

L 8 R 1033/15

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 4 R 1243/14
Datum
30.09.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 1033/15
Datum
28.02.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 30.9.2015 geändert. Der Bescheid vom 20.2.2014 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 31.7.2014 wird aufgehoben soweit die Beklagte die Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt hat. Es wird festgestellt, dass die Beigeladene zu 1) in ihrer für die Klägerin im Zeitraum vom 1.11.2013 bis zum 31.5.2015 ausgeübten Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst zu tragen haben. Die Revision wird nicht zugelassen. Streitwert für das Berufungsverfahren: 5.000,00 EUR.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens ([§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch [SGB IV]) über die Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung wegen einer für die Klägerin in dem Zeitraum vom 1.11.2013 bis zum 31.5.2015 ausgeübten Tätigkeit.

Die Klägerin, eine in C ansässige und im Handelsregister des Amtsgerichts (AG) Köln eingetragene (HRB 003) Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), betreibt einen Fachverlag für branchenbezogene und private Informationsdienste. Sie verlegt neben Medien aus dem Gesundheitssektor etwa 25 fachbezogene Veröffentlichungen aus dem Bereich Wirtschaft, insbesondere Börsen-Newsletter für private Investoren. Sie ist Teil einer Verlagsgruppe, zu der auch der W Verlag für die E Aktiengesellschaft, C (AG C - HRB 000) sowie bis zum 31.12.2013 die D GmbH, C (vormals AG C - HRB 002; jetzt AG Passau - HRB 001), gehörten.

Die am 00.00.1960 geborene Beigeladene zu 1) verfügt über einen Magisterabschluss in den Studiengängen Politik, Geschichte und Germanistik. Sie nahm am 1.5.1997 eine Beschäftigung bei der Klägerin auf (Anstellungsvertrag v. 6.5.1997). Nachdem die Beigeladene zu 1) bis Ende Januar 2008 eine Tätigkeit als Verlagsleiterin und Prokuristin ausgeübt hatte, berief sie die Gesellschafterversammlung mit Beschluss vom 30.1.2008 neben dem bereits zuvor hierzu bestellten Herrn H zur weiteren einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführerin der Klägerin. Nach einer länger andauernden Erkrankungsphase wurde das Beschäftigungsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) einvernehmlich mit Wirkung zum 31.10.2013 aufgehoben (Aufhebungsvereinbarung v. 31.10.2013).

Im Zeitraum vom 1.11.2013 bis zum 31.5.2015 arbeiteten die Klägerin und die Beigeladene zu 1) auf honorarvertraglicher Grundlage zusammen. Zur Ausgestaltung der Auftragsbeziehung schlossen die Klägerin als "Auftraggeber" und die Beigeladene zu 1) als "Auftragnehmer" am 31.10.2013 einen "Beratungsvertrag" mit folgendem Inhalt:

"1. Der Auftragnehmer berät und unterstützt die G Verlag GmbH bei der konzeptionellen Entwicklung neuer und bestehender Publikationen sowie bei der Entwicklung neuer Werbekonzepte.

2. Die Aufgaben des Auftragnehmers umfassen:

- Produkt-Audits
- kontinuierliche Suche von neuen Chefanalysen und Werbetextern
- Finden von Produktideen
- Begutachtung bestehender Publikationen
- Begutachtung neuer Werbekonzepte

- weitere Aufgaben nach Absprache

3. Weiteres regelt eine Preisliste: Die für 2013/2014 gültige Preisliste ist in der Anlage dem Beratungsvertrag beigelegt.

4. Der Auftragnehmer rechnet nach Beratungstagen ab. Der Auftragnehmer erhält für die Tätigkeit in den unter Punkt 2. genannten Bereichen ein Beratungshonorar in Höhe von 750 EUR zzgl. 50 EUR Spesen pro Beratungstag (etwa 8 Stunden) zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer. Pro halbem Beratungstag erhält der Auftragnehmer ein Beratungshonorar in Höhe von 375 EUR zzgl. 25 EUR Spesen zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer. Die Rechnungsstellung erfolgt unter Beachtung der umsatzsteuerrechtlichen Vorschriften.

5. Der Auftragnehmer kann zusätzlich zu den unter Punkt 2. genannten Beratungsleistungen für die G Verlag GmbH auch der Verlagsgruppe Beratungsleistungen anbieten, insbesondere den Fachverlagen bzw. Profitcentern der Verlagsgruppe.

6. Reisekosten außerhalb des Rhein-Sieg-Kreises und C werden nach Absprache und Einzelnachweis durch entsprechenden Beleg gesondert abgerechnet.

7. Der Auftragnehmer bestimmt seinen Arbeitsort und seine Arbeitszeit eigenverantwortlich.

8. Hinsichtlich des voraussichtlichen Beratungsumfanges sichert der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Abnahme von mindestens 160 Tagen in den nächsten 24 Monaten zu. Die Vereinbarung ist wirksam ab dem 1.11.2013.

9. Der Auftraggeber verpflichtet sich, den zugesicherten Beratungsumfang abzunehmen.

Falls das Beratungsvolumen von G Verlag GmbH oder anderen Unternehmen insbesondere den Fachverlagen bzw. Profitcentern der Verlagsgruppe nicht abgerufen wird, ist der Auftragnehmer berechtigt, ein Ausfallhonorar in Höhe von 750 EUR für jeden nicht in Anspruch genommenen Beratungstag in Rechnung zu stellen. Basis für die Berechtigung, Ausfallhonorar abzurechnen, ist die innerhalb eines Quartals zu erbringende bzw. abzunehmende Leistung von 20 Tagen pro Quartal. Falls beispielsweise nur 15 Tage abgenommen werden, ist der Auftragnehmer berechtigt, 5 Tage Ausfallhonorar zum Tagessatz von 750 EUR abzurechnen. In einem solchen Fall schreibt der Auftragnehmer nach Ablauf des 2. Monats eine Warnung, in der er auf die noch abzunehmenden Tage hinweist.

Im Falle dass Beratungsaufträge vorhanden sind, der Auftragnehmer aber nicht leistet, entfällt der Anspruch auf Ausfallhonorar.

1 x im Monat erfolgt mit der Geschäftsführung der G Verlag GmbH ein Abstimmungsgespräch. Das Ergebnis über Art und Umfang der Beratungsaufträge wird in einem schriftlichen Protokoll festgehalten.

10. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, anderweitig ohne Einwilligung des Verlages weder einen anderen Dienst oder ein periodisches Werk erscheinen zu lassen oder daran mitzuwirken, der/das das gleiche Konzept wie die von G Verlag GmbH herausgegebenen Produkte hat und das geeignet ist, mit den Produkten der G Verlag GmbH in Wettbewerb zu treten, oder für Verlage tätig zu werden, die Dienste oder ähnliche periodische Werke verlegen, die das gleiche Konzept wie die in G Verlag GmbH herausgegebenen Produkte haben. Ausgenommen sind Konzepte, die der Auftragnehmer dem Auftraggeber angeboten und die dieser abgelehnt hat.

