

L 8 R 195/15

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Düsseldorf (NRW)
Aktenzeichen
S 44 R 1898/12
Datum
03.02.2015
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 195/15
Datum
17.07.2019
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 3.2.2015 geändert. Die Klage wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens gem. [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) die Versicherungspflicht des Klägers in seiner Tätigkeit als Interim-Manager für die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 25.5.2010 bis zum 5.11.2010 in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Der am 00.00.1957 geborene Kläger ist deutscher Staatsangehöriger. Er hatte seinen Wohnsitz im streitigen Zeitraum in E und sich bis zum Beginn des streitigen Vertragsverhältnisses in Deutschland aufgehalten. Zuvor war er von Oktober 2008 bis Februar 2010 für das in Deutschland ansässige Unternehmen U GmbH, C, tätig.

Der Kläger war vom 25.5.2010 bis 5.11.2010 auf der Grundlage des mit der Beigeladenen zu 1), die ihren Sitz in G (Deutschland) hat, geschlossenen Dienstvertrages (DV) vom 19.5.2010 für die N GmbH in L/Republik Österreich tätig. Deren Unternehmensgegenstand waren u.a. die Entwicklung, Herstellung und fabrikmäßige Erzeugung, der Handel und der Vertrieb von Fahrzeugteilen, insbesondere von Wärmetauschern.

Die Beigeladene zu 1) gehört zum Konzern der N, S, X/USA. Dies gilt ebenso für die N GmbH, Österreich. Die Beigeladene zu 1) fungierte als "Europa-Zentrale". Von dort aus fand die operative Führung des Konzerns, soweit er in Europa agierte, statt. Es wurde für einen einheitlichen Auftritt der N-Gesellschaften am europäischen Markt gesorgt. In dieser "Europa-Zentrale" fand die für sämtliche europäischen N-Gesellschaften relevante Produktentwicklung statt. Auch wurde der europaweite Vertrieb von dort aus gesteuert. Dasselbe galt für den Einkauf und sonstige Themen der Konzernführung und -politik. Die übrigen europäischen N-Gesellschaften - wie die N GmbH - waren reine Produktionsstandorte. Eine Entscheidung über strategische und sonstige übergeordnete Steuerungsthemen fand in diesen einzelnen Gesellschaften nicht statt.

Im Streitzeitraum wurde die Geschäftsführung der den zehn europäischen N-Gesellschaften - wozu die Beigeladene zu 1) und die N Holding GmbH, Österreich, gehörten - übergeordneten N Holding GmbH und der Beigeladenen zu 1), der N1 GmbH, in Personalunion von G, der jeweils einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit war, ausgeübt.

Gesellschafterin der Beigeladenen zu 1) war im Streitzeitraum die N Holding GmbH. Die N1 GmbH wurde aufgrund Verschmelzungsvertrags v. 28.11.2016 mit der N Holding GmbH als übernehmendem Rechtsträger verschmolzen (Verschmelzung zur Aufnahme, HRB 000, Amtsgericht [AG] T). Gleichzeitig erfolgte die Umfirmierung von N Holding GmbH in N1 GmbH.

Der Kläger war weder am Stammkapital der Beigeladenen zu 1) noch an dem der N GmbH oder an denen der sonstigen Unternehmen des N-Konzerns beteiligt. Alleinige Gesellschafterin der N GmbH war die N Holding GmbH. Die N GmbH verfügte über einen aus fünf Personen bestehenden Aufsichtsrat, dessen Vorsitzender G und dessen stellvertretender Vorsitzender N1 waren. Geschäftsführer der N GmbH waren I L, der die Gesellschaft seit 8.1.2007 selbstständig vertrat, und der Kläger, der die Gesellschaft seit 28.6.2010 selbstständig vertrat.

Alleinige Gesellschafterin der N Holding GmbH war die N Holding GmbH. Geschäftsführer der N Holding GmbH waren G mit selbstständiger Vertretungsbefugnis seit dem 10.11.2005, I L mit selbstständiger Vertretungsbefugnis seit dem 28.6.2010 und der Kläger mit

selbstständiger Vertretungsbefugnis seit dem 28.6.2010.

