2.2009). Die Klägerin habe mit P einen Vertrag geschlossen, in dem sämtliche Modalitäten wie z.B. der Preis für die Durchführung eines Projektes, die Anzahl der Tage, der Liefertermin und der Lieferort bereits festgelegt seien. Dem Beigeladenen zu 1) bleibe nur noch die Möglichkeit, den Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Unerheblich sei, dass er vorbereitende Tätigkeiten in seinem Büro erledige. Während der Projekte sei eine Eingliederung in die Betriebsorganisation der Klägerin bzw. von P anzunehmen. Er habe die Vorgaben von P zu beachten, zu deren Einhaltung er sich gegenüber der Klägerin verpflichtet habe. Er sei auch in der Disposition seiner Arbeitszeit keineswegs frei, denn es bestehe die Verpflichtung, die übertragenen Aufgaben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuführen. Der Beigeladene zu 1) trage kein unternehmerisches Risiko. Die Nutzung eines eigenen Pkw auf eigene Kosten reiche hierfür nicht. Auch werde er im Namen und auf Rechnung der Klägerin tätig und erscheine nach außen als deren Mitarbeiter.

Gegen diesen Bescheid hat der Beigeladene zu 1) Klage vor dem Sozialgericht (SG) Köln erhoben, die er inzwischen zurückgenommen hat, da nur noch das vorliegende Verfahren betrieben werden solle.

Mit der am 10.3.2009 zum SG Duisburg erhobenen Klage hat die Klägerin vorgetragen: Die Beklagte habe ihre Angaben nicht richtig gewürdigt. Es sei zwar zutreffend, dass der Beigeladene zu 1) hinsichtlich der Ausführung der von ihr übernommenen Aufträge Termine einzuhalten habe. Allerdings folgten hieraus keine Weisungen, denn dem Beigeladenen zu 1) stehe völlig frei, wie und wann er seine Leistungen innerhalb des vorgegebenen Liefertermins erbringe. Der Arbeitsort ergebe sich daraus, welche Projekte der Beigeladene zu 1) für sie, die Klägerin, bei deren Auftraggeber P übernehme. Sie könne dem Beigeladenen zu 1) auch keine Weisungen im Sinne konkreter Vorgaben erteilen, da ihr die besonderen Kenntnisse in der Projektkoordination fehlten. Sie führe auch keine Kontrolle der Leistungen des Beigeladenen zu 1) durch. Sie benötige lediglich den Nachweis der Leistung selbst, um ihre Leistungen gegenüber P abrechnen zu können. Der Beigeladene zu 1) habe die Möglichkeit, durch eigene Leistungen die Höhe seines Honorars selbst zu beeinflussen.

Mit Bescheiden vom 20.2.2012 hat die Beklagte gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) die angefochtenen Bescheide dahingehend abgeändert, dass in der vom Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 1.3.2008 bis 31.10.2008 ausgeübten Beschäftigung als Standort-Projektkoordinator Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 30.9.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.2.2009 und des Änderungsbescheides vom 20.2.2012 aufzuheben und festzustellen, dass es sich bei der Tätigkeit des Beigeladenen in der Zeit vom 1.3.2008 bis zum 31.10.2008 nicht um eine Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV handelt und der Beigeladene für diese Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht als abhängig Beschäftigter unterliegt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat den angefochtenen Bescheid, u.a. unter Hinweis auf eine Entscheidung des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg v. 14.2.2012 (L 11 KR 3007/11) verteidigt.

Der mit Beschluss v. 1.10.2009 am Verfahren beteiligte Beigeladene zu 1) hat sich der Rechtsauffassung der Klägerin angeschlossen.

Das SG hat den Bescheid der Beklagten vom 30.9.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.2.2009 und den Änderungsbescheid vom 20.2.2012 aufgehoben und festgestellt, dass es sich bei der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 1.3.2008 bis zum 31.10.2008 nicht um eine Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV handele und der Beigeladene zu 1) für diese Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht als abhängig Beschäftigter unterliege. Es hat die Auffassung vertreten, der Beigeladene zu 1) sei im Rahmen seiner Tätigkeit als Projektkoordinator als Selbständiger tätig geworden (Urteil v. 16.7.2012, auf dessen Entscheidungsgründe Bezug genommen wird).