11. Über die Auflagenhöhe, Umsätze, Kosten, Gewinn, Kündigungsquote etc. des Werkes und alle übrigen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der W Verlag für die E AG und der G Verlag GmbH hat der Auftragnehmer Stillschweigen zu bewahren. Dies gilt ausnahmsweise nicht, wenn die Auflagenhöhe oder andere Angaben seitens des Verlages offiziell und öffentlich bekannt gegeben wird.

12. Die Urheberrechte an allen Konzepten und Inhalten gehen mit Zahlung des Honorars an den Auftraggeber über.

13. Sofern im monatlichen Abstimmungsgespräch nicht Gegenteiliges beschlossen wird, ist das Ziel die Erbringung von 12 Produktaudits (3 großen und 9 kleinen Produkt-Audits, Leistungsumfang analog Preisliste), sowie die Erstellung von 5 Produktkonzepten pro Quartal. Mindestens 2 dieser 5 Produktkonzepte sollen mit potenziellem Chefredakteur geliefert werden. Weiterhin sollen neue qualifizierte Werbetexter gefunden werden (2.4 pro Jahr)."

Wegen der weiteren Regelungen wird auf den Inhalt des Beratungsvertrages (BV) sowie auf den Inhalt der von der Beigeladenen zu 1) entworfenen "Preisliste 2013/2014" vom 28.10.2013 Bezug genommen.

Auf Grundlage dieser Vereinbarungen wurde die Beigeladene zu 1) im Zeitraum vom 1.11.2013 bis zum 31.5.2015 in nachfolgendem Umfang für die Klägerin tätig.

(Im Original: Tabelle)

Neben den für die Klägerin erbrachten Dienstleistungen übte die Beigeladene zu 1) ebenfalls auf honorarvertraglicher Grundlage in einem quantitativ geringeren Umfang u.a. Tätigkeiten für den W Verlag für die E sowie - bis zum 31.12.2013 - Tätigkeiten für die D GmbH aus.

Am 16.12.2013 beantragte die Beigeladene zu 1) bei der Beklagten gemäß [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) die Feststellung, dass das ab dem 1.11.2013 bestehende Auftragsverhältnis eine Versicherungspflicht in der Sozialversicherung nicht begründe. Sie leiste für die Klägerin "Beratung im Bereich Neuproduktentwicklung, Produktweiterentwicklung und Werbekonzepte". Sie beabsichtige, die zuvor bei der Klägerin erworbenen Fähigkeiten künftig in beratender Funktion wahrzunehmen. Im Gegensatz zu der früher ausgeübten Beschäftigung trage sie nunmehr keine Personal- und Budgetverantwortung mehr und sei nicht weisungsgebunden. Sie sei hinsichtlich der Befugnis, Aufträge anzunehmen bzw. abzulehnen, frei und könne die Durchführung von Aufträgen frei gestalten. Anders als während der zuvor als Geschäftsführerin ausgeübten Tätigkeit werde sie nunmehr auf dem Markt unter "X Text und Konzept" werbend tätig. Zudem betreibe sie einen eigenen Internetauftritt (www.X.de) und verfüge über eine entsprechende Bürousausstattung. In der Anlage zum Statusfeststellungsantrag gab sie ergänzend an, für die Klägerin bei der Akquise von neuen Chefredakteuren und Werbetextern (sog. Head-

Hunting) mitzuwirken. Sie sei nicht in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert und nehme weder an Dienstbesprechungen teil, noch sei sie in Dienstpläne integriert. Eine verpflichtende Teilnahme an Schulungsmaßnahmen erfolge nicht. Die Organisation der Arbeitsabläufe sowie die Art der Ausführung bestimme sie selbst.

Die Klägerin erklärte auf schriftliche Befragung im Verwaltungsverfahren, die Beigeladene zu 1) erstelle Werbetexte, adaptiere US-Mailings für den deutschen Markt, aktualisiere zeitkritische Investment-Mailings, entwerfe Werbemedien und überarbeite Broschüren und Startpakete in sprachlicher Hinsicht. Zudem erarbeite und begutachte sie Produktkonzepte. Etwa 95% der vereinbarten Dienstleistungen erbringe sie in ihrem eigenen häuslichen Büro; in der verbleibenden Zeit nehme sie an auswärtigen Terminen wie etwa Redaktionssitzungen teil. Auf den weiteren Inhalt der Erklärungen vom 22.1.2014 wird Bezug genommen.

Nach Anhörung der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) vom 3.2.2014 stellte die Beklagte mit Bescheid vom 20.2.2014 fest, dass die für die Klägerin ausgeübte Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) "im Bereich Erstellung von Werbetexten, Erarbeitung und Begutachtung von Produktkonzepten, Texten und Werbemitteln und sprachliche Überarbeitung von Broschüren" seit dem 1.11.2013 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. In diesem bestehe ab Beginn der Beschäftigung Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung. In der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der sozialen Pflegeversicherung bestehe keine Versicherungspflicht.

Zugunsten eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses spreche - so die Beklagte im Wesentlichen zur Begründung -, dass die Beigeladene zu 1) vor Beginn der Tätigkeit gebrieft werde, weshalb der Klägerin auch die Erteilung von Weisungen möglich sei. Darüber hinaus sei der Beigeladenen zu 1) vertraglich ein Ausfallhonorar zugesichert worden. Sie stimme mit der Klägerin feste Abgabetermine ab. Schließlich werde die Leistung von Produktmanagern der Klägerin abgenommen. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche indes lediglich, dass die Tätigkeit in einem eigenen Büro mit eigener Ausstattung ausgeübt werde und die Beigeladene zu 1) für weitere Auftraggeber tätig werden dürfe. In der Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanter Tatsachen überwiegen dennoch die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Auf den weiteren Inhalt des Bescheides wird verwiesen.

Gegen diese Entscheidung erhob die Klägerin am 20.3.2014 mit der Begründung Widerspruch, die Beigeladene zu 1) werde entgegen der Annahme der Beklagten nicht in persönlicher Abhängigkeit für sie tätig. Darüber hinaus sei sie nicht sozial schutzbedürftig: Sie habe jahrelang in der Verlagsbranche und bei einem Dienstleister im Rahmen der Anlage- und Abschlussvermittlung als Geschäftsführerin mehrerer Kapitalgesellschaften gearbeitet und dabei die "unternehmerische Verantwortung" kennen gelernt sowie "unternehmerische Erfahrung" gewonnen. Vor diesem Hintergrund sei der Schritt in die Selbstständigkeit lediglich eine konsequente Weiterentwicklung, um in einem eigenen Unternehmen tätig werden zu können. Sie sei keine "klassische Fabrikarbeiterin", sondern "Unternehmerin". Sie sei zudem keinerlei Weisungen unterworfen und unterliege keiner ständigen Überwachung oder Beaufsichtigung. Insoweit lasse sich die Beklagte von einem unzutreffenden Verständnis des Begriffs "Briefings" leiten. Tatsächlich beschränkten sich die erteilten Instruktionen auf die Weitergabe von Informationen über diejenigen Sachverhalte, die ein Auftragnehmer zur Abgabe eines Angebots und zur Ausführung des Auftrags benötige.