Hinsichtlich der Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer zweier österreichischer Gesellschaften mit beschränkter Haftung galten die Regelungen des österreichischen Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), dessen § 20 im Streitzeitraum wie folgt lautete:

"(1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die in dem Gesellschaftsvertrage, durch Beschluss der Gesellschafter oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

(2) Gegen dritte Personen hat eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis jedoch keine rechtliche Wirkung. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß die Vertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden soll, oder daß die Zustimmung der Gesellschafter, des Aufsichtsrates oder eines anderen Organes der Gesellschaft für einzelne Geschäfte gefordert wird."

Der zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) geschlossene DV vom 19.5.2010 lautete auszugsweise wie folgt;

" ...

§ 1 Gegenstand des Vertrages

1. Der Berater wird im Auftrag der N1 GmbH, ... , G- für die Firma N Ges.m.b.H. in A- L, ... tätig.
2. Der Berater hat folgende Aufgaben:
 - a.) Leitung des Werkes
 - b.) Führung der Mitarbeiter
 - c.) Implementierung des N Produktionssystems
 - d.) Reduzierung von Ausschuss und Nacharbeit
 - e.) Steigerung der Produktivität f.) Sicherstellung der industriellen Fertigung der Produkte - Porsche 9x1 in 04/2011 - Audi A-SUV in 06/2011 - DAG MFA in 09/2011mit Unterstützung des zentralen Manufacturing Engineering

§ 2 Durchführung des Auftrags

1. Eventuelle Änderungen in Art und Umfang des Auftrags werden zwischen den Vertragsparteien einvernehmlich festgelegt.
2. Das Unternehmen wird dem Berater für die Dauer seiner Tätigkeit ein geeignetes Büro zur Verfügung stellen.
3. Das Unternehmen stellt dem Berater alle zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Informationen und Unterlagen zur Verfügung.
4. Der Berater verpflichtet sich zu einer ausführlichen direkten Berichterstattung an den Regional Operations Director Herrn L.
5. Zu der Tätigkeit des Beraters gehören im Bedarfsfall die Fertigung von Schreiben, Vermerken und Stellungnahmen sowie die Teilnahme an Besprechungen.
6. Der Berater ist in der Bestimmung seines Arbeitsortes und seiner Arbeitszeit frei.

§ 3 Arbeitszeit

1. Der Berater arbeitet regelmäßig von Montag bis Donnerstag.
2. Der Berater kann in Abstimmung mit dem Unternehmen Urlaub nehmen.

§ 4 Beraterhonorar & Kostenpauschale

1. Der Berater erhält für seine Tätigkeit pauschal ein Honorar in Höhe von: 1.500,00 Euro je Einsatztag zzgl. gesetzlicher MwSt.
2. Zusätzlich erhält der Berater eine Kostenpauschale in Höhe von: 10 % je Einsatztag zzgl. gesetzlicher MwSt. für Fahrtkosten zum Einsatzort, Übernachtungen und Mehraufwendungen für Verpflegung.
3. Das Unternehmen stellt dem Berater für die Dauer der Tätigkeit einen PKW zur Verfügung. Die laufenden Kosten incl. Betankung und Parkgebühren am Flughafen Wien Schwechat werden vom Unternehmen getragen.

4 ...

5. Urlaub wird nicht vergütet.
6. Ein Anspruch auf Vergütung während Krankheit besteht nicht.

§ 5 Vertragsdauer

1. Das Vertragsverhältnis beginnt am 25.5.2010 und endet am 31.12.2011 ohne dass es der Kündigung des Vertrages bedarf.

2 ...

3. Das Unternehmen beabsichtigt, die mit dem Berater interimistisch besetzte Werkleiterposition mittelfristig jedoch nicht vor dem 30.9.2011 mit einer Festeinstellung zu besetzen.

4 ...

5. Bei Änderung der Mehrheits- und Kontrollverhältnisse der Gesellschaft wird dem Berater ausdrücklich ein außerordentliches Kündigungsrecht eingeräumt.

6 ...

