

---

## S 34 KR 198/01

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	11
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 34 KR 198/01
Datum	20.11.2003

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 (16) KR 16/04
Datum	16.01.2007

#### 3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Berufung der Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 20.11.2003 wird zurückgewiesen. Die Beigeladene zu 1) trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers im Berufungsverfahren. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Frage, ob zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 01.01.1993 bis 09.03.1999 ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen hat.

In der Zeit vom 01.09.1998 bis 31.12.1992 war der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) als Diplom-Ingenieur in der Abteilung EDV-Konstruktion-Technik-Fertigung angestellt. Ausweislich des Anstellungsvertrages vom 18.05.1989 gehörten zu seinen Aufgaben im Wesentlichen Organisationsarbeiten im EDV-Bereich, Organisation des Bereichs Normung und Gleichteile mit späterem Schwerpunkt im Bereich Technik und Konstruktion. Die Arbeitsbedingungen im Einzelnen richteten sich nach den jeweiligen tariflichen Bestimmungen in der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie Nordrhein-Westfalen. Im Dezember 1992 kündigte der

---

Kläger schriftlich aus persönlichen Gründen seinen Arbeitsvertrag zum 31.12.1992. In dem sich dann anschließenden hier streitigen Zeitraum war der Kläger weiterhin für die Beigeladene zu 1) tätig. Die Beteiligte zu 1) und der Kläger gingen davon aus, dass er als freier Mitarbeiter tätig sein sollte, eine Vergütung von zunächst 600,00 DM, später 700,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer pro 8-stündigem Arbeitstag erhalten sollte. Zum Nachweis der geleisteten Arbeitszeit hatte der Kläger am Zeiterfassungssystem der Beigeladenen zu 1) teilzunehmen, und dementsprechend monatlich seine tageweise Tätigkeit in Rechnung zu stellen. Er erzielte monatliche Umsätze zwischen 12.000,00 DM bis 15.000,00 DM zuzüglich Umsatzsteuer. Eine schriftliche Vereinbarung hierüber wurde nicht getroffen. Während dieser Zeit gründete der Vater des Klägers, L T die GBR T, deren Geschäftsgegenstand als "EDV-Service" bezeichnet wurde. Der Kläger war zunächst neben seinem Vater und später alleiniger Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Am 15.01.1998 meldete der Kläger ein eigenes Gewerbe an, dessen Geschäftsgegenstand als "Beratung, Handel und Dienstleistungen im EDV-Bereich" bezeichnet wurde. Im Februar 1999 wurde dem Kläger vom Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1), dem Zeugen I, mitgeteilt, dass er ab 15.02.1999 nur noch wöchentlich an zwei Tagen für jeweils 8 Stunden tätig sein sollte. Das dagegen vom Kläger eingeleitete arbeitsgerichtliche Verfahren endete mit einem Vergleich vom 19.05.1999, in dem die Beteiligten vereinbarten, ihre Geschäftsbeziehungen seien als Werklieferungsvertrag bis zum 28.02.1999 ordnungsgemäß abgewickelt und dem Kläger werde eine Abfindung in Höhe von 78.000,00 DM brutto gezahlt.

Im Juni 1999 beantragte der Kläger bei der Beklagten, bei der er zuletzt krankenversichert war, die Überprüfung seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1), denn während der Arbeitsgerichtsverhandlung habe der Richter durchblicken lassen, er sei als Angestellter zu betrachten. Unter dem 13.07.1999 stellte die Beklagte daraufhin sowohl gegenüber dem Kläger als auch der Beigeladenen zu 1) fest, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers um eine abhängige Beschäftigung gehandelt habe, da der Kläger keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt habe, regelmäßig und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sei, für die Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringe und nicht unternehmerisch am Markt auftrete. Die Beigeladene zu 1) widersprach dieser Feststellung. Der Kläger nutze die Gesetzeslage zur Scheinselbstständigkeit rechtsmissbräuchlich aus, um sich hieraus Vorteile zu verschaffen. Seit 1993 habe ein selbständiges Auftragsverhältnis bestanden. Anwesenheitspflicht, feste Arbeitszeiten sowie eine Weisungsbefugnis habe es nicht gegeben, bzw. hätte nicht bestanden. Der Kläger selbst habe das bis 31.12.1992 bestehende Beschäftigungsverhältnis aus persönlichen Gründen gekündigt. In Gesprächen mit der Geschäftsleitung habe er deutlich gemacht, dass er sich selbständig machen wolle und für ihn eine Beschäftigung als Arbeitnehmer nicht mehr in Frage komme. Gestützt werde dies auch durch die Umstände, dass er in dem Gewerbe seines Vaters und dem später selbst angemeldeten eigenen Gewerbe als Geschäftsführer tätig gewesen sei. Gestützt hierauf stellte die Beklagte sodann sowohl gegenüber dem Kläger als auch der Beigeladenen zu 1) mit jeweiligen Bescheiden vom 17.09.1999 fest, dass der Kläger als Werklieferungsunternehmer für die Beigeladene zu 1) tätig gewesen sei. Er habe seine Leistungen als Geschäftsführer seiner eigenen Firma und der seines Vaters erbracht. Den hiergegen gerichteten