Die Beigeladene zu 1) verfüge zudem frei über ihre eigene Arbeitskraft und sei ihr gegenüber nicht zur Berichterstattung verpflichtet. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche überdies die Befugnis der Beigeladenen zu 1), den Arbeitsort frei zu wählen. Sie könne frei disponieren, ob sie zuhause oder in den Betriebsräumen der Klägerin arbeite. Sie habe keine Vorgesetzten, die das Arbeitsverfahren regelten und Einzelanordnungen erteilten. Sie - die Klägerin - habe sich bewusst für einen externen Dienstleister entschieden, da ein Arbeitnehmer aufgrund der bestehenden Abhängigkeit in seiner Neutralität beeinträchtigt sein könnte. Die Beigeladene zu 1) verfüge über eine eigene Betriebsstätte und habe eine "bundesweite Kundenstruktur". Sie trage ein volles unternehmerisches Risiko: Dieses zeige sich nicht nur in dem Einsatz finanzieller Mittel zur Erzielung eines im Zeitpunkt des Einsatzes ungewissen Unternehmensgewinns; vielmehr trage sie auch das Risiko des Insolvenzeintritts. Die Beigeladene zu 1) sei nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert, sondern Mittelpunkt eines eigenen Unternehmens. Schließlich werde sie steuerlich als Selbstständige behandelt, habe keine Kündigungsfristen und bekomme keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bzw. Urlaubsvergütung. Sie werde auf Grundlage vereinbarter Tagessätze bzw. Stundenhonorare tätig und rechne aufwandsbezogen ab. Sie sei berechtigt, Hilfskräfte zu beschäftigen oder sich bei der Ausübung der Tätigkeit durch Dritte vertreten zu lassen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 31.7.2014 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin unter Vertiefung der Ausführungen des Ausgangsbescheids als unbegründet zurück. Auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides wird Bezug genommen.

Am 29.8.2014 hat die Klägerin Klage zum Sozialgericht (SG) Köln erhoben. Sie hat zur Begründung ihren Vortrag aus dem Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Ergänzend hat sie auf die Internetpräsenz der Beigeladenen zu 1) verwiesen, mit Hilfe derer sie werbend am Markt auftrete, um Kunden zu akquirieren. Insoweit schaffe sie die Grundlage für die Bildung und Erweiterung einer eigenen Kundenstruktur. Schließlich fehle es an Anhaltspunkten für eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin. Gegen eine zur Annahme einer Beschäftigung führenden Eingliederung spreche schließlich, dass die Beigeladene zu 1) nicht an Mitarbeitergesprächen oder sonstigen Veranstaltungen der Klägerin teilnehme.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Bescheid der Beklagten vom 20.2.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.7.2014 aufzuheben und
2. festzustellen, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) bei ihr seit dem 1.11.2013 bis zum 31.5.2015 eine selbstständige Tätigkeit darstellte und nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wurde.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat auf den Inhalt des angefochtenen Bescheides Bezug genommen.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt. Die Beigeladene zu 1) ist der rechtlichen Beurteilung der Klägerin beigetreten.

Das SG hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 30.9.2015 den damaligen Geschäftsführer der Klägerin sowie die Beigeladene zu 1) zur Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses persönlich befragt. In diesem Rahmen hat die Beigeladene zu 1) bekundet, sie sei im Zeitraum von November 2013 bis Mai 2015 an ca. 100 Tagen für die Klägerin tätig geworden. Sie habe daneben im Umfang von etwa 20 Tagen für den W Verlag der E AG gearbeitet. Für die D GmbH sei sie fast gar nicht tätig geworden. Sie hat weiter ausgeführt, seit Mai 2015 für ein Konkurrenzunternehmen der Klägerin tätig zu sein. Das mit der Klägerin bestehende Auftragsverhältnis sei daher für die Zeit ab Juni 2015 einvernehmlich aufgehoben worden. Wegen des weiteren Ergebnisses wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 30.9.2015 Bezug genommen.

Mit Urteil vom 30.9.2015 hat das SG die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das ihr am 3.11.2015 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 1.12.2015 schriftlich Berufung zum Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen eingelegt.

Der Bescheid der Beklagten sei bereits deshalb aufzuheben, weil er formal mangelbehaftet sei. Die Beklagte habe für jeden einzelnen Auftrag zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung gegeben seien. Im Übrigen sei das SG nur aufgrund rechtlicher Fehler zu der Einschätzung gelangt, dass die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung dargestellt habe. Zwar habe das SG die rechtlichen Grundlagen der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit im Wesentlichen zutreffend skizziert; die gebotene Gesamtschau habe das SG allerdings nur im Ansatz durchgeführt, hierbei eine ganze Reihe von Indizien fehlerhaft interpretiert und außerdem die Abgrenzungsmerkmale bei der Gesamtschau unzutreffend gewichtet. Dies beginne bereits mit der Würdigung der zwischen den Vertragspartnern geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen. Das SG verweise bei der Auswertung der vertraglichen Vereinbarungen lediglich auf das angeblich fehlende unternehmerische Risiko der Beigeladenen zu 1) und der angeblich eingeschränkten Entfaltungsmöglichkeiten am Markt. Beide Kriterien seien so allerdings nicht nachvollziehbar; zudem überwögen in der Gesamtschau die vertraglichen Regelungen, die für eine selbstständige Tätigkeit sprächen. Soweit das SG etwa meine, der wirtschaftliche Erfolg des Einsatzes der Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin sei gut abgesichert gewesen, weshalb die Beigeladene zu 1) einem unternehmerischen Risiko kaum unterworfen gewesen sei, sei diese Verknüpfung falsch. Das unternehmerische Risiko der Beigeladenen zu 1) könne sich ohne Weiteres aus anderen Gesichtspunkten ergeben. Ein solches habe zunächst einmal in der Unsicherheit der Auftragslage bestanden, also der Ungewissheit, ob die Beigeladene zu 1) überhaupt Aufträge zur Deckung der Kosten und zum Erzielen eines für den Lebensunterhalt wichtigen Gewinns erhalte. Darüber hinaus habe sich ihr unternehmerisches Risiko in der Unwägbarkeit gezeigt, denkbare Aufträge auch tatsächlich ausführen zu können. Ebenso werde die Annahme eines unternehmerischen Risikos durch die unbeschränkte persönliche Haftung für ihre beruflich erbrachten Dienstleistungen vermittelt. Darüber hinaus sei zu bedenken, dass der Kapitaleinsatz für einen im Umfang kleinen reinen Dienstleistungsbetrieb in der Regel nur vergleichsweise gering sei und daher naturgemäß ein der Höhe nach vergleichsweise geringes Kapitalverlustrisiko bestehe.