Mit der Berufung gegen dieses Urteil wiederholt und ergänzt die Beklagte ihr bisheriges Vorbringen. Bei Dreiecksverhältnissen, in denen ein Beteiligter selbst seine Dienstleistungen im Rahmen eines zwischen seinem Auftraggeber und einem Dritten abgeschlossenen Werkvertrages erbringe, komme es entscheidend darauf an, ob der Auftragnehmer im Rahmen des bestehenden Werkvertrages Teilleistungen erbringe, die ihrerseits vertraglich nicht als Werk klar abgegrenzt bzw. abgrenzbar seien, oder ob die vereinbarten Tätigkeiten vertraglich soweit präzisiert seien, dass auf dieser Grundlage die Leistung ohne weitere Weisungen in eigener Verantwortung erbracht werden könne. Im erstgenannten Fall liege eine abhängige Beschäftigung vor. Entgegen der Ansicht des SG komme es für die Eingliederung in eine Arbeitsorganisation nicht entscheidend darauf an, ob die Tätigkeit in den Geschäftsräumen des Weisungsgebers ausgeübt werde. Maßgeblich sei die Einordnung in eine von anderer Seite vorgegebene Ordnung, in der fremdbestimmte Arbeit geleistet werden könne. Diese Voraussetzung sei jedenfalls erfüllt, wenn die Arbeit in einem Betrieb im arbeitsrechtlichen Sinne geleistet werde. Unter Betrieb

wiederum werde im Arbeitsrecht die organisatorische Einheit verstanden, innerhalb der ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft von Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher oder sonstiger Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolge. Der Betriebszweck der Klägerin sei darauf gerichtet, bei ihren Endkunden Gesamt- oder Großprojekte im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung durchzuführen. Wenn der Beigeladene zu 1) für sie in einem solchen Projekt tätig werde, erfülle sich darin die Eingliederung in ihre Betriebsorganisation. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation ergebe sich auch aus der Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) selbst seine Dienstleistungen im Rahmen eines zwischen der Klägerin und einem Dritten abgeschlossenen Werkvertrages erbringe. Andernfalls wäre die Problematik der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung tangiert. Bereits diese vertragliche Gesamtkonstellation erfordere die Erteilung von Weisungen gegenüber dem Beigeladenen zu 1), dessen Ziele durch die Beschreibung der Tätigkeit in den Beauftragungen nicht klar definiert werde. Die vorliegende "Task description" bestätige dies, in dem dort festgelegt sei, dass der Beigeladene zu 1) eng mit dem Team REFO zusammenarbeite und seine Aufträge direkt durch den Teamleiter oder den Projektverantwortlichen erhalte. Aus den Vereinbarungen zwischen der Klägerin und P ergäben sich Weisungs- und Kontrollverpflichtungen, die die Klägerin gegenüber dem Beigeladenen zu 1) einzuhalten habe. Es sei daher nicht nachvollziehbar, wenn das SG feststelle, dass die Klägerin erst im Nachhinein Kenntnis erhalten habe, welche Projekte der Beigeladene zu 1) bearbeitet habe, dass sie lediglich die Rechnungen kaufmännisch geprüft habe. Damit hätte sie gegen wesentliche Vertragspflichten verstoßen, wenn sie sich im Verfahren schlicht als Personalvermittler und Abrechnungsstelle darstelle. Der Beigeladenen zu 1) habe auch weisungsgebunden gearbeitet. Ein wesentliches unternehmerisches Risiko sei demgegenüber nicht erkennbar. Vielmehr habe die Klägerin das Haftungsrisiko getragen. Schließlich spreche auch die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet gewesen sei, eher für eine abhängige Beschäftigung.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 16.7.2012 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin, der Beigeladene zu 1) und die Beigeladene zu 5) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das Urteil des SG. Der Beigeladene zu 1) sei nicht in ihren Betrieb eingegliedert gewesen. Er sei vollkommen frei darin gewesen, sich Projekte aus einem von P zur Verfügung gestellten Pool herauszusuchen. Weder sie noch P hätten hierauf Einfluss genommen. Der Beigeladene zu 1) sei auch bei der Einteilung seiner Arbeitszeit im Rahmen der konkreten Projektverwirklichung frei und an keine Weisungen gebunden gewesen. Gleiches gelte für den Tätigkeitsort. Lediglich für die Aktualisierung der Datenbanken habe der Beigeladene zu 1) aus datenschutzrechtlichen Gründen die Räumlichkeiten der P aufsuchen müssen. Ebenso habe er hinsichtlich der Art der Projektausführung keinerlei Weisungen der Klägerin oder seitens P unterlegen. Sie, die Klägerin, habe gar nicht über das erforderliche Know-how verfügt, um ihm entsprechende Weisungen erteilen zu können. Dass gewisse Eckpunkte der jeweiligen Projekte vorgegeben gewesen seien, sei unschädlich für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Entgegen der Annahme der Beklagten führe das hier vorliegende "Dreiecksverhältnis" nicht zwangsläufig zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung des Beigeladenen zu 1). Andernfalls wäre in diesen Konstellationen nie die Beauftragung eines selbständigen Subunternehmers möglich. Auch die seitens der Beklagten angeführte "Task description" könne nicht für den Nachweis einer Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in ihren, der Klägerin, Betrieb herangezogen werden. Diese Projektbeschreibung habe mit der tatsächlichen Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Standort- und Projektkoordinator nichts gemeinsam, weshalb von P auch eine neue "Taks description" erstellt worden sei. Der Beigeladene zu 1) habe während der Dauer des Vertragsverhältnisses auch ein unternehmerisches Risiko getragen, nämlich etwaigen Gewährleistungsansprüchen ausgesetzt zu sein. So habe er wiederholt auf eigene Kosten fehlerhaft programmierte Software nachbessern müssen und keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Urlaub oder im Krankheitsfall gehabt. Schließlich spreche die Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung nicht gegen die Annahme von Selbständigkeit.