---

Widerspruch des Klägers vom 17.10.1999, den er trotz mehrfacher Aufforderung nicht begründete, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 18.05.2001 zurück. Die Ermittlungen hätten ergeben, dass der Kläger selbständig bei der Beigeladenen zu 1) tätig gewesen sei. Er sei nicht in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert gewesen, habe keiner Weisungsbefugnis unterlegen, eine regelmäßige Kontrolle der Tätigkeit durch die Beigeladene zu 1) sei nicht erfolgt, er habe grundsätzlich seinen Arbeitsort frei wählen können, habe keine festen Arbeitszeiten einhalten und Abwesenheitszeiten nicht mit seinem Auftraggeber absprechen müssen. Der Arbeitszeitchweis sei nur für die Honorarabrechnung erforderlich gewesen. Außerdem sei er nicht persönlich zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet gewesen und habe nebenbei für andere Auftraggeber Tätigkeiten verrichten können. Anspruch auf bezahlten Urlaub und Vergütung bei Arbeitsunfähigkeit habe nicht bestanden. Er habe auf Grund eigener Entscheidung sich zur selbständigen Tätigkeit entschlossen.

Hiergegen richtete sich die vom Kläger am 18.06.2001 erhobene Klage. Er sei immer in die Organisation der Beigeladenen zu 1) eingebunden gewesen. Er habe für die Mitarbeiter ständig zur Verfügung stehen müssen und insoweit einen festen Arbeitsplatz bei der Beigeladenen zu 1) mit der ihm zur Verfügung gestellten Soft- und Hardware gehabt. Seine Vergütung sei nicht an einem konkreten Arbeitserfolg gemessen worden, sondern als Maßgabe für die Rechnungsstellung hätten die von ihm geführten Stempelkarten gedient. Er habe stets wesentlich mehr als 5/6 seiner gesamten Einkünfte durch seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) erzielt. Wenn er auch ab 01.01.1993 ein deutlich höheres Gehalt erzielt habe, so relativiere sich dies durch den Umstand, dass er seit dieser Zeit keinen Anspruch mehr auf ein 13. Monatsgehalt und unbezahlten Urlaub gehabt habe.

Der Kläger hat beantragt,

unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 17.09.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.05.2001 festzustellen, dass er auf Grund der Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) über 1992 hinaus bis zum 09.03.1999 versicherungspflichtig in der Rentenversicherung der Angestellten sowie beitragspflichtig zur Arbeitslosenversicherung war.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beigeladene zu 1), die sich dem Antrag angeschlossen hat, machte geltend, dass der Kläger seine Arbeitszeit frei habe wählen und gestalten können. Nur die Eigenart des ihm erteilten Auftrags hätte es zwangsläufig mit sich gebracht, dass die Organisation und der Ablauf der Auftragserfüllung mit den Mitarbeitern hätte abgestimmt werden müssen. Die vom Kläger benutzten Stempelkarten hätten nur dazu gedient, die von ihm berechnete Vergütung nachvollziehen zu können. Auch die Höhe seiner seit 01.01.1993 erzielten Vergütung von 12.000,00 DM bis 15.000,00 DM mache deutlich, dass es sich hierbei um eine werkvertragliche Vergütung handeln würde, da das monatliche Gehalt zuletzt nur 5.650,00 DM

---

betragen habe.