Ebenso sei die Annahme des SG unzutreffend, wonach der Beigeladenen zu 1) eine uneingeschränkte Beratungstätigkeit auf dem freien Markt vertraglich untersagt gewesen sei. Insoweit habe das SG Ziff. 5 BV unzutreffend gewürdigt. Tatsächlich schließe diese Regelung nämlich nicht etwa weitere Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1) aus, sondern diene lediglich der Klarstellung, dass nur die unter Ziff. 2 BV genannten Tätigkeiten unter die getroffene Rahmenvereinbarung und die dort getroffene Vergütungsregelung fielen. Ziff. 5 BV stelle demgegenüber klar, dass Aufträge über anderweitige Dienstleistungen möglich seien, hierfür aber ein gesonderter Honorarvertrag erforderlich sei.

Darüber hinaus sei das in Ziff. 10 BV normierte Wettbewerbsverbot bei weitem nicht so weitreichend, wie vom SG unterstellt. Diese Regelung untersage lediglich, dass die Beigeladene zu 1) selbst konkurrierende Werke publizieren dürfe. Nach der Vereinbarung solle nur vermieden werden, dass die Beigeladene zu 1) der Klägerin Leistungen in Rechnung stelle und diese anschließend für eigene Rechnung ein weiteres Mal nutze.

Die Erwägung des SG, wonach eine vorherige Tätigkeit als Geschäftsführerin der Klägerin für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, sei zwar nicht per se unzutreffend, werde vom SG allerdings unzutreffend gewichtet. Die Beigeladene zu 1) habe ausdrücklich bekundet, sie habe sich gerade aufgrund ihrer persönlichen Situation (Kinder, Krankheit) in Absprache mit ihrem Ehemann für eine selbstständige Tätigkeit entschieden, weil sie die damit verbundene Freiheit ausdrücklich angestrebt habe.

Darüber hinaus spreche die tatsächliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung für eine selbstständige Tätigkeit. Insoweit sei nicht begreiflich, wie das SG zu der Überzeugung gelangt sei, dass die Beigeladene zu 1) in tatsächlicher Hinsicht einem Weisungsrecht der Klägerin unterlegen haben solle. Zwar sei zutreffend, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ein Weisungsrecht im Falle von Dienstleistungen höherer Art zu einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein und auch dort bestehen könne, wo gewisse Freiheiten gewährt würden; dennoch genüge diese hypothetische Feststellung nicht, um im konkreten Einzelfall ein Weisungsrecht der Klägerin festzustellen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 30.9.2015 zu ändern und unter teilweiser Aufhebung des Bescheides vom 20.2.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.7.2014 festzustellen, dass die Beigeladene zu 1) in ihrer für die Klägerin in dem Zeitraum vom 1.11.2013 bis zum 31.5.2015 ausgeübten Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und verweist zur Begründung auf den Inhalt des angefochtenen Bescheides. Sie trägt ergänzend vor, dass sich aus den im Berufungsverfahren vorgelegten Gewinnermittlungen der Beigeladenen zu 1) keine größeren Betriebsausgaben, etwa für eine eigene Betriebsstätte oder für Personalkosten, ergäben. Der überwiegende Teil resultiere aus Reisekosten, wobei insoweit auffalle, dass bei der Ermittlung der Werbungskosten für das Jahr 2014 an 185 Tagen Wegstrecken zwischen der Wohnung der Beigeladenen zu 1) und der Betriebsstätte der Klägerin steuerlich veranschlagt worden seien. Darüber hinaus ergebe sich aus den vorgelegten Rechnungen, dass die Beigeladene zu 1) auch an Beratungen und Besprechungen zum Quartalscontrolling sowie an Strategiesitzungen der Klägerin teilgenommen habe. Hieraus folge, dass ihre Tätigkeiten weit über die bloße Erstellung von Werbetexten und Produkt-Audits hinausgegangen seien. Insgesamt ergebe sich aus den vorgelegten Unterlagen, dass die Beigeladene zu 1) in die betriebliche Organisation der Klägerin eingegliedert gewesen sei und kein wesentliches unternehmerisches Risiko getragen habe. Dies gelte auch deshalb, weil ihr ein Honorar zugesichert worden sei, auch wenn die Leistungen nicht in Anspruch genommen worden seien.

Die Beigeladenen stellen keinen Antrag. Die Beigeladene zu 1) erläutert, dass die ursprünglich in der Steuererklärung für das Jahr 2014 in Ansatz gebrachten 185 Fahrten zur Betriebsstätte der Klägerin unzutreffend gewesen seien. Tatsächlich habe es sich um lediglich 19 Fahrten im Rahmen von Projektgesprächen gehandelt. Ihr Steuerberater bemühe sich derzeit um eine Korrektur.

Der Senat hat am 15.9.2017 einen Termin zur Erörterung des Sachverhaltes und zur Beweisaufnahme durch Vernehmung des kaufmännischen Angestellten der Klägerin, des Zeugen C durchgeführt. Wegen des Ergebnisses wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Zudem hat der Senat den zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) geschlossenen Anstellungsvertrag vom 6.5.1997, die "Preisliste" gemäß Ziff. 3 BV sowie exemplarische "Gutachten" der Beigeladenen zu 1) beigezogen. Auf deren Inhalt wird Bezug genommen.

Von der Beigeladenen zu 1) hat der Senat eine Aufstellung beigezogen, aus der sich die Höhe der von ihr geleisteten Aufwendungen für das streitige Auftragsverhältnis sowie etwaige weitere Auftragsverhältnisse ergeben. Auf den Inhalt der hierzu vorgelegten Steuererklärungen nebst Gewinnermittlungen wird verwiesen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 28.2.2018, zu dem trotz ordnungsgemäßer Terminsnachricht Vertreter der Beigeladenen zu 2) und 3) nicht erschienen sind, hat der Senat den Vertreter der Klägerin sowie die Beigeladene zu 1) zur Ausgestaltung der Auftragsbeziehung befragt. Wegen des Ergebnisses wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten und den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten. Dieser ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) und 3) in der Sache verhandeln und entscheiden können, da er sie in den ordnungsgemäßen Terminmitteilungen auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG Köln vom 30.9.2015 hat Erfolg. Sie ist zulässig (hierzu I.) und begründet (hierzu II.).

I. Die am 1.12.2015 schriftlich eingelegte Berufung der Klägerin gegen das ihr am 3.11.2015 zugestellte Urteil des SG Köln vom 30.9.2015 ist zulässig, insbesondere ohne gerichtliche Zulassung statthaft ([§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz \[SGG\]](#)) sowie form- und fristgerecht eingelegt worden ([§§ 151 Abs. 1, 64 Abs. 1, Abs. 2, 63 SGG](#)).

II. Die Berufung der Klägerin ist auch begründet.

Die für das verfolgte Rechtsschutzbegehren der Klägerin (vgl. [§§ 153 Abs. 1, 123 SGG](#)) statthafte und auch im Übrigen zulässige, insbesondere gemäß [§§ 87 Abs. 1 Satz 1, 90 SGG](#) fristgerecht erhobene kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage (§§ 54 Abs. 1 Satz 1 Altern. 1; 55 Abs. 1 Nr. 1; 56 SGG; vgl. Senat, Urteil v. 6.5.2015, [L 8 R 655/14](#)) ist begründet.