Der Beigeladene zu 1) hat sich diesem Vortrag im Wesentlichen angeschlossen und das Vorliegen einer Arbeitnehmerüberlassung seitens der Klägerin an P in Abrede gestellt.

Die Beigeladene zu 5) ist aufgrund der tatsächlichen Umstände ebenfalls von einer Weisungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) und dem Fehlen einer Eingliederung in den Betrieb der Klägerin ausgegangen. Ferner habe keine Arbeitnehmerüberlassung seitens der Klägerin an P vorgelegen. Der Beigeladene zu 1) sei bereits kein Arbeitnehmer der Klägerin gewesen.

Der Sachverhalt ist mit den Beteiligten erörtert worden (Erörterungstermin v. 13.12.2013, auf dessen Niederschrift Bezug genommen wird). Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2015 Bezug genommen.

Die Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Verfahren S 6 R 138/11 WA SG Köln und S 34 R 109/10 SG Duisburg sind beigezogen worden und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Der Bescheid der Beklagten vom 30.9.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 20.2.2009 und des Änderungsbescheides vom 20.2.2012 ist dahin auszulegen - und kann nach Sinn und Zweck des § 7a SGB IV auch nur so verstanden werden -, dass die Beklagte Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) aufgrund einer Beschäftigung bei der Klägerin feststellen will (1.). In dieser Auslegung ist der Bescheid rechtswidrig. Ausgehend von den Grundsätzen für die Feststellung versicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse (2.) bestand seitens des Beigeladenen zu 1), der aufgrund einer unerlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung seitens der Klägerin an P für dieses Unternehmen tätig geworden ist (3.), ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mit P, nicht jedoch mit der Klägerin (4.). Aufgrund dessen ist auch die Feststellungsklage begründet (5.). Das Urteil des SG war daher nur hinsichtlich des Kostenausspruchs und der Streitwertfestsetzung zu ändern (6.).

1. Die Beklagte hat mit dem angefochtenen Bescheid, zuletzt in der Fassung des Bescheides v. 20.2.2012, das Bestehen von Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung in seinem mit der Klägerin bestehenden Beschäftigungsverhältnis festgestellt. "Regelung" des Bescheides im Sinne von § 31 Satz 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) ist damit nicht nur die Feststellung der Versicherungspflicht (bzw. Versicherungsfreiheit) in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung, sondern auch die Bezeichnung der Rechtsbeziehung, aufgrund derer die Versicherungspflicht besteht bzw. in der Versicherungsfreiheit vorliegt. Nur ein Bescheid, der zur maßgeblichen Rechtsbeziehung eine eindeutige Aussage trifft, ist in seinem Verfügungssatz hinreichend bestimmt im Sinne von § 33 Abs. 1 SGB X (vgl. BSG, Urteil v. 11.3.2009, B 12 R 11/07 R, SozR 4-2400 § 7a Nr. 2). Eine Entscheidung nach § 7a SGB IV ist mithin nicht allein dann rechtswidrig, wenn sie die Frage der Versicherungspflicht bzw. -freiheit des Auftragnehmers in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung falsch beantwortet, sondern auch dann, wenn sie von einem unzutreffenden Auftraggeber ausgeht. Das erschließt sich unmittelbar aus Sinn und Zweck des § 7a SGB IV, den Parteien einer Rechtsbeziehung möglichst frühzeitig Klarheit darüber zu verschaffen, ob eine versicherungspflichtige Beschäftigung besteht, namentlich, um den Arbeitgeber vor unter Umständen wirtschaftlich existenzgefährdenden Beitragsnachforderungen zu schützen (vgl. hierzu Pietrek in jurisPK-SGB IV, § 7a Rdnr. 47 m.w.N.).

