

L 8 (16) R 55/08

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Aachen (NRW)
Aktenzeichen
S 24 R 70/08
Datum
08.09.2008
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 (16) R 55/08
Datum
29.06.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Kläger wird das Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 8.9.2008 geändert. Die Bescheide der Beklagten vom 8.8.2007 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24.4.2008 und die Änderungsbescheide vom 26.1.2010 und 29.6.2011 werden aufgehoben. Es wird festgestellt, dass aufgrund der Tätigkeit des Klägers zu 1) für die Klägerin zu 2) in der Zeit vom 1.11.2006 bis zum 30.9.2008 keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Kläger für das gesamte Verfahren. Im Übrigen sind Kosten nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Kläger wehren sich gegen die Feststellung der Beklagten, dass hinsichtlich der von dem Kläger zu 1) für die Klägerin zu 2) ausgeführten Tätigkeit für die Zeit vom 1.11.2006 bis zum 30.9.2008 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestand.

Der 1971 geborene Kläger zu 1) ist promovierter Maschinenbauer der Fachrichtung Kunststofftechnik. Er arbeitete als solcher u.a. bei einem Arbeitgeber in Österreich. Von dort aus wurde er von dem Geschäftsführer der Klägerin zu 2) G im Jahre 2003 oder 2004 "abgeworben" und bei der Klägerin als Betriebsleiter eingestellt. Seine Hauptaufgabe als Betriebsleiter bestand in der Sicherung und Verbesserung der Produktivität des Werkes der Klägerin zu 2). Darüber hinaus hatte er organisatorische Aufgaben zu erledigen, wie Absprachen mit Behörden, betriebsinterne koordinierende Besprechungen mit anderen Abteilungen, Personalführung etc. Der Kläger zu 1) hatte Personalverantwortung in den ihm zugeordneten fünf Abteilungen, nicht verantwortlich war er hingegen für das Personal in den Bereichen Vertrieb, Verwaltung etc. Für diesen kaufmännischen Bereich war der Geschäftsführer der Klägerin zu 2) G zuständig.

Der Kläger zu 1) gelangte im Verlauf seiner Betriebsleitertätigkeit zu der Überzeugung, dass das bei ihm vorhandene technische Wissen und seine Erfahrung im Bereich der Schaumextrusion im Unternehmen der Klägerin zu 2) nicht umfänglich abgerufen und genutzt wurden. Entsprechend seiner Hoffnung, dieses Wissen am Markt im Rahmen einer freien Beratertätigkeit besser wirtschaftlich nutzen zu können, und seinem Wunsch, betriebsorganisatorische Tätigkeiten aufzugeben und nur noch unter Fokussierung auf sein technisches Wissen arbeiten, einigten sich die Kläger im Laufe des Jahres 2006, die Betriebsleitertätigkeit des Klägers zu 1) im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses mit der Klägerin zu 2) zu beenden. Vereinbarungsgemäß arbeitete der Kläger zu 1) für die Klägerin zu 2) ab dem 1.11.2006 "nur" noch als technischer Berater. Seine Aufgaben als Betriebsleiter übergab er in die Verantwortung eines bereits einige Monate vor diesem Termin neu eingestellten Betriebsleiters.

Den ab dem 1.11.2006 ausgeübten Tätigkeiten lag zunächst der "Beratervertrag" vom 27.10.2006 zugrunde, der folgende Regelungen enthielt:

Präambel:

Herr M war in der Vergangenheit für die J als Betriebsleiter tätig. Das Arbeitsverhältnis ist zwischenzeitlich beendet. Herr M ist nunmehr selbständiger Berater und nicht mehr ausschließlich für die J zuständig. Die Firma J hat allerdings ein wirtschaftliches Interesse daran, dass das know-how von Herrn M im Wege des nachfolgenden Beratervertrages der Gesellschaft erhalten bleibt.

Vor diesem Hintergrund vereinbaren die Parteien was folgt:

§ 1

Aufgabenbereich

(1)
Herr M wird die J in den Bereichen des Brand-, Umwelt-, Immissionsschutz und Abfallwirtschaft als Berater unterstützen und seine diesbezüglichen Erfahrungen und Kenntnisse, die er durch seine Tätigkeit als Betriebsleiter gewonnen hat, als Berater der J zur Verfügung zu stellen.

Sollten in den vorgenannten Bereichen wesentlichen Entscheidungen über Investitionen und/oder über die Einführung von Verfahren und Erzeugnissen, einschließlich der Planung von Betriebsanlagen und der Einführung von Arbeitsverfahren, zu treffen sein, so wird die J Herrn M Gelegenheit zu einer Stellungnahme geben.

(2)

Darüber hinaus wird Herr M die J im Bereich des Arbeitsschutzes beraten. In diesem Zusammenhang obliegen ihm insbesondere

die Vermeidung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren.

Er wird hierzu insbesondere

die erforderlichen Einrichtungen pflegen und instandhalten und, soweit erforderlich, neue Einrichtungen schaffen;

er ist befugt, gegenüber Mitarbeitern die erforderlichen Anordnungen zu treffen und Maßnahmen einzuleiten; er hat insbesondere arbeitsmedizinische Untersuchungen und sonstige arbeitsmedizinische Maßnahmen gemäß den gesetzlichen Vorschriften zu veranlassen. Ihm obliegt insoweit die alleinige Verantwortung.

Darüber hinaus hat er dafür Sorge zu tragen, dass bei der J die Erste Hilfe gemäß den gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet ist.

(3)

Neben den vorgenannten Aufgaben ist Herr M darüber hinaus verantwortlich für

die Aufrechterhaltung der Produktion an allen Produktionstagen.

Dies setzt voraus, dass Herr M an den Produktionstagen immer erreichbar (Telefon, e-Mail) ist. Er ist verpflichtet, dem jeweils Verantwortlichen sämtliche Informationen zu geben, die seine Erreichbarkeit sicherstellen.

Er begleitet und stellt sicher die Einhaltung der DIN ISO 9001:2000, BRC und HACCP. Er berät die J darüber hinaus im Qualitätsmanagement, wobei ihm insbesondere die Überwachung der QM-Mechanismen zur Aufrechterhaltung des QM-Systems obliegt.

(4)

Herr M ist ferner verantwortlich für die Einführung des kompletten Werkzeugbaues für Thermoform-Großwerkzeuge (1000er-Maschinen).

(5)

Er berät die J weiter bei der Einführung von neuen Produkten, wie biologisch abbaubaren Kunststoffen auf Basis nachwachsender Rohstoffe. Er berät die J weiter bei der Sicherstellung einer wirtschaftlichen Produktion von anforderungsgerechten und qualitätskonformen Produkten.

Die Beratertätigkeit umfasst darüber hinaus die Planung und Umsetzung von Neu- und Umplanungen in den Werken der J.

Bei der vorgenannten Aufzählung handelt es sich um keine abschließende. Der Beratungsumfang wird vielmehr zwischen der J und dem Berater gemäß den jeweiligen Erfordernissen angepasst.

Zur Erfüllung seiner Beratertätigkeit ist Herr M berechtigt, die Betriebsstätten der J zu begehen. Im Rahmen seines Aufgabengebietes ist er ferner berechtigt, den Mitarbeitern der J Anweisungen zu erteilen.

§ 2

Status

(1)

Herr M ist freiberuflich tätig, er wird die Beratertätigkeit zu einem großen Teil am Sitz der Gesellschaft erbringen. Ihm wird hierfür ein Arbeitsplatz gestellt. Soweit die Beratertätigkeit Reisen und Arbeiten außerhalb der Betriebsstätten erforderlich macht, ist die vorherige schriftliche Genehmigung der J einzuholen.