Der Bescheid der Beklagten vom 20.2.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.7.2014 beschwert die Klägerin im Sinne des [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#), soweit die Beklagte eine Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt hat. Insoweit ist der Bescheid rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die Klägerin kann die Feststellung beanspruchen, dass die Beigeladene zu 1) anlässlich der für die Klägerin in dem Zeitraum vom 1.11.2013 bis zum 31.5.2015 ausgeübten Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

1. Die begehrte Feststellung findet ihre Grundlage in [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Nach dieser Vorschrift können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet.

Hierbei kann der Senat in entsprechender Auslegung des Verwaltungsaktes (entsprechend [§ 133](#) Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]) die im unmittelbaren systematischen Kontext zu der getroffenen positiven Feststellung einer Versicherungspflicht enthaltene Erklärung, die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) werde seit dem 1.11.2013 "im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt", im Hinblick auf die Rechtsprechung des BSG zur Unzulässigkeit der Elementfeststellung (BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 R 11/07 R](#), [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#); Urteil v. 4.6.2009, [B 12 KR 31/07 R](#), [SozR 4-2400 § 7a Nr. 3](#)) als bloßes Begründungselement ohne regelnden Feststellungsanspruch ansehen (vgl. Senat, Urteil v. 22.6.2016, [L 8 R 529/15](#), juris).

II. Der angefochtene Bescheid ist in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden.

1. Die Beklagte ist abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) für die Feststellung der Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1) im Rahmen der

- hier beantragten - optionalen Statusfeststellung nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) zuständig ([§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung, dem 16.12.2013, ein Verfahren zur Feststellung der Versicherungspflicht in der streitigen Auftragsbeziehung nicht eingeleitet (vgl. zur Sperrwirkung des Einzugsstellenverfahrens nach [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) sowie des Betriebsprüfungsverfahrens nach [§ 28p SGB IV](#) BSG, Urteil v. 29.6.2016, [B 12 R 5/14 R](#), juris, Rdnr. 27 m.w.N.).

2. Die gemäß [§ 7a Abs. 4 SGB IV](#) i.V.m. [§ 24 SGB X](#) erforderliche qualifizierte Anhörung der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) ist ordnungsgemäß durchgeführt worden (Schreiben v. 3.2.2014).

III. Der Bescheid der Beklagten vom 19.2.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.7.2014 ist jedoch in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang materiell rechtswidrig. Unzutreffend hat die Beklagte festgestellt, dass die Beigeladene zu 1) in ihrer für die Klägerin erbrachten Tätigkeit seit dem 1.11.2013 einer Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Nach dem Gesamtergebnis der gerichtlichen Ermittlungen ist festzustellen, dass die Beigeladene zu 1) in der streitigen Auftragsbeziehung zur Klägerin nicht in den streitigen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig war.

Der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlagen auch im Streitzeitraum Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \[SGB VI\]](#), [§ 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \[SGB III\]](#)).

Diese Voraussetzungen lagen nicht vor, weil die Beigeladene zu 1) vom 1.11.2013 bis zum 31.5.2015 nicht bei der Klägerin gegen Entgelt ([§ 14 SGB IV](#)) beschäftigt war.

Mangels bindender ([§ 77 SGG](#)) behördlicher Feststellungen zum sozialversicherungsrechtlichen Status in der konkreten Auftragsbeziehung beurteilt sich das Vorliegen einer Beschäftigung nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige 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 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 (ständige Rechtsprechung; BSG, Urteil v. 16.8.2017, [B 12 KR 14/16 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 31; Urteil v. 31.3.2017, [B 12 R 7/15 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 30; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbstständigen Tätigkeit setzt dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 23.5.2017, [B 12 KR 9/16 R](#), SozR 4-2400 § 26 Nr. 4; Urteil v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 24).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist regelmäßig vom - wahren und wirksamen - Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Auf dieser Grundlage ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der abhängigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. hierzu im Einzelnen BSG, Urteil v. 24.3.2016, [B 12 KR 20/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 29; Urteil v. 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 25; Urteil v. 29.7.2015, [a.a.O.](#)).

1. Ausgangspunkt der Statusbeurteilung ist demnach das praktizierte Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es sich aus den getroffenen Vereinbarungen ergibt bzw. - sofern solche nicht festgestellt werden können - aus der gelebten Beziehung erschließen lässt.

a) Nach Ziff. 1 BV vom 31.10.2013 hat die Beigeladene zu 1) die Klägerin mit Wirkung ab dem 1.11.2013 (Ziff. 8 Satz 2 BV) bei der konzeptionellen Entwicklung neuer und bestehender Publikationen sowie bei der Entwicklung neuer Werbekonzepte beraten und unterstützt. Die vereinbarten Leistungen umfassten nach Ziff. 2 BV das Erstellen von Produkt-Audits, die kontinuierliche Suche von neuen Chefanalysten und Werbetextern, das Finden von Produktideen sowie die Begutachtung bestehender Publikationen und neuer Werbekonzepte. Darüber hinaus war vereinbart, dass die Beigeladene zu 1) "nach Absprache" weitere Aufgaben übernehmen konnte.

Hinsichtlich der Vergütung kamen die Beteiligten überein, dass eine Abrechnung nach Beratungstagen erfolgen sollte, wobei die Beigeladene zu 1) pro vollem Beratungstag ein Honorar in Höhe von 750,00 EUR zzgl. 50% Spesen pro Beratungstag beanspruchen konnte (Ziff. 4 Sätze 1 und 2 BV). Dieser Beratungstag ist mit "etwa acht Stunden" kalkuliert worden (Ziff. 4 Satz 2 BV). Im Fall eines halben Beratungstages konnte die Beigeladene zu 1) ein Honorar von 375,00 EUR beanspruchen, wobei auch insoweit ein pauschalierter Spesenersatz zugesichert war (Ziff. 4 Satz 3 BV). Zusätzlich waren nach Ziff. 3 BV die Regelungen der "Preisliste" 2013/2014 maßgeblich, die nach den Feststellungen des Senats im Termin zur mündlichen Verhandlung von der Beigeladenen zu 1) entworfen wurde.

Nach Ziff. 6 BV konnte die Beigeladene zu 1) die Erstattung entstandener Reisekosten außerhalb des Rhein-Sieg-Kreises und C nach Absprache und Einzelnachweis beanspruchen.

Hinsichtlich des voraussichtlichen Beratungsumfangs hat sich die Klägerin für den Zeitraum bis zum 31.10.2015 zur Abnahme von mindestens 160 Beratungstagen verpflichtet (Ziff. 8, Ziff. 9 Abs. 1 BV). Für den Fall, dass das Beratungsvolumen durch die Klägerin nicht abgerufen wurde, konnte die Beigeladene zu 1) nach Maßgabe des § 9 Abs. 2 BV die Zahlung eines Ausfallhonorars in Höhe von 750,00 EUR für jeden nicht in Anspruch genommenen Beratungstag geltend machen.