§ 6 Geheimhaltungspflicht

§ 7 Art der Rechtsbeziehungen und Umfang der Leistungspflicht

1. Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass auf vorliegenden Vertrag Arbeitsrecht keine Anwendung findet. Mit dem Vertrag soll weder ein Arbeitsverhältnis noch ein Scheinarbeitsverhältnis begründet werden.

2. Sollte aufgrund einer andersartigen Bewertung ein Gericht zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses gelangen, besteht zwischen den Vertragsparteien Einigkeit, dass die von der Gesellschaft geleisteten Honorare Bruttobeträge ihrer Verpflichtungen bilden und sich somit im Falle rückwirkender oder zukünftiger Regelungen die von der Gesellschaft geleisteten Zahlungen wie das Arbeitgeberbrutto zu behandeln sind.

§ 8 Haftung

1. Der Berater haftet nach den gesetzlichen Bestimmungen ausschließlich für Schäden, die er durch grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz verursacht hat.

2. - 3 ...

§ 9 Teilunwirksamkeit

...

§ 10 Vertragsänderungen/ -ergänzungen

1. Die vorliegende Vereinbarung regelt deren Inhalt abschließend. Mündliche Abreden bestehen nicht. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages sind nur wirksam, wenn sie ausdrücklich abgefasst und von den Vertragsparteien unterzeichnet sind. Sie sind ausdrücklich als Nachtrag/ Ergänzung zu diesem Vertrag zu bezeichnen. Auf dieses Formerfordernis kann nur durch eine von den Vertragsparteien unterzeichnete Erklärung verzichtet werden.

(Anm.: es existiert kein Abs. 2)

§ 11 Gerichtsstand

1. Ausschließlicher Gerichtsstand für alle eventuellen Streitigkeiten aus diesem Vertrag und im Zusammenhang mit der Durchführung dieses Vertrages ist T. Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland.

(Anm.: es existiert kein Abs. 2)

..."

Zwischen dem Kläger und der N Holding GmbH und der N GmbH bestanden keine Vertragsbeziehungen. Seine Tätigkeit rechnete der Kläger gegenüber der Beigeladene zu 1) im Streitzeitraum mit den Rechnungen vom 4.6.2010, 1.7.2010, 10.8.2010, 3.9.2010, 2.10.2010 und vom 30.10.2010 wie folgt ab:

(Im Original =Tabelle)

Nach Beendigung der Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) erfolgte durch die N GmbH die Zahlung von Beiträgen zur österreichischen Sozialversicherung.

Mit dem am 19.4.2011 bei der Beklagten eingegangenen Statusfeststellungsantrag des Klägers beehrte dieser festzustellen, dass keine Beschäftigung vorliege. Seine Tätigkeit bestehe in der Restrukturierungs- und Umsetzungsberatung und der interimistischen Werkleitung, bis ein festangestellter Werkleiter gefunden werde. Schwerpunkte seiner Tätigkeit seien die Einführung eines Produktionssystems, die Reduzierung von Ausschuss und Nacharbeit, die Produktivitätssteigerung sowie die Neuanläufe diverser Produkte. Es habe keine Kontrolle der Auftragsausführung stattgefunden. Aufträge würden unabhängig von Weisungen erledigt. Es habe keine Meetings mit "Vorgesetzten" zur Fortschrittskontrolle und zum Empfangen von Weisungen gegeben, auch keine Teilnahme an Konzernmeetings. Er sei in der Bestimmung seiner Arbeitszeit und seines Arbeitsortes frei gewesen. Er habe regelmäßig Montag bis Donnerstag gearbeitet. Es habe keine Anwesenheitskontrolle und keine Zeiterfassung gegeben. Der Auftraggeber habe ihm ein geeignetes Büro zur Verfügung gestellt.