2. Maßgebend für die Beurteilung, ob Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ist, sind §§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch, § 1 Satz 1 Nr. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch und § 25 Abs. 1 Satz 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch. Nach diesen Vorschriften kommt es darauf an, ob der Versicherte gegen Arbeitsentgelt beschäftigt ist.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 30.12.2013, B 12 KR 17/11 R, juris; Urteil v. 30.4.2013, B 12 KR 19/11 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; Urteil v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 17; 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; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, a.a.O., juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, B 12 KR 30/04 R, USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, 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 (BSG, Urteil v. 28.9.2011, a.a.O., juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, L 8 (16) R 55/08; Senat, Urteil v. 24.9.2014, L 8 R 1104/13; Senat, Urteil v. 23.4.2014, L 8 R 376/12, jeweils juris).

3. Ausgehend hiervon erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig, weil die Beklagte zu Unrecht angenommen hat, der Beigeladene zu 1) sei aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses mit der Klägerin tätig geworden. Tatsächlich hat sich die Arbeit des Beigeladenen zu 1) aufgrund Arbeitnehmerüberlassung seitens der Klägerin an P vollzogen.

a) Eine Überlassung zur Arbeitsleistung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 AÜG liegt vor, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (vgl. hierzu und zum Folgenden BAG, Urteil v. 18.1.2012, 7 AZR 723/10, AP Nr. 10 zu § 9 AÜG; Urteil v. 10.10.2007, 7 AZR 487/06, juris; Urteil v. 6.8.2003, 7 AZR 180/03, AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; Urteil v. 25.10.2000, z AZR 487/99, AP Nr. 15 zu § 10 AÜG; BSG, Urteil v. 24.4.2003, B 10 LW 8/02 R, SozR 4-5860 § 12 Nr. 1; Senat, Beschluss v. 19.12.2012, L 8 R 289/12 B ER; Beschluss v. 21.7.2011, L 8 R 280/11 B ER; juris). Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat. Nicht jeder in diesem Sinne drittbezogene Arbeitseinsatz unterfällt dem AÜG. Arbeitnehmerüberlassung ist vielmehr durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Von einer Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrages. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus § 645 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ergibt, dem

Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführungen des Werks erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom Arbeitnehmerüberlassungsgesetz nicht erfasst. Über die rechtliche Einordnung des Vertrags zwischen dem Dritten und dem Arbeitgeber entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Die Vertragsschließenden können das Eingreifen zwingender Schutzvorschriften des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes nicht dadurch vermeiden, dass sie einen vom Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den ausdrücklichen Vereinbarungen der Vertragsparteien als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen sich beide, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrags maßgebend, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche Wille der Vertragsparteien bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp.

b) Nach diesen Grundsätzen ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zunächst davon auszugehen, dass sich die Vertragspflichten der Klägerin gegenüber P in Vermittlung und Überlassung des Arbeitnehmers, hier des Beigeladenen zu 1), erschöpfte.

aa) Zwar sieht der zwischen der Klägerin und P geschlossene "Rahmenvertrag über die Erbringung von Projektleistungen" vom 10.1.2005 vor, dass die Klägerin die "in den jeweiligen Anlagen beschriebenen Projektleistungen" für P erbringen wird. Dieser Vertrag regelt für sich genommen aber noch keine Verpflichtungen der Klägerin gegenüber P. Vielmehr sollen seinem Wortlaut nach diese Verpflichtungen erst auf der Grundlage von Einzelprojektaufträgen konkretisiert werden.

Die auf der Grundlage dieses Rahmenvertrages von P an die Klägerin ergangene "Bestellung Nr. 529495" v. 20.3.2008 bezeichnet den Beigeladenen zu 1) als "Lieferantenartikel" für eine Menge von 180 TAG zu einem "Preis je Einheit" von 360,00 Euro. Die dabei von dem Beigeladenen zu 1) zu leistende Tätigkeit wird sodann in der "anhängenden Aufgabenbeschreibung" definiert. Diese Aufgabenbeschreibung war bei der ursprünglichen Bestellung in der von der Klägerin im Verwaltungsverfahren zunächst vorgelegten "Task description" enthalten, die zwar eine detaillierte Aufstellung der von dem Beigeladenen zu 1) für P zu erbringenden Leistungen enthält, von der die Klägerin nunmehr allerdings vorträgt, sie habe nichts mit dessen tatsächlicher Tätigkeit bei P zu tun gehabt. Diese Tätigkeit werde vielmehr in der eigens für die Zwecke des Statusfeststellungsverfahrens erstellten "neuen" "Task description" erfasst. Dieser Task description sind ausschließlich die von dem Beigeladenen zu 1) für P übernommenen Aufgaben zu entnehmen (Datenbankentwicklung, Koordination im Rahmen regionaler Sonderprojekte), nicht aber, dass die Klägerin ihrerseits irgendwelche vertraglichen Verpflichtungen gegenüber P zu erfüllen hat. Eine Abnahme der Aktivitäten des Beigeladenen zu 1) erfolgt ausschließlich über P, ohne dass die Klägerin hierin irgendwie eingeschaltet ist.