Nach Ziff. 5 BV war die Beigeladene zu 1) berechtigt, zusätzlich zu den nach Ziff. 2 BV für die Klägerin zu erbringenden Leistungen auch der

Verlagsgruppe Beratungsleistungen anzubieten, insbesondere deren Fachverlagen bzw. Profitcentern. Nach dem übereinstimmenden Verständnis der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) handelte es sich bei dieser Regelung allerdings um eine ausschließlich verlagsgruppeninterne Regelung, kraft derer im Hinblick auf das zum Teil innerhalb der Verlagsgruppe bestehende Mitbewerberverhältnis klargestellt werden sollte, dass die Beigeladene zu 1) auch für andere Unternehmen der Gruppe tätig werden darf.

Den Arbeitsort und die Arbeitszeit konnte die Beigeladene zu 1) eigenverantwortlich bestimmen (Ziff. 7 BV), wobei nach Ziff. 9 Abs. 4 BV ursprünglich ein einmal monatlich stattfindendes Abstimmungsgespräch zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) vereinbart wurde, in welchem das Ergebnis über Art und Umfang der Beratungsaufträge schriftlich protokolliert werden sollte. Von dieser Vereinbarung haben die Beteiligten bereits frühzeitig nach Aufnahme der Vertragsbeziehung Abstand genommen.

Nach Ziff. 13 BV war als Vertragsziel die Erbringung von 12 Produktaudits sowie die Erstellung von fünf Produktkonzepten pro Quartal vereinbar worden, wobei mindestens zwei dieser Produktaudits mit einem potenziellen Chefredakteur geliefert werden sollten. Weiterhin sollten zwei bis vier neue qualifizierte Werbetexter gefunden werden.

Vertragliche Vereinbarungen über eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, betriebliche Sonderleistungen sowie über einen bezahlten Erholungsurlaub zugunsten der Beigeladenen zu 1) haben die Beteiligten nicht getroffen.

b) Die Beigeladene zu 1) ist auf dieser vertraglichen Grundlage im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses für die Klägerin tätig geworden (vgl. zur Maßgeblichkeit der zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehenden konkreten Rechtsbeziehung bei der Feststellung von Versicherungspflicht oder Versicherungsfreiheit im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) vgl. BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 R 11/07 R](#), [SozR 4-2400 § 7a Nr. 2](#); Urteil v. 4.6.2009, [B 12 KR 31/07 R](#), [SozR 4-2400 § 7a Nr. 3](#); Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#); B 12; Urteil v. 30.10.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), juris).

Dass die Beigeladene zu 1) nach den getroffenen Vereinbarungen auf Basis jeweils gesondert zu beurteilender Einzelaufträge, etwa auf projektgebundenen vertraglichen Grundlagen (hierzu etwa BSG, Urteil v. 31.3.2017, [B 12 KR 16/14 R](#)) oder auf rahmenvertraglicher Vereinbarung mit individuell vereinbarten Einsätzen (etwa BSG, Urteil v. 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 25](#) [Rackjobber II]) tätig wurde, konnte der Senat nicht feststellen. Nach dem Inhalt der Vereinbarung vom 31.10.2013 haben sich die Klägerin und die Beigeladene zu 1) vielmehr auf eine gesicherte Abnahme von Beratungsleistungen im Sinne der Ziff. 2 BV in einem Gesamtumfang von "mindestens 160 Tagen" verständigt, welches von der Klägerin in dem nach Ziff. 8 BV definierten 24-monatigen Bezugszeitraum vom 1.11.2013 bis zum 31.10.2015 abzunehmen war.

Auf Befragung im Termin zur Erörterung des Sachverhalts hat der frühere Geschäftsführer zur Interessenlage der Klägerin überzeugend dargelegt, es sei ihr darum gegangen, die Beigeladene zu 1) nach deren längeren Erkrankungsphase und dem Entschluss, das Beschäftigungsverhältnis zu beenden, weiterhin an das Unternehmen zu binden. Der Klägerin sei klar gewesen, dass die Beigeladene zu 1) eine "Anbietermacht" gehabt habe, da nur wenig fachlich derart versierte Personen auf dem Markt zu finden seien. Vor diesem Hintergrund habe sie sicherstellen wollen, dass die Klägerin die mit der Beigeladenen zu 1) vereinbarten Beratungsleistungen in dem in Ziff. 8 BV definierten zeitlichen Umfang abrufen kann. Deshalb sei auch davon abgesehen worden, den Beratungsumfang für jeden konkreten Einzelfall zu definieren. Regelungsziel sei vielmehr gewesen, eine kontinuierliche Dienstleistung der Beigeladenen zu 1) in dem in Ziff. 8 BV genannten zeitlichen Rahmen abrufen zu können.

Auch aufgrund dieser Interessenlage bleibt für die Annahme gesondert zu beurteilender Einzelaufträge kein Raum, weshalb der Vortrag der Klägerin nicht verfährt, der angefochtene Bescheid sei schon deshalb aufzuheben, weil die Beklagte den sozialversicherungsrechtlichen Status der Beigeladenen zu 1) zu Unrecht nicht nach Maßgabe jedes "einzelnen Auftrags" beurteilt habe.

2. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung sprechen die zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) getroffenen vertraglichen Vereinbarungen und deren tatsächliche Umsetzung eher für eine selbstständige Tätigkeit. Die Beigeladene zu 1) ist nicht in einem Maß weisungsgebunden [hierzu a)] in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert worden [hierzu b)], wie dies für eine abhängige Beschäftigung prägend ist. Angesichts dessen berechtigt das weitgehende Fehlen eines unternehmerischen Risikos der Beigeladenen zu 1) und einer eigenen Betriebsstätte in der Gesamtschau nicht zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung [hierzu c)].

a) Rechtlich verankerte Weisungsbefugnisse, kraft derer die Klägerin befugt war, gegenüber der Beigeladenen zu 1) - zumindest im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess - Anordnungen in inhaltlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht zu erteilen, haben die an der Auftragsbeziehung Beteiligten nicht wirksam vereinbart. Auch die tatsächliche Umsetzung des Vertragsverhältnisses ergibt keine Anhaltspunkte für eine rechtlich gewollte Befugnis der Klägerin, der Beigeladenen zu 1) einseitig konkretisierende Anordnungen zu erteilen.