Dienstpläne, Schulungsmaßnahmen und Dienstkleidung habe es nicht gegeben. Es habe die regelmäßige Einberufung von Meetings mit Mitarbeitern des Auftraggebers zur Abstimmung des weiteren Vorgehens gegeben. Er sei unternehmerisch aufgetreten durch einen eigenen Internetauftritt, die eigenständige Aushandlung von Tagessätzen, durch eigenes Briefpapier, einen Firmenwagen, eigene Kundenwerbung und eigene Vertragsgestaltung. Er sei für mehrere Auftraggeber in den letzten Jahren nacheinander tätig gewesen. Er akquiriere Aufträge selbstständig, sei Mitglied in der Dachgesellschaft Deutsches Interim Management (DDIM), hafte für Schäden beim Kunden und verfüge über eine eigene Vermögens-Haftpflichtversicherung. Die Tätigkeiten seien von ihm sowohl vor Ort als auch aus seinem E Büro heraus erledigt worden seien. Ein Bericht sei einmal pro Monat vom Finanzbereich vorbereitet und von ihm unterzeichnet worden. Nach Übersendung des Berichts an die Zentrale des Auftraggebers seien die Inhalte des Berichts in einer Telefonkonferenz besprochen worden. Weiterhin seien sog. "Review Meetings" mit allen europäischen Werkleitern und der Unternehmensleitung durchgeführt worden, zu denen er als Externer nicht eingeladen worden sei. Besprechungen beim Auftraggeber fänden nur bei besonderen Anlässen (Aufsichtsratssitzungen, Besuche hochrangiger Kunden oder Repräsentanten der amerikanischen Muttergesellschaft o.ä.) statt. Es sei weder eine direkte Übergabe, Kontrolle oder Abnahme der Arbeit durch den Auftraggeber erfolgt. Arbeitsfortschritte ergäben sich aus dem monatlichen Bericht, der monatlichen Telefonkonferenz sowie aus der jährlich stattfindenden Aufsichtsratssitzung.

Die Beigeladene zu 1) führte zur Tätigkeit des Klägers aus, ihm sei für eine im Voraus begrenzte Dauer die Werksleitung und die Regelung der geschäftlichen Angelegenheiten ihrer österreichischen Schwestergesellschaften übertragen worden. Die Auftragsausführung sei durch die Überprüfung der Finanzkennzahlen kontrolliert worden. Vorgaben hinsichtlich der Art und Weise der Auftragsausführung hätten zur Verfolgung von Projekten und Plänen sowie durch die Absprachen mit der europäischen Geschäftsführung bestanden. Bestimmte Arbeits- oder Anwesenheitszeiten oder Vorgaben hierzu habe es nicht gegeben. Die Tätigkeit sei im Wesentlichen im Werk in Österreich zu erbringen gewesen, soweit Angelegenheiten vor Ort betroffen gewesen seien. Im Übrigen sei der Kläger frei in der Wahl des Ortes gewesen, an dem er seine Aufgaben erledigte. Bei der N1 GmbH habe es keine Eingliederung in den Geschäftsbetrieb gegeben. Der Kontakt zur N1 GmbH habe weitgehend über E-Mail und Telefon stattgefunden. Der Kläger habe bei ihr an keinen Besprechungen oder Veranstaltungen teilgenommen.

Die Beklagte hörte den Kläger mit Schreiben vom 28.7.2011 und die Beigeladene zu 1) mit Schreiben vom 29.7.2011 zur von ihr beabsichtigten Entscheidung an. Es sei beabsichtigt, für die Tätigkeit des Klägers als "Berater bei N1 GmbH z.Zt. beratend tätig bei der Firma N GmbH" seit 25.5.2010 einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen.