Das Sozialgericht hat den Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1), Herrn H I, als Zeugen zur Frage nach den Umständen der Tätigkeit des Klägers gehört und sodann mit Urteil vom 20.11.2003 die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Unter Würdigung aller Umstände des Beschäftigungsverhältnisses und auf Grund des Ergebnisses der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, dass der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) ununterbrochen abhängig beschäftigt gewesen sei. Nach § 7 des Sozialgesetzbuch (SGB) IV sei abhängig beschäftigt, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Letzteres setze die Eingliederung in den Betrieb und eine Unterordnung in das Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus. Die Weisungsgebundenheit könne bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein. Selbständig tätig sei im Gegensatz dazu, wer über die eigene Arbeitskraft und über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen könne. Bei der Beurteilung, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliege, sei allein von der tatsächlichen Ausgestaltung dieses Beschäftigungsverhältnisses auszugehen, auch wenn der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet sei, ein selbständiges Beschäftigungsverhältnis zu begründen. Die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit sei nach dem Gesamtbild der Tätigkeit zu beurteilen; lägen nach den Umständen des Einzelfalls sowohl Merkmale der Abhängigkeit als auch der Selbständigkeit vor, komme es darauf an, welche Merkmale bei einer Gesamtwürdigung wertungsmäßig überwiegen würden. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien sei die Kammer zu dem Schluss gekommen, dass der Kläger auch nach 1992 abhängig beschäftigt gewesen sei. Insoweit habe auch die Beigeladene zu 1) eingeräumt, dass der Kläger eine monatliche Vergütung von 12.000,00 DM bis 15.000,00 DM zuzüglich Umsatzsteuer erhalten habe. Unter Berücksichtigung der vereinbarten Tagessätze auf der Grundlage von 8 Stunden von 600,00 DM bis 700,00 DM habe dies eine monatliche durchschnittliche Arbeitszeit von 20 Tagen zu je 8 Stunden ergeben. Auch unter Berücksichtigung der von der Beigeladenen zu 1) angeführten Arbeitszeiten des Klägers ergebe sich, dass diese vom zeitlichen Umfang her in etwa einer Vollzeittätigkeit entsprochen hätten. Dabei habe es keine Rolle gespielt, dass sich die tatsächlich erfolgte Arbeitszeit nicht gleichmäßig auf die einzelnen Arbeitstage verteilt habe, es sei auch nicht allein auf die Arbeitstage des gesamten Jahres angekommen, wesentlich sei vielmehr, ob der Kläger mit seiner Arbeitskraft – wie bei einem abhängig Beschäftigten üblich – ganz überwiegend an die Beigeladene zu 1) als einzigem Auftraggeber gebunden gewesen sei. Unter Berücksichtigung von urlaubs- und feiertagsbedingten Fehlzeiten ergebe sich, dass ein abhängig Beschäftigter an ca. 220 Arbeitstagen im Jahr tätig sei. Diese Anzahl von Arbeitstagen habe der Kläger unter Berücksichtigung der von der Beigeladenen zu 1) gestempelten Zeiten nur um ca. 10 – 20 v. H. zeitweise unterschritten. Das schließe aber die Möglichkeit einer abhängigen Beschäftigung nicht aus. Unter Berücksichtigung dieser gestempelten Arbeitszeiten sei die Aussage des Zeugen I, dass der Kläger nur ca. 20 Stunden in der Woche für die Beigeladene zu 1) tätig gewesen sei und über die Arbeitszeit hinaus in einem anteiligen Umfang von 40 – 50 v. H. außerhalb des Werkes gearbeitet habe, nicht nachvollziehbar. Der Kläger sei auch sowohl zeitlich als auch räumlich in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) eingegliedert gewesen. Der Kläger habe auch nicht über seine Arbeitszeit und Arbeitskraft verfügen können und habe

---

diese auch höchstpersönlich zu erbringen gehabt. Dies ergebe sich aus der Aussage des Zeugen I, der auch bereits in einem früheren Verfahren vor dem Amtsgericht im Mai 1997 ausgesagt habe, der Kläger sei im Hinblick auf seine guten Kenntnisse nicht zu ersetzen, insbesondere nicht durch den weiteren für die Beigeladene zu 1) tätigen Berater H. Angesichts dessen ist es nicht nachvollziehbar, dass der Kläger sich durch eine dritte Person hätte vertreten lassen können. Der zeitliche Umfang seiner tatsächliche Tätigkeit dokumentiere auch, dass seine regelmäßige Arbeitsleistung unabdingbar gewesen sei und er mithin im größeren Umfang nicht für andere Auftraggeber hätte tätig sein können. Auf Grund dieser Umstände sei der Kläger auch wirtschaftlich von der Beigeladenen zu 1) abhängig gewesen und habe kein eigenes Unternehmerrisiko getragen. Auch die Höhe der tatsächlichen Vergütung spreche nicht für eine selbständige Tätigkeit, denn es sei zu berücksichtigen, dass der Kläger ab 1993 keinen Anspruch mehr auf bezahlten Urlaub, ein 13. Monatsgehalt, eine Beteiligung an der Krankenversicherung und der Altersvorsorge sowie formal keine Absicherung gegen Arbeitslosigkeit hatte. Auch die mangelnde Weisungsgebundenheit spreche nicht gegen eine abhängige Tätigkeit, denn eine solche sei bei qualifizierten Berufen hinsichtlich der Entscheidungen, die unmittelbar am Arbeitsplatz zu treffen seien, stark eingeschränkt, fehle in manchen Fällen sogar ganz. Dennoch könne die Dienstleistung fremdbestimmt sein, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhalte, in deren Dienst die Arbeit verrichtet werde. In diesen Fällen verfeinere sich die Weisungsgebundenheit zur "funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" (BSG, Band 16, 289, 294). Für eine selbständige Tätigkeit des Klägers spreche nur die Tatsache, dass er den Beginn seiner täglichen Arbeitszeit habe selbst bestimmen und an einzelnen Tagen dem Arbeitsplatz fernbleiben können. In diesem Zusammenhang sei allerdings zu berücksichtigen, dass es nicht völlig unüblich sei, wenn höher qualifizierte Beschäftigte anders als der typische Arbeitnehmer nicht zu einem starren Arbeitsbeginn verpflichtet seien und das abhängig Beschäftigte berechtigt sein können, geleistete Überstunden abzufeiern, denn die Gesamtwürdigung aller Umstände spreche für eine abhängige Beschäftigung auch im streitigen Zeitraum.