(2)

Diese Vereinbarung wird für einen Zeitraum vom 01. November.2006 bis zum Ablauf des 30. Juni 2010 fest geschlossen. Während dieser festen Laufzeit kann der Vertrag von beiden Parteien nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Der Umfang seiner Arbeitsleistung hat in einem angemessenen Verhältnis zum Honorar gem. § 3 dieser Vereinbarung zu stehen.

§ 3

Honorierung

Herr M erhält für seine Beratertätigkeit eine monatliche Vergütung in Höhe von EUR 10.000,00 (in Worten: zehntausend) zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer, die jeweils zum Monatsende gegen Erteilung einer entsprechenden Rechnung zu zahlen ist. Die Zahlungen für die Beratungsleistungen erfolgen auf das Bankkonto von Herrn M bei der N Bank I, Konto-Nr. 000 (BLZ: 000).

§ 4

Schweigepflicht/Wettbewerbsabrede

(1) Herr M verpflichtet sich, über alle Angelegenheiten des Unternehmens strengstes Stillschweigen zu bewahren; dies gilt auch für die Zeit nach seinem Ausscheiden als Berater des Unternehmens.

(2) Herr M unterwirft sich einem Wettbewerbsverbot für die Laufzeit dieses Vertrages sowie für einen Zeitraum von zwei Jahren nach Beendigung dieses Vertrages. In dieser Zeit ist es Herrn M nicht gestattet, für ein Unternehmen tätig zu sein, das Konkurrenzunternehmen der J ist, insbesondere sich mit Kunststofffolien aus geschäumten Polystyrol für den Cateringbereich beschäftigt oder das in einem sonstigen Konkurrenzverhältnis zu J steht.

In dieser Zeit hat er des Weiteren jede unmittelbare und mittelbare Tätigkeit für ein solches Konkurrenzunternehmen zu unterlassen. Er darf sich innerhalb dieses Zeitraumes auch nicht direkt oder indirekt an einem solchen Konkurrenzunternehmen beteiligen.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsverbot sowie die Herrn M auch nachvertragliche Verschwiegenheitspflicht verpflichtet er sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von EUR 10.000,00 (in Worten: zehntausend). Schadenersatzansprüche der Gesellschaft bleiben hiervon unberührt.

Im Übrigen verweisen wir auf die gesetzlichen Vorschriften der [§§ 77 ff](#) Handelsgesetzbuch (HGB).

(3) Herr M verpflichtet sich weiter, sämtliche Unterlagen, die er während seiner Beratertätigkeit erhalten hat, spätestens bei Beendigung des Vertragsverhältnisses an die J zurückzugeben. Er verpflichtet sich weiter, keine Kopien hiervon zurückzuhalten.

(4) Soweit Herr M im Verlauf seiner Tätigkeit Erfindungen macht, die auf seine bei der J gewonnenen Erfahrungen und know-how bzw. deren Lizenzgebern und/oder Subunternehmern zurückzuführen sind, so steht dieses Recht der J zu.

(5) Vertragsänderungen bedürfen der Schriftform; dies gilt auch für die Ersetzung des Schriftformerfordernisses.

(6) Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ungültig sein oder werden, so berührt dies die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht. Anstelle der unwirksamen Regelungen ist eine Regelung zu vereinbaren, die dem der unwirksamen Vorschrift verfolgten wirtschaftlichen Zweck am nächsten kommt.

(7) Erfüllungsort und Gerichtsstand ist der Sitz des Unternehmens und das dafür zuständige Amts- und Landgericht.

Diesen Vertrag änderten die Kläger durch "Dienstleistungsvertrag für Berater" vom 23.3.2007 für die Zeit ab dem 1.4.2007. Der Vertrag vom 23.3.2007 enthält die folgenden Regelungen:

Präambel

Die Parteien erklären, dass der Beratervertrag vom 27.10.2006 von beiden Seiten zum 31. März 2007 gekündigt wird.

§ 1 Vertragsgegenstand

Der Berater übernimmt nach Absprache mit der Geschäftsführung der Auftraggeberin in freier Mitarbeiterschaft die Beratung der Auftraggeberin in Fragen, die folgende Fachgebiete betreffen.

(1) Herr M wird die J in den Bereichen des Brand-, Umwelt-, Immissionsschutz und Abfallwirtschaft als Berater unterstützen und seine diesbezüglichen Erfahrungen und Kenntnisse, die er durch seine Tätigkeit als Betriebsleiter gewonnen hat, als Berater der J zu Verfügung stellen.

Sollten in den vorgenannten Bereichen wesentlichen Entscheidungen über Investitionen und/oder über die Einführung von Verfahren und Erzeugnissen, einschließlich der Planung von Betriebsanlagen und der Einführung von Arbeitsverfahren, zu treffen sein, so wird die J Herrn M Gelegenheit zu einer Stellungnahme geben.

(2) Darüber hinaus wird Herr M die J im Bereich des Arbeitsschutzes beraten. In diesem Zusammenhang obliegen ihm insbesondere

- die Vermeidung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren.

Er wird hierzu insbesondere

- die erforderlichen Einrichtungen pflegen und instand halten und, soweit erforderlich, neue Einrichtungen schaffen;
- er ist befugt, gegenüber Mitarbeitern die erforderlichen Anordnungen zu treffen und Maßnahmen einzuleiten; er hat insbesondere arbeitsmedizinische Untersuchungen und sonstige arbeitsmedizinische Maßnahmen gemäß den gesetzlichen Vorschriften zu veranlassen. Ihm obliegt insoweit die alleinige Verantwortung.
- Darüber hinaus hat er dafür Sorge zu tragen, dass bei der J die Erste Hilfe gemäß den gesetzlichen Bestimmungen gewährleistet ist.

(3) Neben den vorgenannten Aufgaben ist Herr M darüber hinaus verantwortlich für

- die Aufrechterhaltung der Produktion an allen Produktionstagen.

Dies setzt voraus, dass Herr M an den Produktionstagen immer erreichbar (Telefon, e-Mail) ist. Er verpflichtet sich, dem jeweiligen Verantwortlichen sämtliche Informationen zu geben, die seine Erreichbarkeit sicherstellen.

- Er begleitet und stellt sicher die Einhaltung der DIN ISO 9001:200, BRC und HACCP. Er berät die J darüber hinaus im Qualitätsmanagement, wobei ihm insbesondere die Überwachung der QM-Mechanismen zur Aufrechterhaltung des QM-Systems obliegt.

(4)

Herr M ist ferner verantwortlich für die Einführung des kompletten Werkzeugbaues für Thermoform-Großwerkzeuge (1000er-Maschinen).

(5)

Er berät die J weiter bei der Einführung von neuen Produkten, wie biologisch abbaubaren Kunststoffen auf Basis nachwachsender Rohstoffe.

Er berät die J weiter bei der Sicherstellung einer wirtschaftlichen Produktion von anforderungsgerechten und qualitätskonformen Produkten.

Die Beratertätigkeit umfasst darüber hinaus die Planung und Umsetzung von Neu- und Umplanungen in den Werken der J.

Bei der vorgenannten Aufzählung handelt es sich um keine abschließende. Der Beratungsumfang wird vielmehr zwischen der J und dem Berater gemäß den jeweiligen Erfordernissen angepasst.

Herr M wird in Zukunft den noch neu einzustellenden Betriebsleiter tatkräftig in seiner Einarbeitung unterstützen.

Zur Erfüllung seiner Beratertätigkeit ist Herr M berechtigt, die Betriebsstätten der J zu begehen. Im Rahmen seines Aufgabengebietes ist er ferner berechtigt, den Mitarbeitern der J Anweisungen zu erteilen.

Der Berater wird die ihm erteilten Aufträge sachgemäß und termingerecht erfüllen. Im Falle der Verzögerung von einzelnen Aufträgen wird er die Auftraggeberin unverzüglich unterrichten.

Er darf Dritte zur Erfüllung der Aufgaben hinzuziehen.