bb) Die tatsächliche Vertragsumsetzung zeigt, dass die Klägerin im Leistungsgeschehen gegenüber P keinerlei Aufgaben wahrgenommen hat, die über eine Vermittlung des Beigeladenen zu 1) hinausgegangen sind. Der Geschäftsführer der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, ursprünglich habe ihn nicht so stark interessiert, was in der Aufgabenbeschreibung stehe. Er sei froh gewesen, den Auftrag bekommen zu haben. Es habe ihm genügt, dass der Beigeladene zu 1) sich mit den ihm von P übertragenen Aufgaben auskenne und dass P mit ihm zufrieden war. Erstmals im Zuge des Statusfeststellungsverfahrens habe er die Aufgabenbeschreibung näher in Augenschein genommen. Für den Geschäftsführer eines Unternehmens, das angeblich - wie im Rahmenvertrag vorgesehen - selbst Projektleistungen für P erbringen soll, ist ein derartiges Desinteresse am Inhalt der eigenen vertraglichen Verpflichtungen schlechterdings nicht nachzuvollziehen. Ohne Weiteres vereinbar ist es aber mit der Annahme, dass sich die Verpflichtungen der Klägerin in Wahrheit mit der Vermittlung des Beigeladenen zu 1) erschöpfte. Dem entspricht es, dass die Konkretisierung der Projektaufgaben bereits in der Vertragsanpassungsphase ausschließlich zwischen dem Beigeladenen zu 1) und P erfolgt ist und die Klägerin in die betreffenden Planungen überhaupt nicht eingebunden war. Auch in der Phase der eigentlichen Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für P gab es Kontakte zwischen ihm und dem Geschäftsführer der Klägerin ausschließlich im Rahmen der Rechnungserstellung und zur Durchführung des streitgegenständlichen Statusfeststellungsverfahrens. Fachliche Kontakte hat es nicht ein einziges Mal gegeben. Wie die Klägerin selbst vorgetragen hat, fehlte ihr auch das erforderliche Know-how, um die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für P beurteilen zu können.

cc) Der zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) geschlossene "Projektvertrag" vom 25.1.2008 erlaubt keine abweichende Beurteilung. Nach § 6 Abs. 1 dieses Vertrages hatte der Beigeladene zu 1) die Leistungen "nach Maßgabe der konkreten Anforderungen und Leistungsbeschreibungen des Auftraggebers oder dessen Kunden zu erbringen", "zeitliche Vorgaben des Auftraggebers zu beachten" und "bei der Vertragsdurchführung auftretende Abwicklungsschwierigkeiten oder vorhersehbare Verzögerungen unverzüglich dem Auftraggeber mitzuteilen". Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass dieser Vertrag - soweit er Pflichten des Beigeladenen zu 1) gegenüber der Klägerin regelte - in keiner Weise umgesetzt worden ist. Konkrete Anforderungen oder Leistungsbeschreibungen hat es ausschließlich seitens P, also des "Kunden" im Sinne des Vertragstextes gegeben, jedoch zu keinem Zeitpunkt seitens der Klägerin als "Auftraggeber". Diese hat auch nie zeitliche Vorgaben gemacht. Ebenso wenig hat der Beigeladene zu 1) in irgendeiner Weise ihr gegenüber berichtet, sondern ausschließlich gegenüber den verantwortlichen Mitarbeitern von P. Vor diesem Hintergrund ist der "Projektvertrag" nicht einmal geeignet, die Feststellung, dass sich die Verpflichtungen der Klägerin gegenüber P in der Vermittlung des Beigeladenen zu 1) erschöpften, auch nur zu erschüttern.

c) Aufgrund dieser Vertragsgestaltung und tatsächlichen Ausgestaltung der Vertragsbeziehung ist auch auszuschließen, dass der Beigeladene zu 1) von der Klägerin zur Erfüllung von Verpflichtungen gegenüber P aus einem Dienst- oder Werkvertrag eingesetzt worden ist. Die Klägerin hat keinerlei Handlungen organisiert, die zur Durchführung von Projekten für P erforderlich waren. Vielmehr ist die gesamte Organisation ausschließlich im Verhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 1) und P erfolgt, zwischen denen allerdings keine eigenen, insbesondere keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen bestanden.

d) Der Beigeladene zu 1) ist in Wahrnehmung seiner Aufgaben für P nach deren Weisungen und eingegliedert in ihre betriebliche Organisation tätig geworden.

