

L 4 KR 1137/06

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 8 R 542/98
Datum
22.09.2000
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 1137/06
Datum
15.05.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 22. September 2000 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten, ob der Kläger bei der Beigeladenen vom 01. Oktober 1992 bis 31. Dezember 1996 bei der früheren Beigeladenen zu 2) gesamtsozialversicherungspflichtig in der Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung beschäftigt war.

Der am 1944 geborene Kläger, der Betriebswirt ist, wird seit 1978 beim Finanzamt U. als selbstständiger beratender Betriebswirt geführt. Insoweit arbeitete er seinen Angaben zufolge für verschiedene Firmen. Zur früheren Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA; jetzt Deutsche Rentenversicherung Bund), Beigeladenen zu 3), entrichtete er nach dem Versicherungsverlauf vom 30. Mai 2005 seit Januar 1980 (unterbrochen durch ausgewiesene Pflichtbeiträge vom 01. Dezember 1992 bis 31. Dezember 1996) mit gemeldeten Entgelten von

DM 6.800,00 im Dezember 1992 DM 86.400,00 im Jahr 1993 DM 91.200,00 im Jahr 1994 DM 93.600,00 im Jahr 1995 DM 96.000,00 im Jahr 1996

freiwillige Beiträge zur Rentenversicherung. Insoweit ergaben sich für den Kläger für die Zeit von

von - bis Beitragszahlungen = Entgelt Januar - November 1992 DM 7.975,00 DM 45.056,50 Januar - Dezember 1997 DM 13.200,00 DM 67.980,30 Januar - Dezember 1998 DM 13.800,00 DM 67.980,30 Januar - Dezember 1999 DM 14.400,00 DM 73.118,61 Januar - Dezember 2000 DM 14.400,00 DM 74.611,40 Januar - Dezember 2001 DM 14.400,00 DM 75.392,97 Januar - Dezember 2002 EUR 7.200,00 EUR 37.696,34 Januar - Dezember 2003 EUR 6.000,00 EUR 30.769,23 Januar - Dezember 2004 EUR 6.000,00 EUR 30.769,23.

Seit 1984 arbeitete er auch für die V. V.-W. GmbH (frühere Beigeladene zu 2). Die frühere Beigeladene zu 2), deren Gegenstand die Herstellung und der Vertrieb von Artikeln aus Verbund-Werkstoffen, insbesondere von Formteilen für Polstermöbel und Kraftfahrzeuge und von Verpackungsformteilen war, war aufgrund des Gesellschaftsvertrags vom 17. Juli 1984 mit Sitz zunächst in M. gegründet worden. Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH waren zunächst G. F. und H.-J. H., dann seit 23. April 1992 Friedlinde F., die seit 27. September 1999 nicht mehr Geschäftsführerin war, und H.-J. H. ... Am 26. Oktober 1999 wurde die frühere Beigeladene zu 2) nach K. verlegt. Mit Beschluss vom 01. Februar 2003 eröffnete das Amtsgericht B. über das Vermögen der früheren Beigeladenen zu 2) das Insolvenzverfahren, das nach Vollzug der Schlussverteilung mit Beschluss vom 09. Februar 2005 aufgehoben wurde. Am 11. Mai 2005 (Eintragung im Handelsregister) wurde die frühere Beigeladene zu 2) im Handelsregister wegen Vermögenslosigkeit gelöscht. Seinen Angaben zufolge beendete der Kläger seine Tätigkeit für die frühere Beigeladene zu 2) Ende 2000. Seit 01. Februar bezieht der Kläger von der Beigeladenen zu 3) Regelaltersrente (Rentenbescheid vom 09. Januar 2009, monatlicher Zahlungsbetrag EUR 1.452,00, wobei bei der Rentenberechnung u.a. die oben genannten Pflichtbeiträge vom 01. Dezember 1992 bis 31. Dezember 1996 berücksichtigt worden sind).

Dem Kläger war von der früheren Beigeladenen zu 2) Einzelprokura erteilt worden (Eintragungen im Handelsregister vom 10. August 1984 und 28. Dezember 2000). Am 01. Oktober 1992 schloss der Kläger mit der früheren Beigeladenen zu 2) folgenden "Beratervertrag": I Vertragsgegenstand

Der Berater berät und unterstützt die V. V.-W. GmbH in allen betriebswirtschaftlichen Angelegenheiten insbesondere Organisation,

Produktentwicklung, Finanzierung, Produktionsablauf und Personaleinsatz. Die Beratung erfolgt in Abstimmung mit der Geschäftsführung.

II Verfügung

Der Berater ist in Ausübung seiner Tätigkeit an keine festen Arbeitszeiten und Fristen gebunden. Der Berater ist ermächtigt Tätigkeiten an eigene Mitarbeiter zu delegieren und eigenverantwortlich zu überwachen.

III Mitwirkung des Auftraggebers

1. Der Auftraggeber wird den Berater bei der Durchführung der unter Ziffer I genannten Aufgaben unterstützen und ihm alle zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Informationen und Unterlagen zur Verfügung stellen. 2. Der Auftraggeber wird auch sonst alles Erforderliche tun, um eine erfolgreiche Arbeit des Beraters zu ermöglichen.

IV Laufzeit und Kündigung

1. Der Berater erbringt die vertraglichen Leistungen seit 25. Juni 1984, diese sind auf unbestimmte Zeit ausgerichtet. Der Vertrag verlängert sich jeweils um ein Jahr, sofern er nicht von einer der Vertragsparteien mit einer Frist von sechs Monaten zum 31. Dezember gekündigt wird. 2. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung dieser Vereinbarung bleibt unberührt. Die Kündigung hat umgehend und schriftlich an den jeweiligen Vertragspartner zu erfolgen.

V Vergütung

Der Berater erhält für seine Tätigkeit gemäß Ziffer I eine Vergütung in Höhe von DM 520,00 je Arbeitstag zuzüglich Mehrwertsteuer in der gesetzlichen Höhe. Darüber hinaus erhält der Berater Vergütungen nur, soweit diese gesondert vereinbart werden.

VI Auslagenersatz, Spesen

Der Auftraggeber ersetzt dem Berater alle im Rahmen seiner Tätigkeit notwendigen Auslagen gemäß der vom Berater belegten Spesen bzw. den steuerlichen Höchstsätzen.

VII Haftung

1. Der Berater haftet dem Auftraggeber für Schäden nur, wenn diese von ihm durch eine mangelhafte Ausführung dieses Vertrags vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht wurden. 2. Der Berater haftet dem Auftraggeber gegenüber nicht für Verluste oder nicht erreichte Gewinne im Rahmen des Betriebes des Auftraggebers, die nach Ansicht des Auftraggebers durch den Berater oder durch von ihm beauftragte Dritte fahrlässig im Zusammenhang mit der Durchführung dieses Vertrags oder unabhängig hiervon verursacht wurden. Der Berater ist nicht für das Erreichen bestimmter Gewinnziele verantwortlich.

VIII Geheimhaltung

Der Berater verpflichtet sich, alle Informationen, die ihm im Zusammenhang mit der Ausführung über das Unternehmen des Auftraggebers bekannt werden, streng vertraulich zu behandeln und Dritten nicht ohne vorherige Genehmigung durch den Auftraggeber zugänglich zu machen. Die Geheimhaltungspflicht durch den Berater geht über die Beendigung des Vertragsverhältnisses hinaus.