Weisungsgebunden arbeitet, wer - im Umkehrschluss zu [§ 84 Abs. 1 Satz 2](#) Handelsgesetzbuch (HGB) - nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (std. Rspr.: Bundesarbeitsgericht [BAG], Urteil v. 21.7.2015, [9 AZR 484/14](#), [NZA 2016, 344](#) ff.; BAG, Urteil v. 25.9.2013, [10 AZR 282/12](#), NJW 2013, BAG, Urteil v. 15.2.2012, [10 AZR 301/10](#), [NZA 2012, 731](#) ff.; jeweils m.w.N.). Die Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit müssen nicht auf einzelnen Anordnungen des Arbeitgebers beruhen. Vielmehr kann die Weisungsgebundenheit - namentlich bei einer Tätigkeit höherwertiger Art - auch zu einer "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein" (BSG, Urteil v. 29.6.2016, [B 12 R 5/14 R](#), USK 2016-48; Urteil v. 24.3.2016, [a.a.O.](#); Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#); jeweils m.w.N.). Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Freiheiten bei der Aufgabenerfüllung sind erst dann ein aussagekräftiges Indiz für Selbstständigkeit, wenn sie nicht mehr innerhalb des Rahmens einer derartigen dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess zu verorten sind und insbesondere eigennützig durch den Auftragnehmer zur Steigerung seiner Verdienstmöglichkeiten eingesetzt werden können (BSG, Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#)). Die Beurteilung hängt dabei auch von der Art der jeweiligen Tätigkeit ab (BAG, a.a.O.). Größere Spielräume, die auch abhängig Beschäftigten aufgrund der Natur ihrer Tätigkeit zustehen, können dabei nicht als maßgebendes Kriterium für die Abgrenzung von selbstständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung herangezogen werden (BSG, Urteil v. 25.4.2012, a.a.O.; Senat, Urteil v. 15.2.2017, [L 8 R 86/13](#), juris).

aa) In inhaltlicher Hinsicht haben die Klägerin und die Beigeladenen zu 1) die in Ziff. 2 BV definierten Beratungsleistungen vereinbart. Hierzu

gehörten in erster Linie Produkt-Audits, die Akquise von neuen Chefanalysten und Werbetextern, der Entwurf von Produktideen sowie die Begutachtung von bestehenden Publikationen und neuen Werbekonzepten. Angesichts der insoweit getroffenen vertraglichen Festlegungen waren einseitige Konkretisierungen - erst recht im Sinne eines arbeitgeberseitigen Weisungsrechts - weitgehend ausgeschlossen.

Die mangelnde Befugnis der Klägerin, rechtlich verbindlich auf die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) Einfluss zu nehmen, wird auch durch die in Ziff. 2, 6. Spiegelstr. BV getroffene Vereinbarung unterstrichen, wonach die Beigeladene zu 1) "weitere Aufgaben" erst "nach Absprache" zu erfüllen hatte. Hieraus folgt, dass die Klägerin nicht etwa im Wege eines einseitigen Weisungsrechts berechtigt werden sollte, Aufgaben auf die Beigeladene zu 1) zu delegieren. Vielmehr bedurfte es einer vorherigen Übereinkunft zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) über den Inhalt weiterer Aufgaben.

Soweit der zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) geschlossene Vertrag im Übrigen - anders als etwa die in Ziff. 7 BV getroffenen Vereinbarungen hinsichtlich des Arbeitsorts und der Arbeitszeit - auf Regelungen zur inhaltlichen Weisungsfreiheit verzichtet hat, haben die Klägerin und die Beigeladene zu 1) auf Befragung durch den Senat nachvollziehbar dargelegt, dass der Vereinbarung ein dahingehendes Verständnis immanent ist. Tatsächlich wäre die Erfüllung der vereinbarten vertraglichen Leistungen ernsthaft gefährdet, wenn diese Aufgaben - was exemplarisch bei der Erbringung von Produkt-Audits zur Beurteilung der Produktqualität erkennbar wird - weisungsgebunden erbracht werden müssten.

bb) In örtlicher Hinsicht ergab sich aus Ziff. 7 BV, dass die Beigeladene zu 1) den Arbeitsort eigenverantwortlich bestimmen durfte. Soweit sich aus den von dem Senat beigezogenen Rechnungen ergibt, dass sie, etwa anlässlich einzelner Strategiebesprechungen oder wegen der Teilnahme an Beratungen und Besprechungen zum Quartalscontrolling, in den Betriebsräumen der Klägerin tätig wurde, steht dies einer Weisungsfreiheit insoweit nicht entgegen. Denn Leistungen zur Unternehmensberatung werden durch Selbstständige naturgemäß zumindest teilweise in den Betriebsräumen des Auftraggebers erbracht.

(3) Vertraglich waren schließlich Befugnisse der Klägerin, der Beigeladenen zu 1) in zeitlicher Hinsicht einseitig Weisungen zu erteilen, in einem allenfalls nur geringen Umfang verankert.

Insoweit bestimmte Ziff. 7 BV zunächst, dass die Beigeladene zu 1) ihre Arbeitszeit eigenverantwortlich bestimmen durfte. Zudem statuiert Ziff. 8 Satz 1 BV die vornehmliche Verpflichtung der Klägerin, hinsichtlich des voraussichtlichen Beratungsumfanges Leistungen von mindestens 160 Tagen in den Zeitraum vom 1.11.2013 bis zum 31.10.2015 abzunehmen (Ziff. 8 Satz 2 BV). Diese Verpflichtung ist vertraglich in Ziff. 9 Abs. 1 BV ergänzend bekräftigt worden.

Eine ausdrückliche Leistungsverpflichtung der Beigeladenen zu 1) ist indes, wie die Klägerin im Termin zur mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt hat, vertraglich nicht geregelt worden. Eine solche ist im Vertrag nur insofern angesprochen, als die Beigeladene zu 1) keinen Anspruch auf ein Ausfallhonorar hatte, wenn sie vorhandene Beratungsaufträge nicht annahm.

b) Indizien, die die Annahme einer Eingliederung der Beigeladenen zu 1) in die Arbeitsorganisation der Klägerin tragen, sind in der verschriftlichten Vereinbarung nicht in einem eine abhängige Beschäftigung prägenden Umfang statuiert worden. Nach den getroffenen gerichtlichen Feststellungen lässt auch die tatsächliche Umsetzung der Vereinbarungen eine wesentliche Eingliederung in die Organisation der Klägerin nicht erkennen.

aa) Für eine Eingliederung der Beigeladenen zu 1) in die für sie fremde Arbeitsorganisation spricht nicht Ziff. 1 BV, wonach sie die Klägerin berät und bei der Entwicklung von Publikationen und Werbekonzepten "unterstützt". Sowohl beratende als auch unterstützende Tätigkeiten können unzweifelhaft erbracht werden, ohne dass der Dienstleistende dafür in die fremde Arbeitsorganisation eingegliedert werden muss. Auch selbstständige Subunternehmer "unterstützen" ihre Auftraggeber letztlich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben gegenüber ihrem jeweiligen Auftraggeber.

bb) Soweit nach Auffassung der Beklagten für eine Eingliederung der Beigeladenen zu 1) das in Ziff. 9 Abs. 4 BV vereinbarte monatliche Abstimmungsgespräch mit der Geschäftsführung der Klägerin spricht, hat der frühere Geschäftsführer im Termin zur Erörterung des Sachverhalts dargelegt, dass ihm zum Zeitpunkt der Formulierung dieser Klausel zwar wichtig gewesen sei, in bestimmten regelmäßigen Abständen im Sinne eines "jour fix" Absprachen mit der Beigeladenen zu 1) treffen zu können. Allerdings ist bereits im frühen Stadium der tatsächlichen Umsetzung der Vereinbarung auf dieses Steuerungsinstrument verzichtet worden, nachdem der frühere Geschäftsführer der Klägerin festgestellt hatte, dass derartige Abstimmungsgespräche überflüssig waren.