Die Beigeladene zu 1) hat am 29.12.03 gegen die Entscheidung des Sozialgerichts Düsseldorf Berufung eingelegt. Das Sozialgericht habe für den Zeitraum von 1993 bis 1999 keine Feststellungen zu den Umständen getroffen, aus denen es die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers ableite. Hinsichtlich der Urlaubs- und Feiertage und der Anzahl der Arbeitstage pro Jahr stelle das Sozialgericht lediglich darauf ab, was üblich sein solle, Feststellungen zur Praxis im Betrieb der Beigeladenen zu 1) habe es hingegen nicht getroffen. Die vorgelegten Stempelkarten betreffen lediglich den Zeitraum Januar 1998 bis Februar 1999, deckten damit nicht den gesamten streitigen Zeitraum ab. Angesichts dessen sei auch die Annahme unzutreffend, dass die Aussage des Zeugen I im Widerspruch zum Inhalt der vorgelegten Stempelkarten stehe. Ebensowenig habe das Sozialgericht Feststellungen zu der Frage getroffen, inwieweit der Kläger über seine Arbeitszeit und -kraft habe verfügen können und er seine Arbeitsleistung habe persönlich erbringen müssen. Unzutreffend sei auch die Annahme des Sozialgerichts, dass die Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) unabdingbar gewesen sei, denn bei dieser Prämisse sei es nicht zu erklären, dass die Tätigkeit

---

dann im Februar 1999 geendet habe. Das Sozialgericht gehe auch zu Unrecht davon aus, dass der Kläger kein Unernehmerisiko getragen habe. Dieses liege darin, dass er bei einer Reduzierung seiner Arbeitszeit auch Einkommenseinbußen hinzunehmen hatte. Nicht nachvollziehbar sei die These des Sozialgerichts, der Kläger sei nach 1992 in einem zeitlichen Umfang für die Beigeladene zu 1) tätig geworden, der einer Vollzeitbeschäftigung entsprochen habe. Die Tage, an denen der Kläger pro Jahr tatsächlich 8 Stunden gearbeitet habe, lägen weit unter den Tagen, an denen dies möglich gewesen sei. Eine Gegenüberstellung der Jahre des streitigen Zeitraums ergebe, dass die tatsächlichen 8-Stunden-Tage des Klägers zwischen höchstens 75,7 v. H. (1998) und mindestens 29 v. H. (1995) gelegen habe. Falsch sei auch die Annahme, dass die Beigeladene zu 1) der einzige Auftraggeber des Klägers seit 1993 gewesen sein solle. Feststellungen des Sozialgerichts hierzu gebe es nicht. Die Tatsache, dass der Kläger auch für andere Firmen tätig gewesen sei, ergebe sich aus zahlreichen schriftlichen Angeboten von und an verschiedene Firmen. Das Sozialgericht lege auch nicht dar, aus welchem Grunde es aus dem Verhältnis der von ihm angenommenen möglichen 8 Stunden Arbeitstage eines Jahres (220) und den vom Kläger tatsächlich geleisteten eine Unterschreitung von 10 bis 20 v. H. feststellt und daraus auf eine abhängige Beschäftigung schließt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts rechtfertige selbst der Umstand, dass ein Mitarbeiter wöchentlich 42 Stunden für einen Auftraggeber tätig sei, nicht die Bejahung eines Arbeitnehmerverhältnisses, weil sich daraus eine persönliche Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit des Mitarbeiters nicht herleiten lasse. Unzutreffend sei auch die Annahme des Sozialgerichts, dass der Kläger die Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen gehabt hätte. Der Kläger habe vielmehr auch fremde Mitarbeiter im Hause der Beigeladenen zu 1) eingesetzt und darüber hinaus auch Mitarbeiter in den von ihm angemieteten Betriebsräumen beschäftigt. Die Feststellung des Sozialgerichts, die ab 01.01.1993 entfallenden tarifvertraglichen Verünstigungen des Arbeitsverhältnisses (13. Monatsgehalt, bezahlter Urlaub, Beteiligung an Krankenversicherung und Altersvorsorge sowie die Absicherung gegen Arbeitslosigkeit) würden durch das deutlich höhere Gehalt kompensiert, entbehren jeder Grundlage. Der Kläger habe Ende 1992 ein Bruttogehalt von 5.650,00 DM erzielt. Würden die tarifvertraglich entfallenden Leistungen einberechnet, ergebe sich zuzüglich der Sozialversicherungsleistungen des Arbeitgebers ein Bruttogehalt von 7.689,00 DM, keinesfalls aber ein solches in der gezahlten Größenordnung von 12.000,00 DM bis 15.000,00 DM. Selbst die Geschäftsführung der Beigeladenen zu 1) habe seit 1993 eine geringere Vergütung erzielt als der Kläger. Das Sozialgericht habe auch unberücksichtigt gelassen, dass für den Kläger kein Wettbewerbsverbot bestanden habe, kein Genehmigungsvorbehalt für Nebentätigkeit, keine Verpflichtung zur Vorlage von Attesten im Krankheitsfall und kein Verbot der Beschäftigung eigener Mitarbeiter.