Alle im Zusammenhang mit der Auftragsdurchführung durch den Berater erstellten oder diesem vom Auftraggeber übergebenen Unterlagen bleiben Eigentum des Auftraggebers. Der Berater verpflichtet sich, sämtliche vertragsgegenständlichen Unterlagen verschlossen und für Dritte unzugänglich aufzubewahren. Auf Verlangen des Auftraggebers hat der Berater alle erhaltenen und angefertigten Unterlagen einschließlich aller Kopien an den Auftraggeber herauszugeben.

IX Nebenabreden, Schriftform

Dieser Vertrag enthält sämtliche Abreden der Parteien; mündliche Abreden bestehen nicht.

Änderungen und Ergänzungen des Vertrags bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für die Abänderung der Schriftformklausel.

X Salvatorische Klausel

Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein oder werden, so berührt dies die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht. An Stelle einer unwirksamen Vorschrift ist eine Regelung zu vereinbaren, die der wirtschaftlichen Zwecksetzung der Parteien am nächsten kommt. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Vertrag Lücken enthält.

XI Anwendbares Recht, Gerichtsstand

Dieser Vertrag unterliegt deutschem Recht, Gerichtsstand für diesen Vertrag ist der Sitz des Auftraggebers.

Mit einer weiteren Vereinbarung vom 01. Oktober 1992 stellte die frühere Beigeladene zu 2) den Kläger für seine Beratertätigkeit ein firmeneigenes Fahrzeug zur Verfügung; dabei galt diese Vereinbarung auch für Fahrten von der Wohnung des Klägers zum Kunden und umgekehrt. Die private Nutzung dieses Fahrzeugs durch den Kläger wurde ausgeschlossen. Der Kläger stellte der früheren Beigeladenen zu 2) Honorarrechnungen, so vom

Rechnung vom 28. Februar 1993 für 20 Arbeitstage zu je DM 595,00 und für Bürotage DM 1.800,00 für Februar 1993 DM 15.755,00 einschl.

Mwst. Rechnung vom 30. November 1995 für 21 Arbeitstag zu je DM 620,00 und für Bürotage DM 1.660,00 für November 1995 DM 16.882,00 einschl. Mwst.

Insgesamt stellte der Kläger der früheren Beigeladenen zu 2) insgesamt in Rechnung (Bl. 32/33 der LSG-Akte):

1992 DM DM 14.070,00 1.976,00 Honorar Reisekosten 1993 DM DM 170.245,00 21.840,00 Honorar Reisekosten 1994 DM DM 193.270,00 22.568,00 Honorar Reisekosten 1995 DM DM 155.100,00 17.992,00 Honorar Reisekosten 1996 DM DM 182.210,00 18.980,00 Honorar Reisekosten 1997 DM DM 138.890,00 18.304,00 Honorar Reiskosten 1998 DM DM 128.340,00 17.940,00 Honorar Reisekosten 1999 DM DM 127.270,00 18.564,00 Honorar Reisekosten 2000 DM DM 80.320,00 17.403,00 Honorar Reisekosten 2001 DM DM 5.785,00 - Honorar Reisekosten

Bei der Techniker Krankenkasse wurde der Kläger als freiwillig Versicherter geführt, nämlich als hauptberuflich Selbstständiger, wobei die Techniker Krankenkasse mit Schreiben vom 17. Dezember 1997 gegenüber der früheren BfA angegeben hatte, dass der Kläger nebenbei seit 01. Dezember 1992 bei der früheren Beigeladenen zu 2) beschäftigt sei. Seinen Angaben nach beendete der Kläger die Zusammenarbeit mit der früheren Beigeladenen zu 2) zum Ende des Jahres 2000.

Vom 22. April bis 14. August 1997 führte die frühere LVA Oberfranken und Mittelfranken (jetzt Deutsche Rentenversicherung Nordbayern, einheitlich als Beklagte bezeichnet) bei der früheren Beigeladenen zu 2) eine Betriebsprüfung durch, die sich auf die Zeit vom 01. Dezember 1992 bis 31. Dezember 1996 bezog. Dabei wurden unter dem 14. Mai 1997, vom Kläger und dem Geschäftsführer H. unterschrieben, Angaben zur Beurteilung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit/Beschäftigung als Arbeitnehmer gemacht. Darin wurde die Tätigkeit des Klägers aufgrund des Dienstvertrags als betriebswirtschaftliche Beratung angegeben. In weiteren von der Beklagten erbetenen Angaben wurde die Tätigkeit des Klägers mit Ausarbeitung eines Fertigungskonzepts unter Berücksichtigung eines Systems ohne FCKW zur Aufrechterhaltung der Betriebsstätte M., Auswahl geeigneter Produkte und Prüfung auf Langzeitwirkung, Suche neuer Fertigungstechnologien und deren Einsatz, Unterweisung des Personals und Überwachung der Vorgaben laut Ausarbeitung, Beratung bei Personalauswahl einschließlich Personalsuche beschrieben. Je Auftrag betrugen die Arbeitstage monatlich vier bis 23 Tage. Im April 1997 sei H. B. Betriebsleiter der früheren Beigeladenen zu 2) gewesen. Der Tagessatz für seine Honorierung betrage DM 620,00. Der Kläger gab auch an, für welche weiteren Firmen er tätig sei. Er reichte die Honorarrechnung vom 28. Februar 1993 und 30. November 1995 ein, ferner den "Beratervertrag" sowie die ergänzende Vereinbarung vom 01. Oktober 1992. Im Anhörungsschreiben gegenüber der früheren Beigeladenen zu 2) vom 11. Juli 1997 vertrat die Beklagte die Ansicht, es sei Versicherungspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung festzustellen. Dagegen wandte die frühere Beigeladene zu 2) ein, der Kläger habe nicht die Funktion eines Betriebsleiters gehabt, denn Betriebsleiter sei bis April 1997 Herr B. gewesen. Auch die Zurverfügungstellung eines Pkw durch die frühere Beigeladene zu 2) spreche nicht ohne weiteres für ein Angestelltenverhältnis. Da er nicht an allen Arbeitstagen des Monats ausschließlich für die frühere Beigeladene zu 2) tätig gewesen sei, sei ihm noch genug Zeit verblieben, auch für andere Firmen zu arbeiten. Als selbstständiger Unternehmensberater habe der Kläger auf eigenes Kostenrisiko und auf eigene Rechnung gearbeitet. Er habe ein eigenes unternehmerisches Risiko bezüglich seiner Tätigkeit als Unternehmensberater getragen. Die subjektive Einschätzung des Betriebsprüfers, wonach der Kläger Ansprechpartner für die Angestellten gewesen sei, spreche nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Im Hinblick auf den Tod des Betriebsleiters sei er während der Zeit der Suche eines neuen Betriebsleiters möglicherweise Ansprechpartner der Beschäftigten gewesen. Der Kläger machte ebenfalls geltend, er sei seit nahezu 20 Jahren selbstständig tätig. Seine Tätigkeit für die frühere Beigeladene zu 2) beschränke sich nicht allein auf die Beobachtung und Analyse der im Betrieb vorhandenen Gegebenheiten und Prozessabläufe sowie der Ausarbeitung von Konzepten zur Verbesserung der Voraussetzungen für effiziente Kombination menschlicher Arbeitskraft und Maschinenpotential, sondern beziehe sich auch auf die Überwachung seiner Empfehlungen seitens der von der Geschäftsleitung getroffenen Entscheidungen. Dies bedeute zwangsläufig eine langfristig ausgerichtete Betätigung vor Ort. Dieser Umstand bedeute für ihn eine große Verantwortung und ein erhebliches Risiko. Für die Zurverfügungstellung des Firmenwagens für betriebliche Belange seien Kostengründe maßgeblich gewesen. Er habe auch nach einem Ersatz für den verstorbenen Betriebsleiter gesucht.