aa) Das gilt namentlich für den Zeitraum ab Juni 2008, in dem der Beigeladene zu 1) vor allem Begehungen möglicher Standorte für die Mobilfunkversorgung entlang der ICE-Strecke für P durchgeführt hat. Seine einzige Freiheit in dieser Phase bestand darin, aus den in der Datenbank von P gespeicherten Begehungsterminen diejenigen auszuwählen, die er wahrnehmen wollte. Dabei zeigen die vom Beigeladenen zu 1) vorgelegten Leistungsnachweise, dass sein in § 5 Abs. 3 geregeltes Recht zur Ablehnung einzelner Aufträge in der Praxis

allenfalls eine äußerst untergeordnete Bedeutung gehabt hat. Vielmehr hat der Beigeladene zu 1) danach werktäglich in aller Regel mindestens eine Aktivität im Sinne einer Standortbesichtigung durchgeführt. Nach Auswahl des ihm geeignet erscheinenden Standortes waren alle weiteren Aspekte des Auftrags im Sinne arbeitgeberseitiger Weisungen vorgegeben: Das gilt naturgemäß hinsichtlich des Standortes, aber auch hinsichtlich der Besichtigungszeit, da diese mit den übrigen Teilnehmern der Begehung (dem Funkplaner, dem Generalunternehmer, ggf. dem Akquisiteur) bereits abgesprochen war. In inhaltlicher Hinsicht war festgelegt, dass der Beigeladene zu 1) die Klägerin zu repräsentieren, den Projektfortschritt und dabei auftretende Probleme festzustellen und an P zu berichten hatte. Über die Begehungen waren Protokolle zu erstellen, die teilweise vom Beigeladenen zu 1), teilweise von Dritten erstellt worden sind und in der Standortdatenbank von P abgelegt werden mussten. Insgesamt ergibt sich damit das Bild einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe des Beigeladenen zu 1) an der Entwicklung der Mobilfunkversorgung an der ICE-Strecke durch P und eine umfassende Einbindung in deren Betriebsabläufe. Das gilt gleichermaßen für die weiteren in dieser Projektphase übernommenen Aufgaben wie das Erstellen von Dokumentationen und Budgetverfolgungen.

bb) Die Tätigkeiten des Beigeladenen zu 1) in den Monaten März und April 2008 rechtfertigen im Ergebnis keine abweichende Beurteilung. In diesem Zeitraum hat der Beigeladene zu 1) - im Vorgriff auf seine spätere Tätigkeit - die bei P vorhandenen Datenbanken (Standortdatenbank und Sonderprojekt) gepflegt. Die Pflege beider Datenbanken war unabdingbare Voraussetzung für die spätere Verfolgung der Standorte, an welcher der Beigeladene zu 1) weisungsgebunden und eingegliedert in die Betriebsabläufe von P eingebunden war. Dabei war der Beigeladene zu 1) in inhaltlicher Hinsicht an die Vorgaben des Leiters des Teams Parameterplanung von P gebunden, dem die Sonderprojekteplanung zugewiesen war (vgl. zu diesem Kriterium LSG Baden-Württemberg, Urteil v. 9.4.2014, L 5 R 2000/13, juris). Es bestand fortlaufender Kontakt zu P, wo der Beigeladene zu 1) die Zwischenergebnisse seiner Datenbankpflege zu präsentieren hatte, damit geprüft werden konnte, ob diese Ergebnisse in der Umgebung von P funktionierten. Entsprechend seinen vertraglichen Verpflichtungen hatte der Beigeladene zu 1) auch die zeitlichen Vorgaben von P zu beachten. Angesichts dessen sowie angesichts der untrennbaren Verknüpfung zu der anschließend weisungsgebunden und in die Betriebsabläufe von P eingegliederten Tätigkeit kommt dem Umstand, dass er die betreffenden Arbeiten vom häuslichen Arbeitsplatz aus verrichten konnte, keine maßgebliche Bedeutung zu.

e) Maßgebliche für eine selbständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) sprechende Gesichtspunkte liegen nicht vor. Allein der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) einige Aufgaben von zu Hause aus erledigen konnte, spricht noch nicht für das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte. Ein nennenswertes unternehmerisches Risiko ist gleichfalls nicht erkennbar. Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen (BSG, Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, a.a.O., m.w.N.) ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, 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. Dies ist jedoch nur dann ein Hinweis auf eine Selbstständigkeit, wenn dem unternehmerischen Risiko größere Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen. Der Beigeladene zu 1) hat alle geleisteten Einsätze bezahlt bekommen, seine Arbeitskraft also nicht mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt. Ein nennenswerter eigener Kapitaleinsatz ist weder erkennbar noch vorgetragen. Das Risiko, für Schlechtleistung zu haften und im Urlaub bzw. bei Krankheit keine Entgeltfortzahlung zu erhalten, spricht nicht entscheidend für unternehmerisches Handeln, weil diesem Risiko keine größeren Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenübergestanden haben. Allein der Umstand, die individuellen Fahrkosten möglichst ökonomisch kalkulieren und damit den eigenen finanziellen Einsatz minimieren zu können, ist hierfür nicht ausreichend.