Die Beigeladene zu 1), die sich, wie der Kläger und die Beklagte mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt hat, beantragt nach dem Inhalt ihrer Schriftsätze,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 20.11.2003 abzuändern und die Klage abzuweisen.

---

Der Kläger beantragt nach dem Inhalt seiner Schriftsätze,

die Berufung der Beigeladenen zu 1) zurückzuweisen.

Der Kläger weist darauf hin, nach der Vertragsänderung ab 01.01.1993 habe sich an seiner Tätigkeit und den Abläufen im Vergleich zu der bei der Beigeladenen zu 1) bis dahin verrichteten Tätigkeit nichts geändert. Er habe die Aufträge zu Hause nicht verrichten können, weil ihm dafür die erforderlich Hardware gefehlt habe. Weisungen von seinem Chef habe er lediglich des Inhalts bekommen, dass ihm die Richtung, in der er die Tätigkeit zu verrichten gehabt hätte, vorgegeben worden sei. Er habe ein CAD-Programm erstellen müssen, worunter man sich ein computergestütztes Zeichnen und Verwalten von Arbeitsabläufen vorzustellen habe. Aus diesem Grunde habe er überwiegend in der Firma anwesend sein müssen, weil diese Tätigkeit eine Kommunikation mit den Mitarbeitern vorausgesetzt habe. Es sei unzutreffend, dass er weitere Auftragsverhältnisse von Dritten erhalten habe. Das Benutzen der Stempelkarte sei Grundlage für die zu erstellenden Rechnungen gewesen.

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren keine Stellungnahme abgegeben.

Der Senat hat zur Frage nach den Umständen der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) ab 01.01.1993 deren ehemaligen Personalleiter Herrn S und den Unternehmensberater H als Zeugen vernommen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 27.09.2006 verwiesen. Darüber hinaus hat der Senat die Akten des Arbeitsgerichts Mönchengladbach (Az. CR 765/99) sowie die Verwaltungsakte der Beklagten beigezogen. Auf deren Inhalt und das Vorbringen der Beteiligten im Übrigen wird Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten sich hiermit einverstanden erklärt haben ([§ 124 Abs. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes)).

Die Berufung der Beigeladenen zu 1) ist zulässig, aber nicht begründet. Zu Recht hat das Sozialgericht unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 17.09.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.05.2001 festgestellt, dass der Kläger auf Grund seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) über 1992 hinaus bis zum 09.03.1999 versicherungspflichtig in der Rentenversicherung der Angestellten sowie beitragspflichtig zur Arbeitslosenversicherung war.

Zur Begründung verweist der Senat zunächst auf die Ausführungen des Sozialgerichts in seiner Entscheidung vom 20.11.2003, die er sich nach Prüfung der Sach- und Rechtslage zu eigen macht ([§ 136 Abs. 3 SGG](#)).

Klarstellend weist der Senat in diesem Zusammenhang jedoch darauf hin, dass aus der vom Sozialgericht vorgenommenen Hochrechnung der tatsächlich möglichen 8 Stunden Arbeitstage pro Jahr und der vom Kläger verrichteten kein Rückschluss auf das Vorliegen einer weisungsgebundenen bzw. weisungsfreien Tätigkeit gezogen