Mit Bescheid vom 15. Oktober 1997 machte die Beklagte gegenüber der früheren Beigeladenen zu 2) für die Zeit vom 01. Dezember 1992 bis 31. Dezember 1996 eine Nachforderung für Beiträge zur Rentenversicherung und zur Beigeladenen zu 1) in Höhe von DM 93.972,00 geltend, weil, der Kläger abhängig beschäftigt gewesen sei. Der Beitragsberechnung wurden folgende beitragspflichtigen Entgelte zugrunde gelegt:

Zeitraum DM Dezember 1992 1993 1994 1995 1996 6.800,00 86.400,00 91.200,00 93.600,00 96.000,00

Den dagegen von der früheren Beigeladene zu 2) eingelegten Widerspruch wies der bei der Beklagten gebildete Widerspruchsausschuss VIII mit Widerspruchsbescheid vom 05. Februar 1998 zurück. Deswegen ist ein Klageverfahren der früheren Beigeladenen zu 2) beim Sozialgericht B. unter dem Aktenzeichen S 9 RJ 231/998 anhängig, das derzeit ruht.

Am 15. August 2001 forderte die Beklagte gegenüber der früheren Beigeladenen zu 2) auch für das Jahr 1997 die Nachzahlung von Beiträgen zur Rentenversicherung und zur Beigeladenen zu 1) in Höhe von DM 26.371,20 (= EUR 13.483,38), weil, der Kläger auch im Jahr 1997 abhängig beschäftigt gewesen sei. Bei der Beitragsnachberechnung wurde für 1997 beitragspflichtiges Entgelt von DM 98.400,00 zugrunde gelegt. Den Widerspruch der früheren Beigeladenen zu 2) wies der Widerspruchsausschuss der Beklagten zurück (Widerspruchsbescheid vom 11. April 2003).

Mit Bescheid vom 15. Oktober 1997 stellte die Beklagte gegenüber dem Kläger fest, er sei seit 01. Dezember 1992 bei der früheren Beigeladenen zu 2) versicherungspflichtig in der Rentenversicherung und zur Beigeladenen zu 1) tätig. Aufgrund der Höhe der gewährten Entgelte bestehe Versicherungsfreiheit in der Kranken- und Pflegeversicherung. Es bestehe ein Beratervertrag vom 01. Oktober 1992. Aufgrund der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse seien die vom Kläger ausgeübten Tätigkeiten nicht von unternehmensberatender Natur, sondern vielmehr von betriebs- leitender Art. Ein langfristiges konkretes Tätigwerden sei nicht mehr als beratend, sondern vielmehr als leitend zu bezeichnen. Die feste Honorarvereinbarung spreche grundsätzlich gegen das Vorliegen eines unternehmerischen Risikos. Tätigkeiten für andere Betriebe erschienen nicht als glaubhaft, da aufgrund der Relationen der gezahlten Honorare zu den Arbeitstagen eines Monats diese kaum denkbar seien. Daneben wären diese wohl von stark ungeordneter Bedeutung und würden der Einbindung in die GmbH nicht widersprechen. Das Fehlen von Entgeltfortzahlungs- und Urlaubsansprüchen sei Folge einer irrtümlichen Rechtsauffassung von

Berater und Auftraggeber. Dieser Verlust werde durch die Höhe des vereinbarten Entgelts abgemildert. Die freie Zeiteinteilung einer leitenden Kraft sei nicht unbedingt Indiz für eine Selbstständigkeit, zumal im kaufmännischen Bereich bei der GmbH auch generell keine Zeiterfassung bestanden habe. Auch die Nutzung eines firmeneigenen Pkw lasse den Schluss zu, dass eine feste Einbindung in den Betrieb gegeben sei. Für die Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse seien auch persönliche Eindrücke betriebsfremder Personen nicht unbedeutend. Während des erstmaligen zweistündigen Aufenthalts des Prüfbeauftragten bei der früheren Beigeladenen zu 2) (am 22. April 1997) habe dieser den Eindruck gewonnen, den Kläger als Betriebsleiter vor sich zu haben. Er (der Kläger) sei auch erster Ansprechpartner aller Personen gewesen, die den Betrieb aufgesucht hätten, auch von Fahrern fremder Firmen. Der Kläger habe auch am 22. April 1997 die Post abgeholt. Der von der früheren Beigeladenen zu 2) als Betriebsleiter genannte H. B., der am 05. April 1997 verstorben sei, sei als Formenbaumeister im Arbeitsverhältnis im Betrieb angemeldet gewesen. Als kaufmännische Kraft sei nur eine Arbeitnehmerin im Betrieb beschäftigt gewesen. Mithin sei nicht anzunehmen, dass der Kläger die von ihm selbst beschriebenen Aufgaben erst seit dem Tod des Herrn B. verstärkt wahrgenommen habe. Nach den seit 01. Dezember 1992 gestellten Honorarforderungen sei der Kläger an allen Arbeitstagen eines Monats in den Arbeitsprozess der GmbH eingebunden gewesen. Er habe sich betrieblicher Mittel bedient, um die Tätigkeiten auszuführen; er habe mit seinem Tätigwerden auch die betrieblichen Interessen der früheren Beigeladenen zu 2) verfolgt. Für andere Firmen habe er nur noch in unwesentlichem Umfang tätig werden können. Die Tätigkeit für die frühere Beigeladene zu 2) könne daher nicht als Tätigkeit im eigenen Unternehmen des Klägers angesehen werden. Gegen diesen Bescheid legte der Kläger Widerspruch ein. Er machte geltend, er sei nur Unternehmensberater, nicht jedoch Betriebsleiter gewesen, denn in der streitigen Zeit sei Herr B. von der Geschäftsführung der früheren Beigeladenen zu 2) zum Geschäftsleiter bestellt gewesen. Er sei auch nicht weiterer Betriebsleiter gewesen. Er (der Kläger) habe in U. mit einer eigenen Angestellten ein eigenes Unternehmen betrieben, also auf eigene Rechnung gearbeitet. Er habe für seine Beratungsleistung durchaus unternehmerisches Risiko getragen. Vergünstigungen eines Angestellten, beispielsweise Kündigungsschutz, habe er nicht gehabt. Er sei auch für andere Betriebe beratend tätig gewesen. Als selbstständiger Unternehmer habe er frei darüber entscheiden können, wie er seine Zeit einteilt und bei welchem Unternehmen er seine Beratungstätigkeit verstärkt anbiete. Er habe seinen Tätigkeitsschwerpunkt bei der GmbH gesetzt. Insbesondere nach dem Tod des bisherigen Betriebsleiters B. sei es zu einem Umstrukturierungsprozess innerhalb des zu beratenden Unternehmens gekommen, den er (der Kläger) als langjähriger Berater begleitet und unterstützt habe. Zu berücksichtigen sei auch das Fehlen von Entgeltfortzahlungs- und Urlaubsansprüchen. Auch habe er keine festen Arbeitszeiten im Betrieb der früheren Beigeladenen zu 2) gehabt. Die Zurverfügungstellung des Firmen-Pkw sei lediglich aus Gründen der Praktikabilität erfolgt. Der persönliche Eindruck des Prüfbeauftragten könne nicht entscheidend sein. Der Tod des Betriebsleiters, der durchaus die Qualitäten eines solchen gehabt habe, sei erst nach dem maßgebenden Zeitraum eingetreten. Er verwies auch auf die Widerspruchsbegründung der früheren Beigeladenen zu 2) gegen den Beitragsbescheid. Der Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid des bei der Beklagten bestehenden Widerspruchsausschusses VIII vom 05. Februar 1998 zurückgewiesen. Da der Kläger nach dem abgeschlossenen Beratervertrag nur in Abstimmung mit der Geschäftsführung habe tätig werden können, die Entscheidungen, die aufgrund seiner Empfehlungen von der Geschäftsführung getroffen worden seien, habe überwachen müssen und in Abstimmung auch Kunden habe besuchen müssen, liege Weisungsgebundenheit/persönliche Abhängigkeit vor, zumal der Kläger nach den vorgelegten Honorarabrechnungen an allen Arbeitstagen eines Monats in den Arbeitsprozess eingebunden gewesen sei und die Vergütung nicht erfolgsgebunden, sondern nach Arbeitstagen erfolgt sei. Bei Dienstleistungen höherer Art sei es auch durchaus typisch, dass ein Arbeitgeber auf den Inhalt der Dienstleistung keinen Einfluss nehme. Der organisatorische Rahmen, in dem der Kläger tätig geworden sei, sei nicht unwesentlich vorbestimmt gewesen. Die zeitliche Abstimmung sei mit der Geschäftsführung zu koordinieren gewesen. Auch aus der Tatsache, dass der Kläger für seine Tätigkeit ein Firmenfahrzeug erhalten und die Entscheidungen, die aufgrund seiner Empfehlungen getroffen worden seien, habe überwachen müssen, ergebe sich eine Eingliederung in die Betriebsorganisation. Diese habe nach den vorgelegten Honorarabrechnungen auch an allen Arbeitstagen eines Monats vorgelegen. Der Kläger habe auch kein unternehmerisches Risiko getragen, da er eine erfolgsunabhängige feste Vergütung erhalten habe. Er sei nicht an Gewinnen oder Verlusten beteiligt gewesen und habe kein eigenes Kapital einsetzen müssen. Mithin sei auch der Erfolg des Einsatzes seiner persönlichen Arbeitskraft nicht ungewiss gewesen. Daher sei er in der Zeit vom 01. Oktober 1992 bis 31. Dezember 1996 nicht als Selbstständiger, sondern als abhängig Beschäftigter tätig gewesen.