§ 2 Vertragsdauer

Das Dienstverhältnis beginnt am 01.04.2007 und endet - ohne dass es einer Kündigung bedarf - mit Ablauf des 31.12.2008 und kann während dieser Zeit nur aus wichtigem Grund gekündigt werden.

Wird das Dienstverhältnis über den 31.12.2008 hinaus fortgesetzt, ist es beiderseits mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende kündbar.

Eine Kündigungserklärung ist schriftlich abzugeben. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt unberührt.

§ 3 Dienstzeit und Dienstort

Der Berater bestimmt die Gestaltung seiner Dienstzeit sowie seinen Dienstort nach pflichtgemäßem Ermessen. Er wird jedoch der Auftraggeberin mindestens 10 Mal im Monat ganztägig in deren Hause zur Verfügung stehen.

§ 4 Vergütung

Der Berater erhält für seine Tätigkeit je Einsatztag eine Vergütung in Höhe von 500,00 Euro (gerechnet auf eine 8stündige Tätigkeit, ansonsten anteilig) zzgl. Umsatzsteuer in gesetzlicher Höhe.

Die Vergütung ist jeweils zum Monatsende fällig, wobei der Berater der Auftraggeberin jeweils vorab eine Monatsabrechnung über seine Tätigkeiten zu erstellen hat.

Mit der Vergütung ist auch die Hinzuziehung dritter Personen abgegolten.

Außergewöhnliche Beratungsleistungen, insbesondere die Anfertigung umfangreicher Gutachten, werden nach vorheriger Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien ggf. anderweitig vergütet. Klarstellend: Anspruch auf die Vergütung besteht nur bei tatsächlicher Arbeitsleistung. Abwesenheitszeiten wie bei Urlaub oder Krankheit werden nicht vergütet.

Der Berater wird die Vergütung im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung angeben. Die Parteien sind sich darüber einig, dass keine Verpflichtung zum Lohnsteuer- und Sozialversicherungsabzug besteht.

§ 5 Aufwendungen und Reisekosten

Die Auftraggeberin erstattet dem Berater alle im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit anfallenden notwendigen Aufwendungen, insbesondere anfallende Porto- und Telefonkosten, und stellt ihm die für seine Tätigkeit erforderlichen Materialien.

Reisekosten werden nur nach vorheriger Vereinbarung erstattet und dann im Regelfall nach folgenden Bedingungen: Die Reisekosten werden in tatsächlich angefallener Höhe ersetzt. Bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel werden nur Fahrtkosten der 2. Klasse ersetzt. Bei Benutzung des eigenen Pkws werden 0,27 EUR je gefahrenem Kilometer ersetzt. Der Berater ist verpflichtet, ein Fahrtenbuch zu führen.

Die Tagesspesen werden bei Inlandseinsätzen nach den gesetzlich geltenden Verpflegungspauschalen täglich ersetzt, bei Auslandseinsätzen nach vorheriger Vereinbarung. Übernachtungsspesen werden pauschaliert in der gesetzlichen Höhe je Übernachtung erstattet.

§ 6 Urheberrecht

Die Vertragschließenden sind sich darüber einig, dass urheberrechtlich geschützte Arbeitsergebnisse der Auftraggeberin zustehen. Die Auftraggeberin kann in jeder Phase der Erstellung die Herausgabe der Arbeitsergebnisse verlangen.

Mit der Erledigung des jeweiligen Auftrages geht das ausschließliche Nutzungsrecht ohne urheberrechtliche Begrenzung auf die Auftraggeberin über. Mit dem in § 4 geregelten Honorar sind auch alle Urheberrechte abgegolten.

§ 7 Wettbewerbsverbot

Während der Laufzeit des Vertrages ist dem Berater eine anderweitige Tätigkeit für solche Unternehmen gestattet, die nicht mit der Auftraggeberin konkurrieren.

Tätigkeiten für ein mit der Auftraggeberin konkurrierendes Unternehmen sind während der Laufzeit dieses Vertrages nur nach vorheriger Zustimmung der Auftraggeberin gestattet. Auf eine Zustimmung der Auftraggeberin besteht kein Anspruch des Beraters.

Es ist dem Berater nicht gestattet, während der Laufzeit dieses Vertrages ein Konkurrenzunternehmen zu gründen.

§ 8 Verschwiegenheitspflicht

Der Berater verpflichtet sich, über alle ihm bei seiner Tätigkeit bekannt gewordenen betrieblichen und geschäftlichen Angelegenheiten der Auftraggeberin auch nach Beendigung dieses Vertrages Stillschweigen zu bewahren, soweit er nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften zur Auskunftserteilung verpflichtet ist.

Darüber hinaus verpflichtet er sich, die ihm zum Zwecke der Beratertätigkeit überlassenen Geschäftsunterlagen sorgfältig zu verwahren, gegen Einsichtnahme Dritter zu schützen und nach Aufforderung durch die Auftraggeberin, spätestens bei Beendigung des Beratervertrages, an die Auftraggeberin zurückzureichen. Die Herausgabepflicht erstreckt sich auf alle Unterlagen (einschließlich eventueller Fotokopien, Sicherungsdateien) und Gegenstände, die im Eigentum oder zur Verfügung der Auftraggeberin stehen.

Bei einem Verstoß gegen die vorstehenden Bestimmungen verpflichtet sich der Berater, vorbehaltlich eines weitergehenden Schadensersatzanspruchs, zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen gemäß § 4.

§ 9 Schlussbestimmungen

Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen dieses Vertrages berührt nicht die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen. Die Parteien verpflichten sich, anstelle einer unwirksamen Bestimmung eine gültige Vereinbarung zu treffen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem der unwirksamen so weit wie möglich entspricht.

Erfüllungsort und Gerichtsstand ist der Sitz der Auftraggeberin und das dafür zuständige Gericht.

Auch die neu getroffene Vereinbarung wurde nochmals für die Zeit ab 1.8.2007 durch Vertrag vom 1.8.2007 geändert und wie folgt gefasst:

§ 1 Vertragsgegenstand

Der Berater übernimmt nach Absprache mit der Geschäftsführung der Auftraggeberin in freier Mitarbeiterschaft die Beratung der Auftraggeberin in Fragen, die folgende Fachgebiete betreffen.

(1)

Herr M wird die J Betriebsgesellschaft mbH in den Bereichen des Brand-, Umwelt- sowie Immissionsschutzes und der Abfallwirtschaft als Berater unterstützen.

Vor wesentlichen Entscheidungen über Investitionen und / oder über die Einführung von Verfahren und Erzeugnissen, einschließlich der Planung von Betriebsanlagen und der Einführung von Arbeitsverfahren wird Herr M auf Anforderung der Auftraggeberin gutachterlich Stellung nehmen.

(2)

Darüber hinaus wird Herr M die J im Bereich des Arbeitsschutzes beraten. In diesem Zusammenhang obliegen ihm insbesondere

- die Vermeidung von Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren.

(3)

Herr M berät die J hinsichtlich der Einführung des Werkzeugbaues für Thermoform-Großwerkzeuge (1000er-Maschinen).

(4)

Er berät die J weiter bei der Einführung von neuen Produkten, wie biologisch abbaubaren Kunststoffen auf Basis nachwachsender Rohstoffe.

Herr M koordiniert die Zusammenarbeit mit Forschungspartnern und berät die J Betriebsgesellschaft mbH bei Möglichkeiten der Förderfähigkeit dieser und weiterer Projekte.

Bei der vorgenannten Aufzählung handelt es sich um keine abschließende. Der Beratungsumfang wird vielmehr zwischen der J Betriebsgesellschaft und dem Berater gemäß den jeweiligen Erfordernissen angepasst.

Zur Erfüllung seiner Beratertätigkeit ist Herr M berechtigt, die Betriebsstätten der J Betriebsgesellschaft mbH zu begehren.