f) Der Beigeladene zu 1) ist P von der Klägerin schließlich auch als "Arbeitskraft", d.h. als Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt worden. Denn seine Tätigkeit im Verhältnis zur Klägerin war die eines Arbeitnehmers (vgl. zu diesem Erfordernis BAG, Urteil v. 9.11.1994, 7 AZR 217/94, AP Nr. 18 zu § 1 AÜG). Der zwischen ihm und der Klägerin abgeschlossene "Projektvertrag" sieht seine Verpflichtung vor, standortbezogene Projektverfolgungen, Reportings und Entwicklungen diverser Datenbanken (§ 1) gegen Entgelt (§ 2) auszuführen. Dabei bestimmt § 6 Abs. 1, dass er die Leistungen "nach Maßgabe der konkreten Anforderungen und Leistungsbeschreibungen des Kunden" zu erbringen und "die zeitlichen Vorgaben des Auftraggebers zu beachten" hat. Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass die konkreten Anforderungen eine Weisungsdichte erreicht haben, die für ein Arbeitsverhältnis kennzeichnet sind und darüber hinaus zu einer Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in den Betrieb von P führten. Da die praktische Umsetzung des Vertragsverhältnisses von der vereinbarten abweicht, kommt den in § 5 des Projektvertrages getroffenen Regelungen zur Weisungsfreiheit keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Für eine Arbeitnehmereigenschaft des Beigeladenen zu 1) spricht schließlich als gewichtiges Indiz die in § 7 Satz 1 geregelte Verpflichtung, seine Tätigkeit für P in eigener Person zu erbringen, ohne sich Dritter als Erfüllungsgehilfen bedienen zu dürfen (vgl. BSG, Urteil v. 25.4.2012, B 12 KR 24/10 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 19; Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 8/01 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 15; BAG, Urteil v. 9.11.1994, a.a.O.).

4. Aufgrund dessen ist ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Beigeladenen zu 1) mit P, nicht jedoch mit der Klägerin zustande gekommen.

a) Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zu den zwischen dem Entleiher und dem Verleiher vereinbarten Konditionen als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Ein solcher Fall liegt hier vor.

aa) Da das AÜG nur die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung regelt, setzt § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG voraus, dass gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt (Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl. 2010, § 10 Rdnr. 31). Unter Gewerbsmäßigkeit ist dabei jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit zu verstehen (BAG, Beschluss v. 10.2.1977, 2 ABR 80/76, AP Nr. 9 zu § 103 BetrVG 1972; Beschluss v. 25.1.2005, 1 ABR 61/03, AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; Urteil v. 2.6.2010, 7 AZR 946/08, AP Nr 22 zu § 10 AÜG; Hamann in Schüren/Hamann, a.a.O., § 1 Rdnr. 239 m.w.N.). Der Geschäftsführer der Klägerin hat insoweit eingeräumt, dass er entsprechend dem mit dem Beigeladenen zu 1) praktizierten Geschäftsmodell eine Mehrzahl von sog. "freien Mitarbeitern" an P, aber auch andere Geschäftspartner, vermittelt hat. Dies ist auch mit Gewinnerzielungsabsicht geschehen. Der wirtschaftliche Ertrag der Überlassungstätigkeit der Klägerin bemisst sich dabei nach der Differenz zwischen dem "Preis je Einheit", den P an die Klägerin zu zahlen hatte (im vorliegenden Fall 360,00 Euro) und dem "Aktivitätensatz", den die vermittelten Personen - im vorliegenden Fall der Beigeladene zu 1) in Höhe von 275,00 Euro - von der Klägerin für die zugrunde liegenden Tätigkeiten erhielten.

bb) Der Vertrag zwischen der Klägern ("Verleiher") und dem Beigeladenen zu 1) ("Leiharbeitnehmer") war gemäß § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam,

weil die Klägerin nicht über die nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung erforderliche Erlaubnis verfügte. Einer der in § 1 AÜG geregelten Ausnahmefälle, in denen es keiner Erlaubnis bedarf, liegt ersichtlich nicht vor.