Die Beigeladene zu 3) hatte mit Bescheid vom 23. Dezember 1997 die von Dezember 1992 bis Dezember 1996 geleisteten freiwilligen Beiträge zur Rentenversicherung im Höhe von insgesamt DM 43.985,00 beanstandet, da das Bestehen von Versicherungspflicht die freiwillige Versicherung ausschließe. Dagegen hatte der Kläger Widerspruch eingelegt. Ferner hatte er am 22. Juni 1999 unter Vorlage eines "Fragebogens zur Feststellung der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung für arbeitnehmerähnliche Selbstständige" bei der Beigeladenen zu 3) einen Antrag auf Befreiung von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung für arbeitnehmerähnliche Selbstständige nach [§ 231 Abs. 5 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI) gestellt. Diesen Antrag hatte die Beigeladene zu 3) mit Bescheid vom 24. August 1999 abgelehnt. Versicherungspflicht als arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger habe für den Kläger ab 01. Januar 1999 nicht bestanden, weil er regelmäßig und im Wesentlichen für mehr als einen Auftraggeber tätig gewesen sei.

Wegen des Bescheids vom 15. Oktober 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05. Februar 1998 (den Bevollmächtigten des Klägers am 11. Februar 1998 zugegangen) erhob der Kläger am 10. März 1998 Klage beim Sozialgericht Ulm (SG). Er trug erneut vor, eine abhängige Beschäftigung habe nicht vorgelegen. Zu Unrecht gehe die Beklagte davon aus, dass zu seinen Aufgaben die Auftragsannahme, die Akquisition, die Bestimmung von Lieferterminen sowie die Personalplanung und -einteilung gehört habe. Seine Aufgabe sei die Beratung und Unterstützung der GmbH in allen betriebswirtschaftlichen Angelegenheiten, insbesondere Organisation, Produktentwicklung, Finanzierung, Produktionsablauf und Personaleinsatz gewesen. Er sei nicht wie ein Angestellter der früheren Beigeladenen zu 2) tätig gewesen, zumal auch die Angestellten dort einer Zeiterfassung unterlegen hätten. Zwar habe er seine Tätigkeit in Abstimmung mit der Geschäftsführung der früheren Beigeladenen zu 2) verrichten müssen. Er habe jedoch frei entscheiden können, ob er für die frühere Beigeladene zu 2) eine Beratung habe erbringen wollen. Ein bestimmtes Arbeitszeitvolumen sei nicht vorgegeben gewesen. Die Beratung sei eine Rundum-Beratung gewesen. Die von ihm unterbreiteten Vorschläge seien dann durch ihn auch auf Effizienz hin überwacht worden. Von einer Überwachung im ursprünglichen Sinn des Wortes von Entscheidungen der Geschäftsführung könne nicht gesprochen werden. Die Vereinbarung einer Kündigungsfrist spreche nicht zwangsläufig für eine abhängige Beschäftigung. Der Beratervertrag sei ein Rahmenvertrag gewesen. Auch die Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sei kein Argument für eine abhängige Beschäftigung. Die vereinbarte Haftungsregelung sei im kaufmännischen Geschäftsverkehr nicht untypisch. Durch die Zurverfügungstellung des Firmenfahrzeugs sei lediglich eine teilweise mühsame und umfangreiche Abrechnung von Aufwendersersatz erspart worden. Die von ihm ausgeübte Reisetätigkeit sei keine Tätigkeit gewesen, um neue Aufträge für die GmbH zu erlangen. Dies gelte auch nicht für die erwähnten Kundenbesuche. Auch dabei sei es nur um die Überprüfung der Effizienz seiner Vorschläge gegangen. Es müsse auch berücksichtigt werden, dass er in U. in der Rechtsform einer Einzelfirma eine Unternehmensberatung betrieben habe mit einer Angestellten; insoweit habe er

durchaus ein Unternehmensrisiko getragen. Es sei keine erfolgsunabhängige feste Vergütung vereinbart gewesen. Die Vergütung sei vielmehr nur dann gezahlt worden, wenn er von der Geschäftsführung der früheren Beigeladenen zu 2) jeweils wieder beauftragt worden sei. Er habe keinen Anspruch auf ein bestimmter Tätigkeits- und damit Vergütungsvolumen gehabt. In der maßgeblichen Zeit habe er sich selbst freiwillig bei der Beigeladenen zu 3) versichert und der früheren Beigeladenen zu 2) Rechnungen zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer gestellt. Er habe nicht wie ein abhängig Beschäftigter einen Urlaubsanspruch, Anspruch auf Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall, Überstundenvergütung oder Anspruch auf eventuelle Sozialleistungen gehabt. Auch habe er seine Tätigkeit auf eigene Mitarbeiter delegieren können. Im Übrigen habe er auch regelmäßig freiwillige Beiträge an die TKK entrichtet. Dass eine selbstständige Tätigkeit vorgelegen habe, werde auch durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) im Urteil vom 03. Juni 1998 ([NJW 1998 S. 3631](#) ff.) bestätigt, in dem in einem seinem Fall vergleichbaren Sachverhalt ein freies Mitarbeiterverhältnis angenommen werde.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Sie verwies auf die Gründe der angegriffenen Bescheide. Auf ihre Anfrage vom 05. Juni 1997 habe der Kläger vorgetragen, dass bei Angestellten der GmbH grundsätzlich keine Zeiterfassung stattgefunden habe. Beim Kläger liege keine Sachverhalt vor, der dem von ihm angeführten Fall, über den das BAG entschieden habe, vergleichbar sei.