Der Berater wird die ihm erteilten Aufträge sachgemäß und termingerecht erfüllen. Im Falle der Verzögerung von einzelnen Aufträgen wird er die Auftraggeberin unverzüglich unterrichten.

Herr M ist unterstützend tätig für die Schulung im Bereich Maschinentechnik und Herstellungsverfahren im Bereich Extrusion.

Er darf Dritte zur Erfüllung der Aufgaben hinzuziehen.

§ 2 Vertragsdauer

Das Dienstverhältnis beginnt am 01.08.2007 und endet - ohne dass es einer Kündigung bedarf - mit Ablauf des 31.12.2008 und kann während dieser Zeit nur aus wichtigem Grund gekündigt werden.

Wird das Dienstverhältnis über den 31.12.2008 hinaus fortgesetzt, ist es beiderseits mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende kündbar.

Eine Kündigungserklärung ist schriftlich abzugeben. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt unberührt.

§ 3 Dienstzeit und Dienstort

Der Berater bestimmt die Gestaltung seiner Dienstzeit sowie seinen Dienstort nach pflichtgemäßem Ermessen.

§ 4 Vergütung

Der Berater erhält für seine Tätigkeit je Einsatztag eine Vergütung in Höhe von 650,00 Euro (gerechnet auf eine 8stündige Tätigkeit, ansonsten anteilig) zzgl. Umsatzsteuer in gesetzlicher Höhe.

Über seine Tätigkeit erstellt Herr M monatlich eine Rechnung.

Mit der Vergütung ist auch die Hinzuziehung dritter Personen abgegolten.

Außergewöhnliche Beratungsleistungen, insbesondere die Anfertigung umfangreicher Gutachten, werden nach vorheriger Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien ggf. anderweitig vergütet.

Klarstellend: Anspruch auf die Vergütung besteht nur bei tatsächlicher Arbeitsleistung. Abwesenheitszeiten wie bei Urlaub oder Krankheit werden nicht vergütet.

Der Berater wird die Vergütung im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung angeben. Die Parteien sind sich darüber einig, dass keine Verpflichtung zum Lohnsteuer- und Sozialversicherungsabzug besteht.

§ 5 Aufwendungen und Reisekosten

Die Auftraggeberin erstattet dem Berater alle im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit anfallenden notwendigen Aufwendungen, insbesondere anfallende Porto- und Telefonkosten, und stellt ihm die für seine Tätigkeit erforderlichen Materialien.

Reisekosten werden nur nach vorheriger Vereinbarung erstattet und dann im Regelfall nach folgenden Bedingungen:

Die Reisekosten werden in tatsächlich angefallener Höhe ersetzt. Bei der Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel werden nur Fahrtkosten der 2. Klasse ersetzt. Bei Benutzung des eigenen Pkws werden 0,27 EUR je gefahrenem Kilometer ersetzt. Der Berater ist verpflichtet, ein Fahrtenbuch zu führen.

Die Tagesspesen werden bei Inlandseinsätzen nach den gesetzlich geltenden Verpflegungspauschalen täglich ersetzt, bei Auslandseinsätzen nach vorheriger Vereinbarung. Übernachtungsspesen werden pauschaliert in der gesetzlichen Höhe je Übernachtung erstattet.

§ 6 Urheberrecht

Die Vertragsschließenden sind sich darüber einig, dass urheberrechtlich geschützte Arbeitsergebnisse der Auftraggeberin zustehen. Die Auftraggeberin kann in jeder Phase der Erstellung die Herausgabe der Arbeitsergebnisse verlangen.

Mit der Erledigung des jeweiligen Auftrages geht das ausschließliche Nutzungsrecht ohne urheberrechtliche Begrenzung auf die Auftraggeberin über. Mit dem in § 4 geregelten Honorar sind auch alle Urheberrechte abgegolten.

§ 7 Wettbewerbsverbot

Während der Laufzeit des Vertrages ist dem Berater eine anderweitige Tätigkeit für solche Unternehmen gestattet, die nicht mit der Auftraggeberin konkurrieren.

Tätigkeiten für ein mit der Auftraggeberin konkurrierendes Unternehmen sind während der Laufzeit dieses Vertrages nur nach vorheriger Zustimmung der Auftraggeberin gestattet. Auf eine Zustimmung der Auftraggeberin besteht kein Anspruch des Beraters.

Es ist dem Berater nicht gestattet, während der Laufzeit dieses Vertrages ein Konkurrenzunternehmen zu gründen.

§ 8 Verschwiegenheitspflicht

Der Berater verpflichtet sich, über alle ihm bei seiner Tätigkeit bekannt gewordenen betrieblichen und geschäftlichen Angelegenheiten der Auftraggeberin auch nach Beendigung dieses Vertrages Stillschweigen zu bewahren, soweit er nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften zur Auskunftserteilung verpflichtet ist.

Darüber hinaus verpflichtet er sich, die ihm zum Zwecke der Beratertätigkeit überlassenen Geschäftsunterlagen sorgfältig zu verwahren,

gegen Einsichtnahme Dritter zu schützen und nach Aufforderung durch die Auftraggeberin, spätestens bei Beendigung des Beratervertrages, an die Auftraggeberin zurückzureichen. Die Herausgabepflicht erstreckt sich auf alle Unterlagen (einschließlich eventueller Fotokopien, Sicherungsdateien) und Gegenstände, die im Eigentum oder zur Verfügung der Auftraggeberin stehen.

Bei einem Verstoß gegen die vorstehenden Bestimmungen verpflichtet sich der Berater, vorbehaltlich eines weitergehenden Schadensersatzanspruchs, zur Zahlung einer Vertragsstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen gemäß § 4.

§ 9 Schlussbestimmungen

Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

Die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen dieses Vertrages berührt nicht die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen. Die Parteien verpflichten sich, anstelle einer unwirksamen Bestimmung eine gültige Vereinbarung zu treffen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem der unwirksamen so weit wie möglich entspricht.

Erfüllungsort und Gerichtsstand ist der Sitz der Auftraggeberin und das dafür zuständige Gericht.

Der erste Vertrag wurde von dem Kläger zu 1) in Abstimmung mit seinem Steuerberater entworfen. Die nachfolgenden Vertragsänderungen ergaben sich insbesondere aus Erfahrungen, die der Kläger zu 1) durch den Abschluss von (ähnlichen) Beraterverträgen mit anderen Auftraggebern gewonnen hatte. In diesen fanden sich Klauseln, die die Kläger in die geänderten Verträge übernahmen, da sie die tatsächliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses besser trafen als die ursprünglichen. Zum Teil wurden Passagen vom Kläger zu 1) auch aus dem Internet kopiert.

Ab November 2006 war die Tätigkeit des Klägers zu 1) für die Klägerin zu 2) insbesondere durch die Durchführung bestimmter Projekte geprägt. Insbesondere beriet er die Klägerin zu 2) beim Kauf bestimmter Produktionsmaschinen (1000er Maschinen) und leitete den Kaufvorgang in technischer Hinsicht. Der Beratungsbedarf konnte dabei länger, ggf. auch über ein halbes Jahr mehrere Tage in der Woche in Anspruch nehmen, wobei der konkrete Umfang vorausschauend nicht bis ins Detail geplant werden konnte, wie auch nicht absehbar war, zu welchem Zeitpunkt welcher Beratungsbedarf anfallen würde. Hinsichtlich der weiteren Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen der Kläger wird auf die Sitzungsniederschriften vom 16.2. und 29.6.2011 Bezug genommen.

Bis September 2008 arbeitete der Kläger zu 1) bei der Klägerin zu 2) im Durchschnitt an etwa 15 Tagen im Monat. Daneben führte er Aufträge für andere Vertragspartner ebenfalls im Rahmen von Beraterverträgen aus und betrieb Akquise in eigener Sache. Ab September 2008 verringerte er sein berufliches Engagement für die Klägerin zu 2) abermals. Im manchen Monaten war er wie zuvor noch bis zu 15 Tage für die Klägerin tätig, in anderen nur wenige Tage und in einigen Monaten gar nicht mehr. Auch gegenwärtig führt der Kläger zu 1) für die Klägerin zu 2) noch Tätigkeiten in dem vorbeschriebenen zeitlichen Umfang aus.