---

werden kann. Die Arbeitszeit als solche betrifft letztlich nur den äußeren Rahmen, nicht hingegen die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses. In dieser Hinsicht lässt sich aus den zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) für die Zeit ab 01.01.1993 getroffenen Vereinbarung hinsichtlich seiner Vergütung jedoch ableiten, dass diese an der geleisteten Arbeitszeit und nicht am Erfolg seiner Arbeit orientiert war. Eine solche arbeitszeitorientierte Vergütung ist jedoch in der Regel und insbesondere dann ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung, wenn sich die Tätigkeit nahtlos an ein bisher unstrittig abhängig ausgeübtes Beschäftigungsverhältnis anschließt. Dass es sich hier um eine zeit- und nicht erfolgsorientierte Vergütung handelt, ergibt sich bereits aus der Aussage des Zeugen I vor dem Amtsgericht Düsseldorf am 22.05.1997. Dort hatte der Zeuge I ausgesagt, "Er (der Kläger) stempelt dabei morgens und abends. Allgemein, so würde ich sagen, ist ein Tagessatz von 700,00 DM sogar relativ bescheiden". Dies hat der Zeuge I inhaltsgleich vor dem Sozialgericht im Termin am 14.02.2003 bestätigt. Aus der Aussage des Zeugen ergibt sich darüber hinaus, dass der Kläger ca. 50 - 60 v. H. seiner Arbeitszeit in der Firma verbracht und im Übrigen außerhalb des Werkes gearbeitet habe. Daraus ist zu entnehmen, dass die Vereinbarung des Klägers mit der Beigeladenen zu 1) dahin ging, ihm einen 8-Stunden-Arbeitstag zu vergüten, wobei der Kläger nicht verpflichtet war, diese 8 Stunden in den Geschäftsräumen der Beigeladenen zu 1) zu verbringen.

Auch das Vorbringen der Beigeladenen zu 1) im Berufungsverfahren führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Dabei ist für den Senat entscheidend, dass sich für die Zeit ab 01.01.1993 keine wesentlichen Veränderungen im Arbeitsablauf des Klägers ergeben haben. Veränderungen bestehen lediglich darin, dass der Kläger für diesen Zeitraum in seiner Arbeitszeitgestaltung Freiräume eingeräumt bekam, die er in der Zeit zuvor nicht hatte. An der Art der Tätigkeit hat sich hingegen nichts geändert. Dies haben der Kläger und letztlich auch der Zeuge S überzeugend bekundet. Der Zeuge S sieht zwar für die Zeit ab 01.01.1993 eine wesentliche Änderung in dem Umstand, dass für den Kläger keine tarifvertraglichen Regelungen mehr galten. Hierbei verkennt der Zeuge jedoch, dass es sich dabei nicht um Umstände handelt, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses und der Tätigkeit prägen, sich vielmehr als Rechtsfolge ergeben, wenn eine abhängige Beschäftigung ausgeübt wird. Da die Beigeladene zu 1) und der Kläger - auch wenn es darauf letztlich nicht ankommt - seinerzeit davon ausgingen, den Kläger als freien Mitarbeiter beschäftigen zu wollen, lässt sich aus diesem Kriterium vorliegend jedenfalls nichts ableiten. Eine inhaltliche Änderung hat der Zeuge mit seiner Aussage nicht dargelegt. Im Übrigen ist die Aussage, was die Anwesenheitspflicht des Klägers anging, widersprüchlich. So hatte der Zeuge zunächst ausgesagt, ab 01.01.1993 habe eine vorrangige Änderung darin bestanden, dass für den Kläger keine Anwesenheitspflicht im Hause mehr bestand, während er im weiteren Verlauf darlegte, dass für den Kläger bedingt auch weiterhin eine Anwesenheitspflicht bestanden habe, weil die Arbeiten auch eine Kommunikation mit weiteren Mitarbeitern der Beigeladenen voraussetzten. Dies deckt sich mit dem Vortrag des Klägers. Der Senat sieht in dem Hinweis der Beigeladenen zu 1), der Kläger habe sich nicht dazu geäußert, dass Tifuer-Programm zu Hause erstellt zu haben, keinen Widerspruch. Der Kläger hatte angegeben, seine Anwesenheit in der Firma sei erforderlich gewesen wegen der Kommunikation mit den Mitarbeitern und wegen der erforderlichen Hardware, über



---

die er zu Hause nicht verfügte. Das Tifuer-Programm ist jedoch ein Software-Programm, was sich insbesondere auch aus der Aussage des Zeugen H ergibt, der gleichzeitig darüber hinaus bestätigt hat, die anderen Arbeiten hätten nur in der Firma der Beigeladenen zu 1) verrichtet werden können, weil dort die entsprechende Hardware zur Verfügung gestanden habe.