Das SG lud zum Verfahren mit Beschluss vom 05. April 2000 die frühere Bundesanstalt für Arbeit (jetzt Bundesagentur für Arbeit), Beigeladene zu 1) und die frühere Beigeladene zu 2), bei.

Mit Urteil vom 22. September 2000 hob das SG den Bescheid vom 15. Oktober 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02. Februar 1998 auf. Es führte aus, unter Berücksichtigung des Beratervertrags spreche mehr für eine selbstständige Tätigkeit als dagegen. Die vom Mitarbeiter der Beklagten aufgrund der durchgeführten Betriebsprüfung geschilderten Umstände könnten für die Beurteilung der Tätigkeit des Klägers nicht ausschlaggebend sein. Die im Beratervertrag und vom Kläger angegebenen vielfältigen Tätigkeiten seien typische Tätigkeiten eines Unternehmensberaters, die auch typischerweise in nicht abhängiger Beschäftigung ausgeübt würden. Der Kläger sei nur eingeschränkt örtlich und zeitlich in den Betrieb eingegliedert gewesen und nur insoweit, als es von der Sache her erforderlich gewesen sei. Entscheidend sei, dass er seine Arbeitszeit frei habe gestalten können und an feste Fristen nicht gebunden gewesen sei. Dass die Beratung in Abstimmung mit der Geschäftsführung zu erfolgen gehabt habe, erzeuge keine persönliche Abhängigkeit. Aufgrund seiner Fachkenntnisse als gelernter Betriebswirt sei der Kläger in dieser Funktion als Berater fachlich nicht weisungsgebunden gewesen. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche außerdem, dass der Kläger seine Tätigkeit auf eigene Mitarbeiter habe delegieren dürfen. Auch sei er berechtigt gewesen, Beraterverträge mit anderen Firmen abzuschließen. Entscheidend sei nicht, dass beim Kläger die Beratungstätigkeit auf unbestimmte Zeit ausgerichtet gewesen sei und dass Vereinbarungen hinsichtlich der Beendigung des Vertragsverhältnisses getroffen worden seien. Bei dem Beratervertrag habe es sich lediglich um einen Rahmenvertrag gehandelt, auf dessen Grundlage die einzelnen Projekte in Auftrag gegeben worden seien. Auch die vereinbarte Zeitvergütung spreche hier nicht für eine unselbstständige Tätigkeit. Ferner habe es auch keine Regelungen über Urlaubsanspruch und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gegeben. Das finanzielle Risiko des Klägers habe darin bestanden, dass er Anspruch auf Vergütung nur aufgrund tatsächlich erbrachter Arbeit gehabt habe; er habe nur tätig werden können, wenn er von der Beigeladenen zu 2) Aufträge erhalten habe. Das Urteil wurde der Beklagten gegen Empfangsbekenntnis am 27. Dezember 2000 zugestellt.