Anlässlich der Änderung des Vertragsverhältnisses zwischen den Klägern zum November 2006 beantragte der Kläger zu 1) gem. § 7a Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) bei der Beklagten am 27.12.2006 die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Im Formantrag gab er u.a. an, seine vorherige Haupttätigkeit sei die Steuerung der Extrusion inklusive der Optimierung der Prozesse gewesen. Die Extrusion produziere mittlerweile ca. 30 t (nach zuvor 20 t) pro Tag. Die Steuerung der Extrusion erfolge jetzt durch zwei andere Kollegen. Seine neue Tätigkeit habe demgegenüber übergeordneten Charakter und gliedere sich in drei Hauptbereiche. Einmal die Tätigkeit als Betriebsbeauftragter, vergleichbar mit der Tätigkeit eines externen Sicherheitsbeauftragten als Gegenspieler bzw. Kontrolleur zur Geschäftsführung, zum zweiten die Rufbereitschaft bei Produktionstagen und schließlich die Tätigkeit eines technischen Beraters, ähnlich der eines Technologie-Scouts. Die meisten Tätigkeiten erfolgten vor Ort bei der Klägerin zu 2). Es sei beabsichtigt, mittelfristig drei feste Auftraggeber mit festen monatlichen Beträgen von zumindest 10.000,00 EUR zu akquirieren. Zurzeit gebe es neben der Klägerin zu 2) drei weitere Auftraggeber, wobei von diesen für das Folgejahr ein Auftragsvolumen von ca. 30.000,00 EUR bei einem zu erwartenden Umsatz mit der Beklagten i.H.v. 120.000,00 EUR angestrebt werde.

Nach Anhörung der Kläger stellte die Beklagte mit Bescheiden vom 8.7.2007 gegenüber den Klägern festgestellt, dass der Kläger zu 1) bei der Klägerin zu 2) seit dem 1.11.2006 seine Tätigkeit als Berater im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Nach der Aufgabenbeschreibung handele es sich bei der Tätigkeit nicht um eine reine Beratertätigkeit, sondern auch um Tätigkeiten innerhalb des Produktionsablaufes mit Weisungsbefugnis gegenüber den Mitarbeitern. Die Tätigkeit werde in einer fremdbestimmten Arbeitsorganisation ausgeübt. Sie sei darüber hinaus zunächst mit einem Festgehalt vergütet worden. Ab dem 1.4.2007 habe der Kläger zu 1) sich zumindest auf ein monatliches Entgelt von 5.000,00 EUR verlassen dürfen. Es habe darüber hinaus eine Präsenzpflcht an einer Mindestanzahl von Arbeitstagen pro Monat gegeben. Darüber hinaus hätten die Beraterverträge keine Vereinbarung über eine Gewährleistungs- oder Haftpflicht des Klägers zu 1) enthalten. Das Fehlen einer solchen Regelung spräche gegen das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit. Der Kläger zu 1) sei auch insofern in die Organisation der Klägerin zu 2) eingegliedert, als er die Aufgabe habe, fest angestellte Mitarbeiter (bei deren Abwesenheit) zu vertreten; er trage überdies kein unternehmerisches Risiko.

Mit ihren Widersprüchen trugen die Kläger vor: Die Beklagte berücksichtige bei der Beurteilung des Sachverhaltes nicht ausreichend, dass die Tätigkeit des Klägers zu 1) für die Klägerin zu 2) nur einen Teil seiner Tätigkeit darstelle und er auch als Berater für andere Firmen tätig sei. Soweit im Bescheid angeführt werde, dass die im Beratervertrag vereinbarte Anwesenheitspflicht gegen das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit spreche, sei der Kläger zu 1) in der Einteilung seiner Arbeitszeit vollkommen frei gewesen. Auch sei es zwischen den Vertragsparteien nicht so gehandhabt worden, dass die im Vertrag festgelegten 10 Tage als starre, unabdingbar einzuhaltende Arbeitszeit angesehen worden seien. Die Tätigkeit des Klägers zu 1) sei vielmehr nach Bedarf erfolgt. Die im Vertrag aufgeführten Zeiten orientierten sich lediglich an den Erfahrungen aus der Vergangenheit. Es handele sich um eine deklaratorische Wiedergabe der zu erwartenden Tätigkeitszeiten. In der Zwischenzeit sei der Beratervertrag zudem aufgrund dieser missverständlichen Formulierungen den tatsächlichen Gegebenheiten (für die Zeit ab 1.8.2007) abermals angepasst worden. Darüber hinaus hafte der Kläger zu 1) persönlich für Fehler im Rahmen seiner selbstständigen Tätigkeit persönlich. Es bestehe diesbezüglich eine Berufshaftpflichtversicherung. Da die Risiken des Klägers zu 1) jedoch weit über der mit der Versicherung vereinbarten Versicherungshöchstsumme lägen, trage er ein erhebliches unternehmerisches Risiko. Der Kläger zu 1) sei zudem keineswegs in dem Maße in die Ablauforganisation der Klägerin zu 2) eingebunden, wie dies bei einem fest angestellten Mitarbeiter (in ähnlicher Funktion) wäre.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 24.4.2008 wies die Beklagte im Wesentlichen aus den Gründen des angefochtenen Bescheides die Widersprüche der Kläger zurück, wogegen diese unter dem 26. bzw. 28.5.2008 Klage unter Intensivierung ihres bisherigen Vortrags erhoben haben. Ergänzend haben die Kläger ausgeführt, dass aufgrund der vereinbarten Rufbereitschaft nicht von einer Eingliederung in den typischen Produktionsablauf der Klägerin zu 2) auszugehen sei. Die Rufbereitschaft komme nur zum Tragen, wenn die angestellten Abteilungsleiter der Klägerin zu 2) nicht zugegen seien. Darüber hinaus habe durch seine, eines Externen, Rufbereitschaft sichergestellt werden sollen, dass zunächst das Schichtpersonal einen größeren Anreiz habe, selber zu versuchen, auftretende Probleme zu lösen, bevor weitere Personen kontaktiert würden. Die Rufbereitschaft sei mit einem externen Wachdienst vergleichbar. Der Kläger zu 1) habe Problemlösungen nicht wie ein Arbeitnehmer vorgenommen, sondern lediglich als Schaltstelle fungiert, die für die Problemlösung und das Informieren der jeweils verantwortlichen Stellen Sorge. Auch spreche seine Anwesenheitspflicht an 10 Tagen im Monat bei der Klägerin zu 2) nicht für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Er sei bei der Einteilung seiner Arbeitszeiten vollkommen frei gewesen und seine Tätigkeit bei der Klägerin zu 2) nach Bedarf erfolgt. Richtig sei zwar, dass der Kläger zu 1) für die Zeit seiner Anwesenheit bei der Klägerin zu 2) die dortigen Arbeitsmittel teilweise genutzt habe. Der Kläger zu 1) habe jedoch keinen festen Arbeitsplatz gehabt, sondern nur einen Büroplatz genutzt, der gerade frei gewesen sei. Während seiner Anwesenheit habe er im Übrigen immer seinen eigenen Laptop zur Hand gehabt. Die Klägerin zu 2) hat ergänzend darauf hingewiesen, dass es dem Kläger zu 1) zu Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten (schriftvertraglich) gestattet gewesen sei, dritte Personen hinzuzuziehen, wovon er auch bereits Gebrauch gemacht habe; die Hinzunahme dritter Personen sei in einem Arbeitsverhältnis aber grundsätzlich nicht statthaft. Der Umstand, dass der Kläger zu 1) als Berater nicht nur für die Planung, sondern auch für die Umsetzung von Neu- und Umplanungen in den Werken der Klägerin zu 2) zuständig gewesen sei, sei kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Auch ein Architekt, der über die Planungsphase hinaus in der Umsetzungsphase weiter beratend tätig werde, werde hierdurch nicht zum Arbeitnehmer des Bauherrn.