Da der Senat über den 01.01.1993 hinaus keine inhaltlichen Änderungen in der Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) festzustellen vermag, teil er auch nicht die Auffassung der Beigeladenen zu 1), das Sozialgericht habe es unterlassen, festzustellen, an wieviel Tagen der Kläger tatsächlich 8 Stunden gearbeitet hat und an wie vielen Tagen es möglich gewesen wäre. Diese Arbeitszeitvereinbarung gibt der vom Kläger verrichteten Tätigkeit kein grundsätzlich anderes Gepräge, so dass es auf tatsächliche Feststellungen hierzu nicht ankommt. Hieran vermag auch die von der Beigeladenen zu 1) ihrem Schriftsatz vom 11.04.2003 beigefügte Aufstellung über die Anwesenheitstage des Klägers in der Zeit vom 01.01.1993 bis 28.02.1999 nichts zu ändern, denn diese Aufstellung weist Unrichtigkeiten auf. Für den Monat Februar 1999 wird dem Kläger kein Anwesenheitstag bescheinigt, während ausweislich des Ausdrucks des Zeiterfassungssystems der Beigeladenen zu 1) der Kläger im Februar 1999 an 16 Arbeitstagen anwesend war. Dabei hat er an 8 Tagen jeweils 8 Stunden gearbeitet, an 4 Tagen jeweils 7 Stunden und an weiteren 4 Tagen jeweils 6 Stunden. Auch der zutreffende Hinweis der Beigeladenen zu 1), die Ausdrucke aus dem Zeiterfassungssystem bezögen sich nur auf die Jahre 1998 und 1999 und erfassten nicht den gesamten streitigen Zeitraum, führten zu keiner abweichenden Beurteilung. Zum Einen ist für die Beurteilung der Frage, ob der Kläger abhängig beschäftigt oder freier Mitarbeiter war, nicht entscheidend, dass er tatsächlich an allen Tagen oder zumindest an den überwiegenden Arbeitstagen vollzeitig im Hause der Beigeladenen zu 1) anwesend war, zum Anderen hat der Zeuge I im Termin vor dem Sozialgericht am 14.02.2003 ausgesagt, dass die Arbeitszeitvereinbarung mit dem Kläger den gesamten Zeitraum ab 1993 abdeckte.

Ebensowenig lässt sich aus dem Vortrag der Beigeladenen zu 1), das Sozialgericht habe keine Tatsachen festgestellt, ob der Kläger über seine Arbeitszeit frei verfügen konnte und einer Weisungsgebundenheit unterlegen habe. Eine solche Verfügung über die Arbeitszeit bestand für den Kläger nur im geringen Rahmen, denn der Zeuge S hat ausgesagt, die Geschäftsleitung habe dem Kläger bei der Auftragsvergabe einen zeitlichen Rahmen vorgegeben, innerhalb dessen das Arbeitsergebnis abzuliefern gewesen sei. Dies bestätigte auch der Zeuge I bei seiner Vernehmung vor dem Sozialgericht mit der Aussage, man sei davon ausgegangen, dass die Aufgabe vom Kläger zügig und so schnell wie möglich ausgeführt würde. Eine mögliche Weisungsgebundenheit hält der Senat vorliegend für kein geeignetes Abgrenzungskriterium, da der Kläger Dienste höherer Art verrichtet hat, die sich aus seinem speziellen Fachwissen ergaben. Das von ihm zu erstellende CAD-Programm war für die Beigeladene zu 1) Neuland. Bereits bei seiner Vernehmung vor dem Amtsgericht Düsseldorf am 22.05.1997 hat der Zeuge I ausgesagt, der Kläger sei im Betrieb der Beigeladenen zu 1) schlecht ersetzbar gewesen wegen seiner guten Kenntnisse, die er sich zum Teil in Amerika erworben habe. Es gebe zwar noch einen weiteren Berater, den Zeugen H, der aber nicht

---

ganz so eingearbeitet sei wie der Kläger. Wenn der Kläger nicht da sei, könne man sich zwar behelfen, aber Schwierigkeiten gebe es schon. Angesichts dessen ist eine inhaltliche Weisungsgebundenheit nicht denkbar, hierauf hat der Kläger auch zutreffend hingewiesen. Ihm sei nur die Richtung vorgegeben worden, in der er seine Arbeit zu erledigen hatte. Dies betrifft hingegen nicht die inhaltliche Ausgestaltung und damit die Weisungsgebundenheit im engeren Sinne. Aus der Aussage des Zeugen H leitet der Senat entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 1) auch ab, dass der Kläger für diese sehr wohl unabdingbar war. Dagegen spricht auch nicht die Tatsache, dass die Tätigkeit letztlich im Jahre 1999 beendet wurde, denn zum Einen wollte die Beigeladene zu 1) die Tätigkeit mit dem Kläger nicht beenden, lediglich auf einen geringeren Umfang reduzieren, zum Anderen kann sich auch die Bedeutung des Klägers für die Beigeladene zu 1) durch Zeitablauf erledigt haben.

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen zu 1) liegt das unternehmerische Risiko des Klägers nicht in dem Umstand, dass er durch eine Reduzierung seiner Arbeitszeit seine Einkünfte verringert. Das unternehmerische Risiko zeichnet sich dadurch aus, dass sich jemand durch Einsatz eigenen Kapitals Gewinne erwirtschaftet bzw. bei negativem Geschäftsergebnis Verluste macht. Die Arbeitskraft als solche, über die auch jeder Arbeitnehmer verfügen muss, kennzeichnet nicht das unternehmerische Risiko.