Dagegen hat die Beklagte am 25. Januar 2001 mit Fernkopie Berufung beim Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Das Berufungsverfahren war aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der früheren Beigeladenen zu 2) unterbrochen. Mit Schriftsatz vom 16. Februar 2006 hatte die Beklagte nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens das Berufungsverfahren wieder angerufen. Für die Beurteilung einer abhängigen Beschäftigung oder einer selbstständigen Tätigkeit komme es in erster Linie auf die tatsächlichen Verhältnisse an. Insoweit sei im Hinblick auf die tatsächlichen Verhältnisse auch der Bericht ihres Betriebsprüfers vom 16. Juni 1997 zu berücksichtigen. Danach habe der Kläger anlässlich der Betriebsprüfung Tätigkeiten ausgeübt, die nicht lediglich beratenden Charakter gehabt hätten. Er sei vielmehr funktionell in den betrieblichen Ablauf eingebunden gewesen. Im sozialgerichtlichen Verfahren habe der Kläger dann seine geschäftsleitenden Tätigkeiten für die frühere Beigeladene zu 2) heruntergespielt. Diese Angaben seien nun nicht glaubhaft. Denn den eingeholten und vorgelegten Handelsregistrauszügen sei zu entnehmen, dass der Kläger bereits seit 10. August 1984 mit Einzelprokura eingetragen gewesen sei. Dies habe für den angeblichen Geschäftsleiter B. nicht gegolten. Damit sei der Kläger berechtigt gewesen, die gesamte Vertretung allein auszuüben, wie sich aus [§ 49](#) des Handelsgesetzbuchs (HGB) ergebe. Für eine Tätigkeit als freiberuflicher Unternehmensberater hätte es einer derart umfassenden Prokura nicht bedurft. Für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung spreche auch, dass der Kläger nach den zwei vorgelegten Honorarrechnungen an nahezu allen Arbeitstagen eines Monats in den Arbeitsprozess des Betriebs der früheren Beigeladenen zu 2) eingebunden gewesen sei und dieser seine gesamte Arbeitskraft zur Verfügung gestellt habe. Von einer freien Gestaltung der Arbeitsleistung könne nur dann gesprochen werden, wenn überhaupt noch ein Tätigwerden für weitere Auftraggeber möglich gewesen wäre. Zu weiteren Tätigkeiten des Klägers aufgrund von Beraterverträgen mit anderen Firmen und zu den dabei erzielten Einkünften seien keine Ermittlungen angestellt worden. Der Kläger habe nur in Abstimmung mit der Geschäftsleitung der früheren Beigeladenen zu 2) tätig werden können und habe die Entscheidungen, die aufgrund seiner Empfehlungen von der Geschäftsleitung getroffen worden seien, überwachen müssen, so dass eine frei gestaltete Arbeitstätigkeit nicht habe entfaltet werden können. Auch komme es für das Vorliegen des Merkmals der persönlichen Abhängigkeit bei Dienstleistungen höherer Art nicht darauf an, inwieweit der Beschäftigte fachlich weisungsgebunden gewesen sei. Soweit im Beratervertrag angesprochen worden sei, dass der Kläger Tätigkeiten an eigene Mitarbeiter habe delegieren können, sei zu berücksichtigen, dass der Kläger außer seiner Ehefrau, die er im Rahmen der Geringfügigkeitsgrenzen beschäftigt gehabt habe, keine weiteren Mitarbeiter gehabt habe. Wesentliche Bedeutung sei auch hier nicht dem Umstand beizumessen, dass der Kläger die arbeitnehmertypischen sozialen Absicherungen nicht gehabt habe. Denn nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) spreche die Überbürdung des Risikos, bei krankheits- oder urlaubsbedingten Ausfällen kein Honorar zu erhalten, nur dann für Selbstständigkeit, wenn dem auch eine größere Unabhängigkeit und eine höhere Verdienstchance gegenüberstehe. Mit dem Kläger sei ein Pauschalentgelt je Arbeitstag vereinbart gewesen. Die Möglichkeit durch Überstunden bzw. Mehrarbeit einen höheren Verdienst zu erzielen, habe nicht bestanden. Auch habe kein Unternehmerrisiko für den Kläger bestanden. Die Gefahr, seine Arbeitskraft vergeblich einzusetzen, sei nicht gegeben gewesen. Denn der Kläger habe nur den Einsatz seiner Arbeitskraft geschuldet. Die Vergütung sei nach Arbeitstagen bezahlt worden, unabhängig von der Qualität der erzielten Arbeitsergebnisse. Der Abschluss des Beratervertrags auf unbestimmte Zeit und ohne inhaltliche Beschränkung auf konkrete Projekte, die Prokuraeintragung sowie die langjährige Zusammenarbeit mit der früheren Beigeladenen zu 2) mit einem Einsatz an allen Arbeitstagen machten deutlich, dass der Kläger keinerlei finanzielles Risiko getragen habe. Er habe auch kein eigenes Kapital eingesetzt. Ihm sei ein Firmenwagen unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden und er habe Anspruch auf Auslagenersatz und Spesen gehabt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 22. September 2000 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das angegriffene Urteil für zutreffend. Die zweitägige Betriebsprüfung durch die Beklagte sei als Grundlage für Wertungen und Folgerungen ungeeignet, zumal kurz zuvor der für Produktion, Personal und Arbeitsablauf zuständige Herr B. verstorben sei. Im Übrigen habe der Prüfungszeitraum auch nur bis zum 31. Dezember 1995 gereicht. Diesen Zeitraum habe der Betriebsprüfer selbst vor Ort eingetragen. Das SG habe von seinem Amtsermittlungsrecht angemessenen Gebrauch gemacht. Aus der für ihn (den Kläger) eingetragenen Prokura könnten keine Folgerungen für seine Stellung als Berater der früheren Beigeladenen zu 2) hergeleitet werden. Ihm sei die Prokura deshalb erteilt worden, damit er verwaltungstechnisch möglichst unkompliziert bestimmte Rechtsgeschäfte für die frühere Beigeladene zu 2) habe erledigen können. Kaufmännische Leiter seien während des gesamten Zeitraums die Geschäftsführer H. und F. gewesen. Es sei seine freie Gestaltung gewesen, den Großteil der ihm zur Verfügung stehenden Zeit im Betrieb der früheren Beigeladenen zu 2) zu verbringen. Es sei ihm aber auch möglich gewesen, eine Vielzahl von Arbeiten für die früheren Beigeladenen zu 2) von zuhause aus zu verrichten. Im Prüfzeitraum sei er auch für andere Unternehmen der Polstermöbelindustrie tätig gewesen. Dass er seine Ehefrau mit Bürotätigkeiten beschäftigt habe, habe seiner unternehmerischen Gestaltungsfreiheit entsprochen. Auch die Weitergabe von Tätigkeiten an Dritte wäre im Rahmen des Beratervertrags möglich gewesen; sie sei auch in der geschilderten Form praktiziert worden. Die Vereinbarung des relativ hohen Tagessatzes von DM 620,00 zuzüglich Tagesspesen von DM 52,00 und Übernachtungsspesen von ebenfalls DM 52,00 je Übernachtung zuzüglich Umsatzsteuer spreche nicht gegen ein Unternehmerrisiko. Einen Entgeltanspruch habe er erst dann gehabt, nachdem er die Beratungsleistungen auch erbracht habe. Bei Krankheit oder sonstigen Verhinderungen habe es keine Lohnfortzahlung gegeben. Dies sei im Vergleich zu Arbeitnehmern eine deutliche Schlechterstellung gewesen. Bei schlechter Beratungsleistung hätte die Vergütung gekürzt und das Beratungsverhältnis beendet werden können. Der Firmenwagen sei ihm zur Verfügung gestellt worden, damit er Termine bei Lieferanten und anderen Geschäftspartnern der früheren Beigeladenen zu 2) habe wahrnehmen können. Die Vereinbarung einer Haftungsreduzierung sei bei Unternehmensberatern nichts Ungewöhnliches. Sie betreffe auch nur einen Teil seiner Unternehmerrisiken. Die steuerliche Behandlung der Vergütung spreche auch zu seinen Gunsten. Wenn eine Tätigkeit Mischelemente aufweise, sei es entscheidend, welche Merkmale überwiegen. Dem Willen der Vertragsschließenden sei dabei im Zweifel ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen.

Der Berichterstatter des Senats hat mit Beschluss vom 13. Mai 2005 die frühere BfA Beigeladene zu 3), zum Verfahren beigeladen. Die Beigeladene zu 3) hat den Versicherungsverlauf vom 30. Mai 2005 vorgelegt. Die Beigeladenen zu 1) und 3) haben sich dem Vorbringen der Beklagten angeschlossen, jedoch keine Anträge gestellt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte, einschließlich der Verwaltungsvorgänge der Beigeladenen zu 3) sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist statthaft und zulässig; sie ist auch begründet, weshalb das Urteil des SG vom 22. September 2000 aufzuheben und die Klage abzuweisen ist.

1. Streitgegenstand ist in diesem Verfahren der gegenüber dem Kläger ergangene Bescheid der Beklagten vom 15. Oktober 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05. Februar 1998, mit dem die Beklagte ihm gegenüber aufgrund der Ergebnisse der Betriebsprüfung und der vorgelegten Unterlagen festgestellt hat, dass der Kläger bei der früheren Beigeladenen zu 2) vom 01. Oktober 1992 bis 31. Dezember 1996 gesamtsozialversicherungspflichtig in der Rentenversicherung und zur Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt war. Die frühere Beigeladene zu 2) ist zwischenzeitlich nach Durchführung des Insolvenzverfahrens, das mit Beschluss vom 09. Februar 2005 nach Vollzug der Schlussverteilung aufgehoben wurde, wegen Vermögenslosigkeit nach [§ 141a](#) des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) gelöscht worden, was am 11. Mai 2005 im Handelsregister eingetragen ist, und damit nach [§ 60 Abs. 1 Nr. 7](#) des GmbH-Gesetzes aufgelöst. Damit hatte die frühere Beigeladene zu 2) ihre Beteiligtenfähigkeit (Rechtsfähigkeit) als juristische Person des Privatrechts verloren, weshalb sich deren im SG-Verfahren erfolgte Beiladung erledigt hat. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung daher diese Beiladung durch Beschluss aufgehoben.