Die Kläger haben übereinstimmend beantragt,

die Bescheide vom 8.8.2007 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24.4.2008 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger zu 1) bei der Klägerin zu 2) ab dem 1.11.2006 als Selbstständiger gearbeitet hat.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat bezieht sich zur Begründung im Wesentlichen auf die Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden bezogen.

Nachdem das Sozialgericht (SG) den Kläger zu 1) und den Geschäftsführer der Klägerin zu 2) in der mündlichen Verhandlung vom 8.9.2008 ergänzend befragt hat, hat es die Klage mit Urteil vom selben Tage abgewiesen. Auf die Urteilsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das dem Kläger zu 1) am 16.9.2008 und der Klägerin zu 2) am 17.9.2008 zugestellte Urteil haben der Kläger zu 1) am 14.10.2008 und die Klägerin zu 2) am 15.10.2008 unter Intensivierung des erstinstanzlichen Vorbringens jeweils Berufung eingelegt.

Mit Bescheiden vom 26.1.2010 hat die Beklagte die Bescheide vom 8.8.2007 gegenüber den Klägern geändert. Sie stellt nunmehr fest, dass der Kläger zu 1) in seiner seit dem 1.11.2006 bei der Klägerin zu 2) ausgeübten Beschäftigung als Berater der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt. Der Berichterstatter des Senats hat die Angelegenheit mit den Beteiligten in einem Erörterungstermin vom 16.2.2011 erörtert und den Kläger zu 1) sowie den Geschäftsführer der Klägerin zu 2) G befragt. Hinsichtlich des genauen Inhalts der Darstellungen wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen. Die Beklagte hat anschließend die Bescheide vom 8.8.2007 und 26.1.2010 sowie den Widerspruchsbescheid vom 24.4.2008 dahingehend geändert, dass hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers zu 1) für die Klägerin zu 2) ab dem 1.10.2008 keine Versicherungspflicht in der Sozialversicherung mehr besteht. Die Kläger haben den Rechtsstreit insofern für erledigt erklärt.

Im Übrigen beantragen die Kläger:

das Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 8.9.2008 zu ändern und unter Aufhebung der Bescheide vom 8.8.2007 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24.4.2008, der Änderungsbescheide vom 26.1.2010 und 29.6.2011 festzustellen, dass hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers zu 1) für die Klägerin zu 2) auch in der Zeit vom 1.11.2006 bis zum 30.9.2008 keine Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung bestanden hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufungen gegen das Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 8.9.2008 zurückzuweisen und die Klagen gegen die Bescheide vom 26.1.2010 und 29.6.2011 abzuweisen.

Sie hält das Urteil des SG und die angefochtenen Verwaltungsentscheidungen für richtig.

Die Beigeladenen sind zur zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen und haben auch keine Anträge gestellt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf die Inhalte der Prozessakte und der Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen. Die Akten sind ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat kann in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) und 2) verhandeln und entscheiden, nachdem er sie mit der ordnungsgemäßen Terminalschrift auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Gegenstand des Rechtsstreits sind die Bescheide der Beklagten vom 8.8.2007 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24.4.2008 sowie die ergänzenden Bescheide vom 26.1.2010 und 29.6.2011, die gem. [§§ 153 Abs. 1, 96 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden sind und über die der Senat folglich auf Klage entscheidet (vgl. LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 31.3.2010, [L 6 R 3/09](#), NZS 2011, 106). Damit ist zwischen den Beteiligten nur noch streitig, ob die Tätigkeit des Klägers zu 1) für die Klägerin zu 2) in der Zeit vom 1.11.2006 bis zum 30.9.2008 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat

Die zulässigen Berufungen der Kläger sind begründet. Das Urteil des SG ist zu ändern. Die streitgegenständlichen Bescheide sind aufzuheben, da sie rechtswidrig sind und die Kläger in ihren Rechten verletzen. Darüber hinaus ist festzustellen, dass aufgrund der Tätigkeit des Klägers zu 1) für die Klägerin zu 2) in dem noch streitgegenständlichen Zeitraum keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat.

Versicherungspflicht in der Renten- bzw. Arbeitslosenversicherung könnte im vorliegenden Fall allein gemäß [§§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), 25 Abs. 1 Satz 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch bestehen. Danach ist Voraussetzung jeweils eine abhängige Beschäftigung im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 2](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Beschäftigung ist die nicht selbstständige 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. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (BSG, Urteil v. 1.12.1977, [12/3/12 RK 39/74](#), SozR 2200 § 1127 Nr. 8; v. 4.6.1998, [B 12 KR 5/97](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 13; v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; v. 22.6.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 5; v. 24.1.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 7; v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45; v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgeblich ist die zwischen den Beteiligten praktizierte Rechtsbeziehung und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. Ausgangspunkt der Prüfung sind dabei jeweils die vertraglichen Vereinbarungen, soweit solche bestehen. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen.

Ausgehend davon hat der Kläger zu 1) im Streitzeitraum zur Klägerin zu 2) nicht in einer abhängigen Beschäftigung gestanden. Entgegen der Auffassung des SG zeigen die Bewertung und Gewichtung der genannten Abgrenzungsmerkmale, dass das praktizierte Vertragsverhältnis überwiegend dem eines selbstständig Tätigen entspricht, der qualifizierte technische Beratungsdienste für verschiedene Auftraggeber anbietet, wohingegen die Aspekte, die für eine Qualifikation der Tätigkeit als die eines abhängig Beschäftigten sprechen, in der Gesamtschau in den Hintergrund treten.

1. Bei der Bewertung und Gewichtung der Kriterien sind aus systematischen Gründen auch im Rahmen von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die im SGB VI zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertungen zu beachten. Nach [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) sind als sog. arbeitnehmerähnliche Selbstständige versicherungspflichtig Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbstständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen und auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind. Damit hat der Gesetzgeber typisierend deutlich gemacht, dass eine Tätigkeit auch dann als selbstständige Tätigkeit qualifiziert werden kann, wenn Personen zu ihrer Verrichtung im Wesentlichen oder ausschließlich ihre eigene Arbeitskraft einsetzen und dass die Tätigkeit für einen einzigen Auftraggeber für sich genommen Selbstständigkeit gleichfalls nicht ausschließt (Fassung des § 2 Satz 1 Nr. 9 durch Art. 2 Nr. 1 Buchst. b) des Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit v. 20.12.1999 [[BGBl. 2000 I, S. 2](#)]). In Abgrenzung zur abhängigen Beschäftigung lässt sich dabei den Gesetzesmaterialien entnehmen, dass der Gesetzgeber gerade hinsichtlich des Kriteriums der Beschäftigung für nur einen Auftraggeber Existenzgründungen nicht erschweren wollte. So seien neben zeitlichen auch wirtschaftliche Kriterien und branchenspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen. Im Übrigen komme es darauf an, ob der Auftragnehmer nach seinem Unternehmenskonzept die Zusammenarbeit mit mehreren Auftraggebern anstrebe und dies nach den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten Erfolg verspreche ([BT-Drs. 14/1855, S. 6](#) f. zu Art. 1 Nr. 1 Buchst. b) Nr. 2). Dabei hat der Gesetzgeber, auch im Rahmen des [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#) nicht zwischen solchen Selbstständigen differenziert, die ihre Selbstständigkeit ohne vorherige abhängige Beschäftigung bei dem anfänglich hauptsächlichen Auftraggeber beginnen, und solchen, die sich aus einer abhängigen Beschäftigung lösen und zunächst mit ihrem ehemaligen Arbeitgeber als Hauptauftraggeber zusammenarbeiten. Gerade in letztgenanntem Fall ist daher bei der Anwendung der allgemeinen Kriterien für die Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit zu berücksichtigen, inwieweit nach dem Unternehmenskonzept eine Lösung aus der Abhängigkeit von dem alleinigen oder hauptsächlichen Auftraggeber Erfolg versprechend angestrebt wird.