Bei der Gewichtung des in Ziff. 13 BV vorgesehenen "Abstimmungsgesprächs" ist überdies zu berücksichtigen, dass derartige Besprechungen freien Dienstverhältnissen keineswegs fremd sind. Immerhin ist eine erfolgreiche Beratungsdienstleistung unabdingbar davon abhängig, dass dem beauftragten Berater die Aufgabenstellung dargelegt wird und ihm Informationen über den Inhalt der Beratungsdienstleistung zugänglich gemacht werden. Die bloße Weitergabe dieser Informationen ist indes - bei Fehlen entsprechender vertraglicher Vereinbarungen - mit einer arbeitgeberseitigen Direktionsbefugnis qualitativ nicht gleichzusetzen und führt auch nicht zu einer Eingliederung des Dienstleistenden in die Arbeitsorganisation seines Auftraggebers.

cc) Der Senat verkennt nicht, dass die Beigeladene zu 1) ausweislich der beigezogenen Rechnungen auch betriebliche Administrativfunktionen wahrgenommen hat, die zumindest indiziell als Eingliederungsmerkmal interpretiert werden könnten. So hat die Beigeladene z.B. am 2.5.2014 die "Betreuung ß-Test Helmes 1000%-Depot, inkl. Versand ()" in Rechnung gestellt. Auf Befragung des Senats hat die Beigeladene zu 1) allerdings nachvollziehbar dargelegt, dass es sich bei dem Betatest um eine bestimmte Entwicklungsphase eines Produkts handelt. Das Produkt wird in diesem Entwicklungsstadium einem ausgewählten kleinen Kreis, einer Testzielgruppe, zur Verfügung gestellt und von diesen getestet. Die Beigeladene zu 1) hat erläutert, dass die Klägerin für die Administration in diesem Bereich zuständig war und sich ihre Aufgabe hauptsächlich darauf beschränkt hat, die Entwicklung des Produkts in dieser Phase mit dem zuständigen Redakteur zu besprechen. Soweit sie in einzelnen Fällen auch "den Versand" abgerechnet habe, sei damit der Versand der E-Mail gemeint. Hierbei sei es darum gegangen, eine im System des Verlages enthaltene Liste von Adressaten zu aktivieren, wobei der Vorgang des Versands selbst kaum Zeit in Anspruch genommen hat. Der Schwerpunkt der Dienstleistung der Beigeladenen zu 1) bestand damit erkennbar in der Beratung der Klägerin und gerade nicht in der Wahrnehmung von sachbearbeitenden Administrativaufgaben.

Zugleich hat die Beigeladene zu 1) auch betont, dass sie über ihren Systemzugang lediglich die Möglichkeit hatte, die Liste der Adressaten zu aktivieren. Ein Zugang auf die Kundendaten sei ihr allerdings ebenso versperrt gewesen wie die Wahrnehmung von Befugnissen eines Administrators. Dies zeigt auch, dass die Beigeladene zu 1) nur in einem eingeschränkten Maß befugt war, auf die technische Infrastruktur der Klägerin zurückzugreifen.

dd) Soweit die Beklagte darauf hingewiesen hat, dass für eine Eingliederung der Beigeladenen zu 1) in die betriebliche Organisation der Klägerin auch deren Mitwirkung an Besprechungen des Quartalscontrollings der Klägerin spreche, verfährt dies im Ergebnis gleichfalls nicht. Zwar dienen Maßnahmen des Controllings als unternehmensinternes Steuerungsinstrument dazu, die betrieblichen Führungsbereiche Planung, Kontrolle, Organisation, Personalführung und Information so zu koordinieren, dass die Unternehmensziele optimal erreicht werden (Wöhe/Döring, Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 21. Aufl., S. 205). Zur erfolgreichen Umsetzung dieses Ziels dienen allerdings Leistungen einer Unternehmensberatung indes gerade dazu, durch externen Sachverstand etwaige unternehmensinterne Mängel aufzuzeigen und Lösungsansätze zu entwerfen.

c) Angesichts des Umstandes, dass sich die in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) gesetzlich ausdrücklich hervorgehobenen ("insbesondere") Kriterien für eine abhängige Beschäftigung einer Weisungsgebundenheit und Eingliederung nicht bzw. allenfalls in geringem Maße feststellen lassen, gewinnt es im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung nicht an entscheidender Bedeutung, dass die Beigeladene zu 1) im Streitzeitraum weder über eine eigene Betriebsstätte verfügte, noch ein nennenswertes unternehmerisches Risiko traf (Senat, Urteil v. 20.4.2016, a.a.O.; Senat, Urteil v. 8.2.2017, [L 8 R 162/15](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45) ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [a.a.O.](#); Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 376/12](#), juris). Allerdings ist ein unternehmerisches Tätigwerden bei reinen Dienstleistungen typischerweise nicht mit größeren Investitionen in Werkzeuge, Arbeitsgeräte oder Arbeitsmaterialien verbunden (BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris, Rdnr. 27). Das auch bei der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) typische Fehlen solcher Investitionen ist damit kein wesentlich ins Gewicht fallendes Indiz für eine abhängige Beschäftigung und gegen unternehmerisches Tätigwerden.

Schließlich spricht auch die Vereinbarung eines festen Honorars jedenfalls bei reinen Dienstleistungen nicht als Ausdruck eines fehlenden unternehmerischen Risikos zwingend für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, wenn und soweit ein erfolgsabhängiges Entgelt aufgrund der Eigenheiten der zu erbringenden Leistungen regelmäßig nicht zu erwarten ist (BSG, Urteil v. 31.3.2017, [B 12 R 7/15 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 30 Rdnr. 48 m.w.N.). Da sich die Beigeladene zu 1) nach Ziff. 2 BV im Wesentlichen zur Erbringung von Dienstleistungen (Produkt-Audits, Akquise von Analysten und Werbetextern, Entwicklung von Produktideen sowie der Begutachtung von Publikationen und Werbekonzepten) verpflichtet hatte, kommt der nach Ziff. 4 Sätze 1 bis 3 BV vereinbarten Abrechnung von Beratungstagen folglich keine entscheidend für eine abhängige Beschäftigung sprechende Indizwirkung zu.

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren folgt [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung \(VwGO\)](#). Eine Übernahme der Kosten der Beigeladenen durch die Klägerin entspricht nicht der Billigkeit, da diese auf eine eigene Antragstellung verzichtet haben (vgl. [§§ 162 Abs. 3, 154 Abs. 3 VwGO](#)).

Gründe im Sinne des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor. Der Senat hat eine Entscheidung in einem Einzelfall auf Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BSG getroffen.

Der Streitwert ist gemäß [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 47 Abs. 1 Satz 1, 52 Abs. 2, 63 Abs. 2 Satz 1](#) Gerichtskostengesetz auf 5.000,00 Euro festzusetzen (vgl. Senat, Beschluss v. 12.4.2007, [L 8 R 104/17 B](#), juris).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2018-09-17