Nicht Streitgegenstand sind hier die gegenüber der früheren Beigeladenen zu 2) ergangenen Beitragsbescheide vom 15. Oktober 1997 (Nachforderung von Pflichtbeiträgen zur Rentenversicherung und zur Beigeladenen zu 1) für die Zeit vom 01. Dezember 1992 bis 31. Dezember 1996) in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05. Februar 1998 sowie vom 15. August 2001 (entsprechende Beitragsnachforderung für 1997), die die frühere Beigeladene zu 2) mit ihrer beim Sozialgericht B. anhängig gemachten Klage, die zum Ruhen gebracht wurde, angefochten hatte. Nicht Streitgegenstand ist ebenfalls der Bescheid der Beigeladenen zu 3) vom 23. Dezember 1997, mit dem diese die vom Kläger von Dezember 1992 bis Dezember 1996 geleisteten freiwilligen Beiträge zur Rentenversicherung von insgesamt DM 43.985,00 beanstandet hatte, weil das Bestehen von Versicherungspflicht in dieser Zeit die freiwillige Versicherung ausschließe. Ersichtlich hat auch diese Beanstandung dazu geführt, dass in dem von der Beigeladenen zu 3) vorgelegten Versicherungsverlauf des Klägers in der genannten Zeit Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung bis zur jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze ausgewiesen sind, wie sie auch von der Beklagten der Beitragsnachberechnung im Bescheid vom 15. Oktober 1997 für diese Zeit zugrunde gelegt worden waren. Sie wurden auch als Pflichtbeiträge bei der Berechnung der Altersrente des Klägers ab 01. Februar 2009 berücksichtigt.

2. Der Bescheid der Beklagten vom 15. Oktober 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05. Februar 1998 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten, weshalb das SG der Klage nicht hätte stattgeben dürfen, denn in der streitigen Zeit war der Kläger bei der früheren Beigeladenen zu 2) gesamtsozialversicherungspflichtig in der Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung abhängig beschäftigt.

Der Senat lässt dahingestellt, ob insbesondere nach Auflösung der früheren Beigeladenen zu 2) mit dem Verlust deren Rechtsfähigkeit überhaupt ein Rechtsschutzinteresse des Klägers besteht, die angefochtenen streitbefangenen Bescheide aufzuheben, um seine (mit freiwilligen Beiträgen zur Rentenversicherung belegte) selbstständige Tätigkeit vom 01. Oktober 1992 bis 31. Dezember 1996 festgestellt zu wissen. Aufgrund der im Versicherungsverlauf ausgewiesenen (höheren) Pflichtbeiträge in der Zeit von Dezember 1992 bis Dezember 1996 ergibt sich eher nach dem Rentenbescheid über die Regelaltersrente ab 01. Februar 2009 eine für ihn günstigere Rentenberechnung als aufgrund der in dieser Zeit geleisteten (niedrigeren) freiwilligen Beiträge von insgesamt DM 43.985,00. Es sind die im Versicherungsverlauf aufgrund der tatsächlich geleisteten freiwilligen Beiträge zur Rentenversicherung ausgewiesenen Entgelte vor Dezember bzw. Oktober 1992 und nach Dezember 1996 ersichtlich niedriger als die für die Zeit von Dezember 1992 bis Dezember 1996 ausgewiesenen Entgelte einer versicherungspflichtigen Tätigkeit bis zur Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung. Im Übrigen wäre der Kläger selbst der Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen nicht ausgesetzt und die Beklagte könnte ihrerseits bereits festgestellte Beitragsnachforderungen gegenüber der früheren Beigeladenen zu 2), die ihre Rechtsfähigkeit verloren hat, nicht mehr durchsetzen.

Die Beklagte war hier aufgrund der durchgeführten Betriebsprüfung zur Feststellung der Versicherungspflicht des Klägers nach [§ 28p](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) zuständig.

Versicherungspflichtig in der Rentenversicherung nach (seit 01. Januar 1992) [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung nach (bis 31. Dezember 1997) in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 168 Abs. 1 Satz 1](#) des Arbeitsförderungsgesetzes gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausübung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dem gegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht (BVerfG) [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamturteil der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung vom 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 zur ursprünglich getroffenen Vereinbarung stehende Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht 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 (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 68 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199, 200 ff.](#); BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53, 56](#); jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 17).

Vor diesem Hintergrund bestimmen sich die für die hier streitigen Fragen erheblichen Beziehungen für die Zeit vom 01. Oktober 1992 bis 31. Dezember 1996 nach dem aufgrund des unter dem 01. Oktober 1992 geschlossenen "Beratervertrag", der schon rückwirkend seit 25. Juni 1984 gelten sollte, mit der (Zusatz-)Vereinbarung vom 01. Oktober 1992 über die Zurverfügungstellung eines Firmen-Wagens praktizierten Regelwerk, wobei der Kläger unstreitig seine Tätigkeit für die frühere Beigeladene zu 2) auch bereits 1984 aufgenommen hatte, was auch die bereits am 10. August 1984 für den Kläger eingetragene Einzelprokura belegt.

Die Tätigkeit als "Unternehmensberater" bzw. "Berater" ("Beratervertrag") kann zwar sowohl im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbstständige Tätigkeit als auch im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werden. Hier überwiegen jedoch nach Auffassung des Senats entgegen der Beurteilung des SG die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, diejenigen, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen.

Zwar vermag der Senat nicht davon auszugehen, dass der Kläger in der streitigen Zeit bis 31. Dezember 1996 wie ein Angestellter Betriebsleiter für die frühere Beigeladene zu 2) tätig war, mag er auch nach dem Tod des Betriebsleiters B. im April 1997 noch stärker in die Betriebsorganisation der früheren Beigeladenen zu 2) eingebunden gewesen sein als vorher. Diese Einbindung bei seiner "Beratung" in die von den Geschäftsführern der früheren Beigeladenen zu 2) vorgegebene Betriebsorganisation, was für eine abhängige Beschäftigung spricht, wird dadurch dokumentiert, dass die Beratung in Abstimmung mit der Geschäftsführung zu erfolgen hatte. Bei der Beratungstätigkeit des Klägers handelte es sich insoweit um Dienste höherer Art, bei denen der Kläger im Sinne einer dienenden Teilhabe in der von der Geschäftsführung vorgegebenen Betriebsorganisation tätig war, ohne dass es darauf ankommt, dass der Kläger die Beratungsaufgaben für die frühere Beigeladene zu 2) ausschließlich in deren Betriebsräumen verrichtet hätte. Diese Beratung und Unterstützung durch den Kläger als Betriebswirt war nicht nur punktuell, auf einzelne Aufträge bezogen, sondern umfassend. Dies wird auch durch die laufenden Honorarabrechnungen bestätigt. Sie war im Übrigen bereits seit 1984 auf unbestimmte Zeit langfristig vereinbart mit der insoweit für eine Arbeitnehmerstellung sprechenden Kündigungsregelung in Nr. IV des Beratervertrags. Die Beratertätigkeit für die frühere Beigeladene zu 2), deren Gegenstand die Herstellung und der Vertrieb von Artikeln aus Verbund-Werkstoffen, insbesondere Formteilen für Polstermöbel, Kraftfahrzeugen und Verpackungsformteilen war, erstreckte sich auf alle innerbetrieblichen Entscheidungen der Geschäftsführung. Sie bezog sich auf alle betriebswirtschaftlichen Angelegenheiten, insbesondere Organisation, Produktentwicklung, Finanzierung, Produktionsablauf und Personaleinsatz. Dabei umfasste sie nach den Angaben des Klägers auch die Überwachung der von der Geschäftsführung aufgrund der Beratung getroffenen Entscheidungen (Vorgaben). Dies setzte insoweit Außenkontakte für die frühere Beigeladene zu 2), nämlich auch Fahrten zu Kunden der früheren Beigeladenen zu 2) voraus, mag der Kläger insoweit auch nicht zur Akquise verpflichtet gewesen sein. Für die Durchführung der Beratungstätigkeit einschließlich solcher Fahrten zu Kunden der früheren Beigeladenen