Hierzu nahm die Beigeladene zu 1) unter dem 22.9.2011 unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens Stellung: Der Kläger habe seine Tätigkeit für die N GmbH am 25.5.2010 aufgenommen und sei für die Dauer seines Interim-Managements dort zum Geschäftsführer bestellt worden. Aufgrund von Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern und Führungskräften sei der DV seitens der Beigeladenen zu 1) im November 2010 fristlos gekündigt worden. Seit diesem Zeitpunkt sei der Kläger nicht mehr für die Beigeladene zu 1) oder die N GmbH tätig geworden. Nach Vertragsbeendigung sei der Kläger von der N GmbH nachträglich zur Sozialversicherung in Österreich angemeldet und die entsprechenden Beiträge seien abgeführt worden, da aufgrund einer im Mai 2010 in Kraft getretenen Verordnung auch solche selbstständigen Tätigkeiten wie die des Klägers der Sozialversicherungspflicht in Österreich unterliegen hätten. Es sei keine Eingliederung in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) in G erfolgt. Seine Berichterstattung über seine Tätigkeit in Österreich gegenüber dem Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1), L, habe der Kläger via Telefon oder E-Mail erfüllt. Besprechungen in ihren Räumlichkeiten in G hätten lediglich vereinzelt zu insgesamt maximal fünf Terminen stattgefunden. Der Kläger habe hinsichtlich der Art seiner Tätigkeit keinen Weisungen unterlegen. Dass die zu erbringende Leistung vertraglich geregelt worden sei (§§ 1, 2 DV), begründe kein Weisungsrecht hinsichtlich der Art der Tätigkeit. Der Kläger sei dahingehend frei gewesen, wie er die ihm vorgegebenen Aufgaben (im Rahmen einer Führungsposition in der österreichischen Gesellschaft) erfüllt habe. Einseitigen Weisungen, die den äußeren Rahmen seiner Tätigkeit bestimmten, habe der Kläger nicht unterlegen - im Gegenteil habe er sogar mit über Weisungen gegenüber den Arbeitnehmern der N GmbH entschieden.

Auf Nachfrage der Beklagten zur N GmbH führte die Beigeladene zu 1) ergänzend aus: Die N GmbH produziere Kondensatoren für die Automobilindustrie (Pkw und Nutzfahrzeuge) mit einem jährlichen Umsatz von ca. 90 Mio. Euro, rund 500 Mitarbeitern, einer Produktion in 2 Linien in sog. Drei-Schicht. Organisatorisch würden folgende Bereiche im Werk/Betrieb unterschieden: Produktion, Fertigungstechnik, Finanzen/Verwaltung, Qualitätswesen, Beschaffungswesen und Produktimplementierung. Mit Ausnahme des Finanzbereichs berichteten sämtliche Bereiche direkt an die Werkleitung/Geschäftsführung in L. Der Bereich Finanzen berichte an die N1 GmbH in Deutschland. Die N GmbH habe zwei Geschäftsführer. Einer davon sei - wie nach den Organisationsregeln im Konzern vorgegeben - der sog. Operations Director Europe (L). Dieser sei auch der Vorgesetzte des 2. Geschäftsführers/Werkleiters der Gesellschaft. Somit habe der Kläger an seinen Vorgesetzten L berichtet, der neben ihm Geschäftsführer der österreichischen Gesellschaft, aber auch Operations Director Europe gewesen sei. Als Werkleiter habe der Kläger die Führung und Anleitung insbesondere der Produktionsmitarbeiter obliegen. Er sei der Ansprechpartner im täglichen Geschäft gewesen, da sein Mitgeschäftsführer sich wegen seiner übergeordneten Funktion im europäischen Teil des N-Konzerns nicht regelmäßig im Werk in Österreich aufgehalten habe. In der Übergangsphase (nach einem Umzug des Werks sowie zur Konsolidierung/Neuausrichtung) im Jahr 2010 seien im Betrieb der N GmbH neben dem Kläger noch weitere Interim-Manager sowie Führungskräfte/Mitarbeiter der N1 GmbH/G in Schlüsselpositionen wie z.B. Personalleitung eingesetzt gewesen. Diesen gegenüber habe der Kläger keinerlei Weisungsbefugnisse gehabt.

Mit Bescheiden vom 20.12.2011 stellte die Beklagte gegenüber dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) fest, dass die Tätigkeit als Berater bei N1 GmbH seit 25.5.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird, in dem Beschäftigungsverhältnis Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ab dem 25.5.2010 und in der Krankenversicherung keine Versicherungspflicht besteht.