2. Ausgehend hiervon lässt sich im Streitzeitraum zunächst nicht feststellen, dass der Kläger zu 1) im Streitzeitraum im Sinne einer persönlichen Abhängigkeit in den Betrieb der Klägerin zu 2) eingegliedert gewesen ist.

Zwar sprechen die in dem ab dem 1.11.2006, aber auch in dem ab dem 1.4.2007 geltenden Vertrag zwischen den Klägerin für eine nicht unerhebliche Eingliederung nach Zeit, Ort und Art der Tätigkeit des Klägers zu 1) in die betriebliche Organisation der Klägerin zu 2). Indessen zeigen sowohl die Entwicklung der Vertragstexte als auch ihre tatsächliche Umsetzung, dass die Vertragsbeziehungen der Kläger von Anfang an wesentlich mehr dem Typus eines Verhältnisses zwischen Auftraggeber und selbstständigem Auftragnehmer entsprochen haben als einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Zur Entwicklung der Vertragstexte haben der Kläger zu 1) und der Geschäftsführer der Klägerin zu 2) nachvollziehbar und unwidersprochen dargelegt, dass die Vertragstexte von dem Kläger zu 1) entworfen worden sind, somit seine Handschrift tragen und damit maßgeblich von ihm beeinflusst worden sind. Darüber hinaus sind die Vertragstexte in wesentlichen Bereichen der tatsächlichen Handhabung der Vertragsbeziehungen angepasst worden. Im Einzelnen:

a) Soweit die Vertragsparteien in den Verträgen sowohl vom 27.10.2006 als auch vom 23.3.2007 in den Regelungen zum Aufgabenbereich des Klägers zu 1) unter § 1, insbesondere Abs. 3 festgehalten haben, der Kläger zu 1) sei "für die Aufrechterhaltung der Produktion an allen Produktionstagen ...verantwortlich", ist dies nach den glaubhaften, in sich widerspruchsfreien und konsistenten Angaben des Klägers zu 1) und des Geschäftsführers der Klägerin zu 2) zu keinem Zeitpunkt im Sinne eines umfassenden Weisungsrechts der Klägerin zu 2) und einer entsprechenden Eingliederung des Klägers zu 1) in deren Betrieb gemeint gewesen und gehandhabt worden, sondern vielmehr im Sinne einer "technischen Hotline" oder aber eines technischen Notfallservices zu verstehen, wie ihn auch andere selbstständig am Markt agierende Firmen etwa zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit von technischen Einrichtungen in Gebäuden wie Heizungssystemen, Lüftungssystemen, Aufzügen etc. anbieten. Demgegenüber hatte der Kläger zu 1) nicht mehr, wie noch in seiner Zeit als abhängig beschäftigter technischer Betriebsleiter, für den gesamten Produktionsablauf und die dahinterstehenden organisatorischen Prozesse verantwortlich zu zeichnen. Der Kläger zu 1) wollte der Klägerin zu 2) lediglich garantieren, zu jeder Zeit erreichbar zu sein, um sein technisches Know-how zur Aufrechterhaltung oder Optimierung der Produktion zur Verfügung stellen zu können. Diese Serviceleistung bietet der Kläger zu 1) indessen sämtlichen Auftraggebern an. Wie er überzeugend dargelegt hat, ist ein solches Angebot in dem vom Kläger zu 1) betreuten Marktsegment auch unabdingbar, um am Markt als selbstständiger, unabhängiger Berater mit einer entsprechenden Honorierung bestehen zu können.

b) Auch die in den Verträgen fixierte Berechtigung des Klägers zu 1), den Mitarbeitern der Klägerin zu 2) im Rahmen seines Aufgabengebietes Anweisungen zu erteilen, kann nicht für die Annahme einer Eingliederung in die betriebliche Organisation der Klägerin zu 2) herangezogen werden. Mit der Formulierung wird lediglich den faktischen Notwendigkeiten genüge getan. So wäre es in der Praxis unsinnig und von den möglicherweise eintretenden Verzögerungen her möglicherweise sogar kontraproduktiv, wenn der Kläger zu 1) technische Vorschläge zur Optimierung der Produktion erst der Geschäftsführung der Klägerin zu 2) unterbreiten würde, die diese dann an das technische Personal weiterleiten müsste. Mit der Formulierung sollte vielmehr erkennbar für das technische Personal der Klägerin zu 2) klargestellt werden, dass diese sich aufgrund dessen überlegenen technischen Wissens an die Vorgaben des Klägers zu 1) zur Optimierung der technischen Abläufe halten musste und durfte, ohne befürchten zu müssen, hierdurch gegen arbeitsvertragliche Pflichten gegenüber der Klägerin zu 2) zu verstoßen.

c) Soweit insbesondere in dem für die Zeit vom 1.4. bis zum 31.07.2007 geltenden Vertrag eine Anwesenheitspflicht von 10 Tagen des Klägers zu 1) in den Räumlichkeiten der Klägerin zu 2) geregelt ist, spricht dies gleichfalls nicht für ein Weisungsrecht der Klägerin zu 2) hinsichtlich Ort und Zeit der Tätigkeit des Klägers zu 1). Nach den nachvollziehbaren, glaubhaften Angaben des Klägers zu 1) hat die Klägerin zu 2) im Rahmen der Abwicklung des Vertragsverhältnisses dieses Recht nie eingefordert. Vielmehr haben sich die Anwesenheitszeiten des Klägers zu 1) in den Räumlichkeiten der Klägerin zu 2) allein an dem faktisch Notwendigen orientiert, was nach seinen glaubhaften Einlassungen von der Klägerin zu 2) auch von Anfang an so akzeptiert wurde. Darüber hinaus hat der Kläger zu 1) die tatsächlichen Anwesenheitstage in eigener Verantwortung bestimmt und sie mit seinen Verpflichtungen gegenüber seinen anderen Auftraggebern koordiniert. Vor diesem Hintergrund stellt sich die rechtliche Vereinbarung und Handhabung aber nicht anders dar als bei anderen Verträgen mit selbstständigen Beratern, wo ebenfalls der Beratungsumfang nach "Mann-Arbeitstagen" pro Zeitabschnitt festgesetzt wird. Nicht unüblich ist es auch, dass sich entweder aus dem Vertrag oder aus den tatsächlichen Umständen ergibt, dass die Beratungsleistung, sei sie z.B. wie hier im technischen oder aber z.B. im betriebswissenschaftlichen Bereich, nur vor Ort im Betrieb des Auftraggebers geleistet werden kann und dann eben auch dort geleistet werden muss, da ansonsten der Vertragszweck nicht erreicht werden kann. Letztlich wurden die ersten beiden Verträge durch Abschluss des Vertrages vom 1.8.2007 insofern auch den tatsächlichen Gegebenheiten angepasst und eine konkrete Verpflichtung des Klägers zu 1) zur Anwesenheit fallengelassen.

d) Soweit schließlich in den Verträgen zum Teil geregelt ist, dass dem Kläger zu 1) ein Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt wird, so wurde auch diese Fixierung durch die tatsächliche Durchführung relativiert. Wie der Kläger zu 1) glaubhaft vorgetragen hat, hat er ab dem 1.11.2006 bei der Klägerin zu 2) über keinen festen Arbeitsplatz mehr verfügt. Er hat vielmehr die Räumlichkeiten, z.B. Besprechungszimmer, für die Tätigkeiten genutzt, die vor Ort durchgeführt werden mussten. Auch insofern war der Kläger zu 1) also nicht regelhaft in die täglichen Arbeitsabläufe der Klägerin zu 2) eingegliedert.