Auch die Ausführungen der Beigeladenen zu 1) zur Höhe der Vergütung des Klägers vermögen die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung nicht zu entkräften. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich aus der Höhe der Vergütung für sich keine Rückschlüsse auf die Frage ableiten lässt, ob eine Tätigkeit abhängig beschäftigt oder im Rahmen einer freien Mitarbeiterschaft ausgeübt wird. Die Höhe der Vergütung richtet sich letztlich nach dem Wert der erbrachten Arbeitsleistung. In dem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass diese vom Kläger für die Beigeladene zu 1) erbrachte Arbeitsleistung einen hohen Wert hatte. Das ergibt sich zum Einen aus der bereits zitierten Aussage des Zeugen I hinsichtlich der Spezialkenntnisse des Klägers, zum Anderen aber auch über die im Rahmen seiner Vernehmung vor dem Amtsgericht Düsseldorf am 22.05.1997 weiter gemachte Aussage, ein Tagessatz von 700,00 DM sei sogar relativ bescheiden.

Aus dem Umstand, dass der Kläger neben seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) auch Geschäftsführer in der Gesellschaft seines Vaters und ab 1998 auch in seiner eigenen war, schließt eine abhängige Beschäftigung für die Beigeladene nicht aus, denn abhängige Tätigkeiten und Tätigkeiten in freier Mitarbeiterschaft, können durchaus nebeneinander verrichtet werden. Daraus ist kein Rückschluss auf die Tätigkeiten untereinander zu ziehen. Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Kläger hier möglicherweise seine eigene Firma zur Erstellung der Software eingeschaltet hat, denn dies wirkt sich in keiner Weise auf ein zur Beigeladenen zu 1) bestehendes abhängiges Beschäftigungsverhältnis aus. Aus diesem Grunde sind auch etwaige Auftragskopien wenig aussagekräftig, abgesehen davon, dass sich ein Großteil der von der Beigeladenen zu 1) vorgelegten Kopien auf Warenbestellungen bezieht und damit keine Rückschlüsse auf weiter verrichtete Tätigkeiten zulässt.

---

Angesichts des Umstandes, dass der Kläger die seit 1989 verrichteten Tätigkeiten auch ab 01.01.1993 von Vereinbarungen zur Arbeitszeit und Vergütung abgesehen inhaltlich unverändert weiter verrichtet hat, haben unterbliebene Abreden zu Wettbewerbsverboten, Genehmigungsvorbehalt für Nebentätigkeiten, Vorlage von Attesten im Krankheitsfall etc. keine durchschlagende Bedeutung für das Gepräge der ausgeführten Arbeiten, abgesehen davon, dass es für die Zeit ab 01.01.1993 ohnehin nur mündliche Vereinbarungen gegeben hat.

Abschließend weist der Senat darauf hin, dass sich auch aus der Rüge der Beigeladenen zu 1), die ehrenamtlichen Richter I und K, die am Beweisaufnahmetermin vom 14.02.2003 nicht teilgenommen hätten, hätten bei der Entscheidung des Sozialgerichts Düsseldorf vom 20.11.2003 mitgewirkt, kein Umstand ableiten lässt, auf Grund dessen das Urteil aufzuheben wäre. Zum Einen ist die Entscheidung des Sozialgerichts ohne mündliche Verhandlung ergangen, wozu die Beteiligten im Erörterungstermin vom 14.02.2003 ihr Einverständnis erklärt haben, zum Anderen sieht [§ 129 SGG](#) vor, dass das Urteil nur von den Richtern gefällt werden kann, die an der dem Urteil zu Grunde liegenden Verhandlung teilgenommen haben. Daraus ergibt sich, dass ein Richterwechsel nur zwischen der letzten mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht und der Fällung des Urteils ausgeschlossen ist, nicht aber zwischen einer Beweisaufnahme in einem vorangegangenen Termin und einem weiteren stattfindenden (vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 8. Aufl., § 129 Anm. 2 a) und 2 b)).

Der Senat fühlte sich auch nicht veranlasst, der Anregung der Beigeladenen zu 1) zu folgen, den Zeugen I erneut zu vernehmen, da er sich bei seiner ersten Vernehmung nicht zu den Umständen der jeweiligen Auftragserteilung geäußert habe: Auf die Umstände der Auftragserteilung kommt es nicht an, entscheidend ist nur die inhaltliche Ausgestaltung, die der Senat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme jedoch für hinreichend geklärt hält. Danach bestand keine inhaltliche Weisungsgebundenheit des Klägers wegen seines besonderen Spezialwissens (s.o.), letzteres ergibt sich bereits aus der Aussage des Zeugen I vor dem Amtsgericht Düsseldorf am 22.05.97.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Erstellt am: 19.03.2007

Zuletzt verändert am: 19.03.2007