Der Kläger erhob am 4.1.2012 Widerspruch, die Beigeladene zu 1) ihrerseits am 20.1.2012. Sie machte zur Begründung geltend, eine Tätigkeit nach ihren Weisungen und eine Eingliederung in ihren Betrieb und ihre Arbeitsorganisation habe es nicht geben können. Der Kläger habe seine Beratungsaufgaben ausschließlich im Betrieb der und betreffend die N in L/Österreich erbracht. Bis auf wenige Ausnahmen sei der Kläger nicht im Betrieb der Beigeladenen zu 1) in G/BRD anwesend gewesen. Wenn überhaupt, könnte eine sozialversicherungspflichtige abhängige Beschäftigung allenfalls im Verhältnis zur N in Österreich bejaht werden. Im Übrigen liege auch kein Fall der Entsendung vor, weil der Kläger weder vor seiner Tätigkeit in Österreich bei der N1 GmbH tätig noch eine Tätigkeit in Deutschland nach Beendigung der Tätigkeit in Österreich geplant gewesen sei. Der Kläger sei in einer für das österreichische Unternehmen äußerst schwierigen Lage als Interim-Manager dort eingesetzt worden. Es habe gegolten, die bestehenden Verpflichtungen gegenüber den Kunden

der N GmbH zu erfüllen und das Unternehmen/Werk insgesamt auf den richtigen Weg zu bringen. Dies habe durch die Implementierung des konzernweit einheitlichen N-Produktionssystems, damit verbunden die Reduzierung von Ausschuss und Nacharbeit und somit eine Steigerung der Produktivität erfolgen sollen. Wegen der dort aufgetretenen Vakanz habe die Aufgabe des Klägers von der Position des Werkleiters aus erbracht werden sollen. Die im Werk der N GmbH anstehenden Veränderungen und Maßnahmen hätten am besten von der (rechtlich) herausgehobenen Stellung der Werksleitung/Geschäftsführung aus umgesetzt werden können.

Zur Begründung seines Widerspruchs machte der Kläger unter dem 16.4.2012 unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vorbringens geltend, er betreibe seit 2007 die Firma V J und biete seine Dienstleistung als Interim-Manager an. Er setze für seine Firma eigene Betriebsmittel ein und unterhalte diese monatlich. Er unterhalte einen eigenen Internetauftritt und ein Büro mit Geschäftsbriefbögen und Visitenkarten. Er akquiriere auf eigene Verantwortung Kundenaufträge und handle seine Honorare selbst aus. Er habe ständig wechselnde Kunden, Auftraggeber und Projekte. In der Regel würden ein bis drei honorarpflichtige Projekte pro Jahr abgewickelt. Er könne für eine Schlechtleistung bei der Erfüllung seiner Aufträge haftbar gemacht werden. Er erhalte von seinem Auftraggeber kein Honorar bei Krankheit und bei Urlaub. In der Ausübung seiner Arbeitskraft, des Arbeitsortes sowie der Arbeitszeit sei er vollkommen frei. Er sei in Ausübung seiner Tätigkeit nicht weisungsgebunden.

Mit an den Kläger und die Beigeladene zu 1) gerichteten Widerspruchsbescheiden vom 10.7.2012 wies die Beklagte die Widersprüche zurück. Auf die Begründungen dieser Bescheide wird Bezug genommen. Dem Kläger wurde der Widerspruchsbescheid am 10.8.2012 mit Postzustellungsurkunde zugestellt.

Mit am 8.8.2012 bei der Beklagten eingegangen Formantrag "Vorübergehende Erwerbstätigkeit eines Selbstständigen in einem anderen Mitgliedstaat" beantragte der Kläger die Ausstellung einer sog. A1-Bescheinigung. In seinem Antrag erklärte er u.a., er übe in Deutschland seit dem 1.4.2004 eine selbstständige Tätigkeit in der Branche Unternehmensberatung in einem Umfang von 40 Stunden pro Woche aus, und werde diese Tätigkeit in Deutschland nach Beendigung der vorübergehenden Tätigkeit in Österreich fortführen, wo er in der Unternehmensberatung tätig geworden sei. Die Dauer dieser Aufgabe sei vertraglich im Voraus befristet gewesen und habe vom 19.5.2010 bis 5.11.2010 gedauert. Arbeitsstelle sei die N GmbH, B.-N-Strasse 00, L gewesen.