3. Für Selbstständigkeit des Klägers zu 1) auch im Verhältnis zur Klägerin zu 2) spricht darüber hinaus, dass seine Tätigkeit von Anfang an durch die Übernahme eines unternehmerischen Risikos mit entsprechenden unternehmerischen Chancen gekennzeichnet war.

a) Hiergegen spricht zunächst nicht, dass der Beratervertrag vom 27.10.2006 dem Kläger zu 1) eine monatliche Vergütung i.H.v. 10.000,00 EUR zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer für die gesamte Laufzeit des Vertrages vom 1.11.2006 bis zum 30.6.2010 garantiert hat (§ 3 i.V.m. § 2 Abs. 2 des Vertrages). Zwar deutet diese Formulierung auf eine Übernahme des Verdienstauffallsrisikos des Klägers zu 1) im Falle von Krankheit und Urlaub durch die Klägerin zu 2) hin. Indessen muss die Regelung im Lichte ihrer tatsächlichen Umsetzung gesehen werden. So hat der Kläger zu 1) nachvollziehbar ausgeführt, dass er sich im Falle des krankheitsbedingten Ausfalles nicht hätte auf die schriftlichen Fixierungen berufen können und wollen, da sie nicht dem rechtlichen Willen der Vertragsparteien entsprach. Diese seien vielmehr davon ausgegangen, dass bei einem Ausfall die Vergütung eben nicht geschuldet gewesen wäre. Die Behauptung, eine entsprechende Klarstellung sei übersehen worden, ist für den Senat auch insbesondere deswegen nachvollziehbar, da der Kläger zu 1) glaubhaft darstellt, dass er den Vertrag als juristischer Laie selbst entworfen und dann lediglich von seinem Steuerberater hat gegenlesen lassen. Die Vertragsparteien haben diesen Punkt dementsprechend bereits mit dem Vertrag vom 23.3.2007 korrigiert und klargestellt, dass Honorar nur für den tatsächlich geleisteten "Einsatztag" geschuldet wird (§ 4 des Vertrages vom 23.3.2007).

b) Der Senat erkennt ferner nicht, dass eine vertragsstrafenbewehrte Vereinbarung eines Konkurrenz- bzw. Wettbewerbsverbotes - wie es vorliegend in den Verträgen fixiert ist - nicht zwingend typisch für unternehmerisches Handeln ist, sondern im Gegenteil gerade kennzeichnend für abhängige Beschäftigungen sein kann (vgl. BSG, Urteil vom 10.8.2000, [B 12 KR 21/98 R](#), SozR 3-2400, § 7 Nr. 15). Vorliegend kommt dieser Regelung nach der Überzeugung des Senates aber lediglich "deklatorische" Bedeutung zu. Denn wie der Kläger zu 1) wiederum nachvollziehbar und glaubhaft ausgeführt hat, ist er - um in dem engen Markt der Schaumextrusion als freier Berater bestehen zu können - ohnehin gehalten, sich jederzeit gegenüber seinen Auftraggebern als fair zu beweisen. Überzeugend stellt er dar, dass auf einem Markt, bei dem es europaweit nur wenige Anbieter gibt, es sich schnell herumsprechen würde, wenn er Betriebsgeheimnisse oder sonstiges exklusives Wissen, das Anbietern deren Marktposition sichert, im Rahmen seiner Beratungstätigkeiten an deren Konkurrenz verraten würde. Die entsprechende explizite schriftliche Regelung ist daher insofern "überflüssig", als dass ein "Geheimnisverrat" nicht nur eine Vertragsstrafe, sondern darüber hinaus die erhebliche Gefährdung oder gar Vernichtung der beruflichen Existenz des Klägers zu 1) zur

Folge hätte.

c) Demgegenüber zeigt die Entwicklung der Vergütung, dass die Verhandlungsposition des Klägers zu 1) gegenüber der Klägerin zu 2) so stark war, dass diese sich im Laufe der Zeit, insbesondere bei der neuerlichen Umstellung zum 1.8.2007, die Vergütung des Klägers zu 1) von einem Monat auf den anderen um 30 % zu erhöhen. Einer entsprechenden Änderung hätte sie sicherlich nicht zugestimmt, wenn sie in der überlegenen Verhandlungsposition gewesen wäre.

d) Für die Entwicklung unternehmerischer Chancen entsprechend dem von Anfang an bestehenden Unternehmenskonzept ist weiter zu berücksichtigen, dass der Kläger ab dem 1.11.2006 seine Tätigkeit auf die Akquise weiterer Auftraggeber ausgerichtet hat und schon während der Jahre 2006 bis 2007 immer mehr als ein Sechstel seines Umsatzes mit anderen Auftraggebern erzielt hat. Trotz der zu Beginn seiner Tätigkeit danach bestehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Klägerin zu 2) entspricht die Entwicklung der selbstständigen Existenz des Klägers zu 1) ab dem 1.11.2006 bis heute der geplanten und schrittweise vollzogenen wirtschaftlichen Abkopplung von der Klägerin zu 2), wie sie nach dem geschilderten gesetzgeberischen Regelungskonzept mit der Entwicklung einer selbstständigen Tätigkeit ohne weiteres vereinbar ist.

e) Diese Entwicklung hat auch die Ausgestaltung der Vertragsbeziehung der Parteien wesentlich geprägt. So nutzte der Kläger zu 1) nach seinen wiederum glaubhaften und in sich stimmigen, seinen gesamten Vortrag durchziehenden Angaben, den wesentlichen Abschluss des Projektes der Einführung der "1000-er Maschinen", um sich ohne weitere Kündigung des ab dem 1.4.2007 unkündbar bis zum 31.12.2008 laufenden Beratervertrages noch weiter aus Tätigkeiten für die Klägerin zu 2) zurückzuziehen und zunächst über einige Monate hinweg gar keine Tätigkeiten mehr für diese zu verrichten. Der Kläger zu 1) agierte hierbei wie es typischerweise von einem Unternehmer zu erwarten ist, der seine Ressourcen, hier sein Know-how bei der technischen Umsetzung der Schaumextrusion, möglichst gewinnbringend einsetzen möchte. Durch sein Verhandeln realisierte der Kläger zu 1) damit die sich für ihn bietenden unternehmerischen Chancen. Gewiss hat auch ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber gegenüber eine im Vergleich zu "normalen" Arbeitnehmern stärkere Verhandlungsposition, wenn er über ein für seinen Arbeitgeber besonders bedeutsames Wissen oder Können verfügt. Ein Arbeitnehmer wird seine Verhandlungsstärke aber typischerweise primär zur Verbesserung seiner Entlohnung einsetzen, aber nicht zur Erlangung von größeren Freiheiten, um seine Chancen zur noch attraktiveren Vermarktung seines Know-hows bei anderen Auftraggebern - wie es der Kläger beabsichtigte und auch auf eigenes Risiko durchgeführt hat - zu erhöhen.

4. In der gebotenen Gesamtschau zeigen sich danach keine hinreichenden für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis typischen Eingliederungsmerkmale. Demgegenüber hat der Kläger zu 1) von Anfang an ein unternehmerisches Risiko getragen und die sich ihm nach der Umsetzung seiner vertraglichen Vereinbarungen mit der Klägerin zu 2) bietenden unternehmerischen Chancen genutzt. Dies entsprach zu dem der von Beginn an nach dem Unternehmenskonzept beabsichtigten unternehmerischen Entwicklung.

Die Kostenentscheidung ergeht gem. [§§ 183 Abs. 1](#) i.V.m. [193](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Kläger umfänglich obsiegen.

Der Senat hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache, vgl. [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#), zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2011-12-07