cc) Im Falle unerlaubter gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung ist der Entleiher nicht nur im arbeitsrechtlichen, sondern auch im beitragsrechtlichen Sinn Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers (BSG, Urteil v. 25.10.1988, 12 RK 21/87, SozR 2100 § 5 Nr. 3; Werner in jurisPK-SGB IV, a.a.O., § 28e Rdnr. 70). Das ergibt sich mittelbar aus § 28e Abs. 2 Satz 3 SGB IV, der unmittelbar auf die Regelung des § 9 Nr. 1 AÜG Bezug nimmt und bestimmt, dass der Verleiher in einem solchen Fall (ausnahmsweise) auch den Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu zahlen hat, wenn er das Arbeitsentgelt an den Leiharbeitnehmer zahlt. Einer dahingehenden Regelung bedürfte es nicht, wenn sozialversicherungsrechtlich abweichend von der Rechtslage im Arbeitsrecht ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer bestünde. Denn in diesem Fall ergäbe sich die Beitragspflicht bereits aus § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV, ohne dass es der Sonderregelung in § 28e Abs. 2 Satz 3 SGB IV bedürfte. Der Sinn dieser Regelung erschließt sich vielmehr nur dann, wenn Arbeitgeber im Sinne von § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV - wie im Arbeitsrecht - der Entleiher ist. Diese Sichtweise wird mittelbar dadurch bestätigt, dass hinsichtlich der Beitragspflicht nach § 28e Abs. 2 Satz 3 SGB IV der Verleiher neben dem Entleiher als Gesamtschuldner haftet (§ 28e Abs. 2 Satz 4 SGB IV).

dd) Entgegen der Auffassung des LSG Rheinland-Pfalz (Urteil v. 28.5.2014, L 4 R 148/13, Breith 2014, 935 ff.) steht der Annahme eines (entgeltlichen) Beschäftigungsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer der Umstand, dass der Verleiher das Arbeitsentgelt an den Leiharbeitnehmer zahlt, nicht entgegen. Das LSG Rheinland-Pfalz übersieht, dass es für das Zustandekommen eines Beschäftigungsverhältnisses gegen Arbeitsentgelt im Sinne von § 14 SGB IV nicht darauf ankommt, wer das Arbeitsentgelt zahlt, sondern gegen wen ein Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts besteht. Dieser Anspruch ergibt sich unmittelbar aus § 10 Abs. 1 Satz 5 AÜG, wonach der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt hat (wie hier: Hamann, jurisPR-ArbR 34/2014 Anm. 2).

b) Demgegenüber kommt in Fällen der unerlaubten gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung ein Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher, im vorliegenden Fall also zwischen dem Beigeladenen zu 1) und der Klägerin, nicht zustande. Hierfür bedarf es keiner näheren Auseinandersetzung mit den möglichen beitragsrechtlichen Folgen des zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer bestehenden fehlerhaften Arbeitsverhältnisses (vgl. hierzu Schüren, a.a.O., § 10 Rdnr. 150 ff.). Denn § 28e Abs. 2 Satz 4 Halbsatz 1 SGB IV bestimmt ausdrücklich, dass der Verleiher "hinsichtlich der Zahlungspflicht nach Satz 3 neben dem Entleiher als Arbeitgeber" gilt. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass er im Übrigen nicht als Arbeitgeber anzusehen ist und damit auch kein der Versicherungspflicht unterliegendes Beschäftigungsverhältnis zwischen ihm und dem Leiharbeitnehmer zustande kommt (so auch Werner, a.a.O, Rdnr. 71).

5. Im Hinblick hierauf hat auch der Feststellungsantrag der Klägerin im Ergebnis Erfolg.

a) Der Antrag ist als auf die Feststellung gerichtet auszulegen, dass keine Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) aufgrund eines zwischen ihm und der Klägerin bestehenden Beschäftigungsverhältnisses besteht. Dass der Antrag seinem Wortlaut nach auf das Nichtbestehen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV und damit auf eine unzulässige Elementefeststellung gerichtet ist, steht seiner Zulässigkeit nicht entgegen (BSG, Urteil v. 11.3.2009, a.a.O.).

b) Der in diesem Sinne auszulegende Antrag hat Erfolg, weil der Beigeladene zu 1) nicht aufgrund eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses mit der Klägerin, sondern mit P der Versicherungspflicht unterlegen hat.

6. Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren folgt aus § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Der Senat hat die Kostenentscheidung des SG geändert und die Kosten des Beigeladenen zu 1) für nicht erstattungsfähig erklärt, weil dieser keinen eigenen Antrag gestellt hat (§ 162 Abs. 3 VwGO). Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus § 197a SGG i.V.m. §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 3 Nr. 4 Gerichtskostengesetz.

Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich.
Rechtskraft
Aus
Login
NRW
Saved
2015-09-16