zu 2) stand dem Kläger daher kostenlos ein Firmenfahrzeug zur Verfügung. Der Kläger musste nicht, was sonst eher ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit hätte sein können, ein eigenes Fahrzeug stellen. Als Indiz für seine typische Position eines Angestellten berücksichtigt der Senat auch, was dem SG noch nicht bekannt war, dass dem Kläger von der früheren Beigeladenen zu 2) bereits 1984 die auch noch in der streitigen Zeit bestehende Einzelprokura (vgl. [§§ 48 ff. HGB](#)) erteilt worden war, wonach er ermächtigt war zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handelsgeschäfts (hier der früheren Beigeladenen zu 2)) mit sich brachte (vgl. [§ 49 Abs. 1 HGB](#)). Das Bestehen dieser Prokura widerspricht geradezu der Annahme einer selbstständigen Beratungs- und Unterstützungstätigkeit für die frühere Beigeladene zu 2). Sie stellt also ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass der Kläger mit seinen Diensten höherer Art in die Betriebsorganisation der früheren Beigeladenen zu 2) eingegliedert war. Die Entlohnung des Klägers durch die frühere Beigeladene zu 2) erfolgte auch nicht erfolgsbezogen für einzelne Beratungsaufträge, zumal der Kläger nicht für das Erreichen bestimmter Gewinnziele verantwortlich war (vgl. Nr. VII unter 2. Satz 2 des Beratervertrags). Vielmehr war eine Entlohnung je Arbeitstag, also arbeitszeitbezogen, mit dem Betrag von ursprünglich DM 520,00, der später, wie die vorgelegten Honorarrechnungen ergeben, auf DM 595,00 bzw. DM 620,00 erhöht worden war, zuzüglich Aufwendungsersatz und Spesen. Auch die Beschränkung der Haftung des Klägers nach Nr. VII des Beratervertrags ist Indiz für eine Arbeitnehmerstellung. Der Kläger trug dann ferner, indem ihm ein erfolgsunabhängiges Tageshonorar gezahlt wurde (zuzüglich Aufwendungsersatz und Spesen) und ihm für die Ausübung der Beratertätigkeit auch ein Firmenfahrzeug zur Verfügung stand, kein Unternehmerrisiko, was für eine selbstständige Tätigkeit sprechen könnte. Maßgebend für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also wesentlich ungewiss ist (vgl. zuletzt BSG Urteil vom 28. Mai 2008 - B 12 KR 137 R - RdNr. 26). Insoweit folgt ein Unternehmerrisiko nicht etwa daraus, dass der Kläger eine Honorarforderung erst aufgrund eines von der Geschäftsführung erteilten Beratungsauftrags erwerben konnte. Auch das Fehlen eines vertraglichen Urlaubsanspruchs und eines vertraglichen Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kann nicht als Indiz für ein Unternehmerrisiko gewertet werden. Denn solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn beide Seiten eine selbstständige Unternehmertätigkeit wollten. Letztlich ist dies nicht entscheidend, vielmehr ist das Gesamtbild der Arbeitsleistungen nach den tatsächlichen Verhältnissen maßgebend. Soweit der Kläger geltend macht, er sei nicht zur Beratung für die frühere Beigeladene zu 2) verpflichtet gewesen, ist dies ebenfalls kein wesentliches Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Denn jedenfalls bei Annahme eines Beratungsauftrags war der Kläger an die Vorgaben der Geschäftsführung dazu gebunden. Soweit der Kläger auf seine Betriebsorganisation einer selbstständigen Unternehmensberatung in U., in der seine Ehefrau die anfallenden Bürotätigkeiten verrichtet hat, und auf Beratungstätigkeiten für andere Auftraggeber verweist, die auch die Beigeladene zu 3) für die Zeit des 01. Januar 1999 angenommen hat, ist darauf hinzuweisen, dass die vorgelegten Honorarabrechnungen des Klägers für Februar 1993 und November 1995 über DM 15.755,00 bzw. DM 16.882,00 belegen, dass der Kläger nahezu vollzeitig, d.h. mindestens an 20 bzw. 21 Tagen im Monat, für die frühere Beigeladene zu 2) tätig gewesen ist, so dass ihm, wie jedem vollzeitig tätigen Arbeitnehmer, kaum Möglichkeit gegeben gewesen war, anderweitige Beratungstätigkeiten auszuüben. Auch die im Berufungsverfahren mitgeteilten Gesamthonorarzahlungen an den Kläger beispielsweise für 1993 bis 1996 ergeben durchschnittliche monatliche Zahlungen zwischen DM 12.925,00 und DM 16.105,83, die auf eine nahezu vollzeitige Tätigkeit des Klägers für die frühere Beigeladene zu 2) schließen lassen. Im Übrigen kommt es darauf, wie die jeweilige Beratungstätigkeit für andere Firmen ausgestaltet und zu beurteilen war, hier nicht an. Für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit kann sich der Kläger nicht auf die Nr. II des Vertrags berufen, wonach er an keine festen Arbeitszeiten- und -fristen gebunden war. Dies fällt hier bei einer Gesamtwürdigung für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit ebenso wenig ins Gewicht, wie die Regelung, wonach er ermächtigt war, Tätigkeiten an eigene Mitarbeiter zu delegieren und eigenverantwortlich zu überwachen, unabhängig davon, ob er davon überhaupt Gebrauch gemacht hatte.

Den Ausschlag für eine selbstständige Tätigkeit gibt danach nicht, dass der Kläger und die frühere Beigeladene zu 2) übereinstimmend eine selbstständige Tätigkeit beabsichtigt hatten, indem der Kläger nach Nr. V des Vertrags zur Geltendmachung von Mehrwertsteuer berechtigt war, weshalb er dann auch seine Einnahmen einschließlich der Zahlungen der früheren Beigeladene zu 2) als solche aus selbstständiger Tätigkeit versteuert hat, er ferner selbst auch freiwillige Beiträge zur Rentenversicherung entrichtet, während umgekehrt die frühere Beigeladene zu 2) die Abführung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen eingespart hat.

Im Übrigen ist der angegriffene Feststellungsbescheid, der sich auf die Zeit vom 01. Oktober 1992 bis 31. Dezember 1996 bezieht, nicht deswegen zu beanstanden, weil in dem Schreiben der Beklagten an die frühere Beigeladene zu 2) vom 22. April 1997, in dem ersichtlich die versicherungsrechtliche Beurteilung des Klägers zunächst ausgeklammert war, als Prüfzeit die Zeit vom 01. Dezember 1992 bis 31. Dezember 1995 angegeben war. Auch kann sich der Kläger, der bereits seit 1984 für die frühere Beigeladene zu 2) tätig war, nicht darauf berufen, dass nach dem Schreiben der AOK der Region Hof an die frühere Beigeladene zu 2) vom 03. März 1993 eine bei einer Betriebsberatung am 02. März 1993 erfolgte Kontoabstimmung und Durchsicht der vorgelegten Lohn- und Gehaltsunterlagen keine Beitragsberichtigung ergeben hatte.

Danach war das Urteil des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-05-26