Unter dem 21.8.2012 erteilte die Beklagte dem Kläger auf der Grundlage seiner Angaben eine "Bescheinigung über die Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit, die auf den/die Inhaber/in anzuwenden sind" (sog. A1-Bescheinigung), nach der die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates Deutschland für den Zeitraum vom 19.5.2010 bis 5.11.2010 für den Kläger gelten. Auf den weiteren Inhalt dieser Bescheinigung wird Bezug genommen.

Mit seiner am 6.9.2012 zum Sozialgericht (SG) Düsseldorf erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt. Er hat sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft. Die Beigeladene zu 1) habe dringend Hilfe benötigt, um existenzbedrohende Probleme lösen zu können. Die hierfür erforderliche fachliche Kompetenz bzw. das notwendige Know-how seien bei der Beigeladenen zu 1) nicht vorhanden gewesen, sodass es bereits deshalb ausgeschlossen gewesen sei, dass seine Auftraggeber ein Weisungsrecht gehabt hätten. Bei seinen "Feuerwehreinsätzen" sei das übliche Vorgehen so, dass mit seinen Auftraggebern Ziele und Zeiträume zur Zielerreichung vereinbart würden. Seine Auftraggeber ließen sich dann periodisch über die erzielten Fortschritte berichten und bewerteten anhand der erzielten Fortschritte die Qualität seiner Arbeit. In der Regel gebe es dafür bei seinen Auftraggebern einen persönlich benannten Ansprechpartner, dem er über die erzielten Fortschritte und über die nächsten Schritte sowie den Terminplan des weiteren Vorgehens berichte. Im Falle der N GmbH seien die erzielten Fortschritte und das weitere Vorgehen an Herrn L berichtet worden, der ausdrücklich kein Weisungsrecht gehabt habe. Bei der N GmbH habe es keine ranghöhere Person gegeben, die ihm hätte Weisungen erteilen können.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid 20.12.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.7.2012 aufzuheben und festzustellen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 25.5.2010 bis 5.11.2010 nicht einer durch eine abhängige Beschäftigung begründenden Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliefe.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die angefochtenen Bescheide weiterhin für rechtmäßig gehalten. Die befristete Beauftragung des Klägers spreche zwar indiziell für eine selbstständige Tätigkeit, rücke jedoch in Anbetracht der hier vorliegenden Weisungsgebundenheit hinsichtlich Inhalt, Durchführung, Zeit und Dauer der Tätigkeit (§ 1 Abs. 2, § 2 Abs. 4 und 5 und § 3 Abs. 1 DV) in den Hintergrund.

Die Beigeladene zu 1) hat ihr bisheriges Vorbringen wiederholt. Sie hat keinen Antrag gestellt.

Das SG Düsseldorf hat mit Urteil vom 3.2.2015 den Bescheid vom 20.12.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.7.2012 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 25.5.2010 bis 5.11.2010 nicht der durch eine abhängige Beschäftigung begründeten Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlegen habe. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das ihr am 24.2.2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 11.3.2015 Berufung eingelegt. Inhaberin der gesellschaftsrechtlichen Rechtsmacht dürfte hier unstrittig die Beigeladene zu 1) gewesen sein. Auch nach den vertraglichen Verhältnissen zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) sei dem Kläger keinerlei Rechtsmacht verliehen gewesen, die ihm erlaubt habe, wie ein Alleininhaber zu schalten und zu walten. Die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht gehöre unabhängig von ihrer Ausübung zu den tatsächlichen Verhältnissen. § 10 DV sehe für etwaige Änderungen oder Ergänzungen ausdrücklich die Schriftform vor. Auf dieses Formerfordernis könne nur durch eine von den Vertragsparteien unterzeichnete Erklärung verzichtet werden. Eine solche Erklärung sei nicht vorgelegt worden. Eine schriftliche Abbedingung der vertraglichen Regelungen einzeln oder insgesamt sei somit nicht erfolgt. Der Beigeladene zu 1) habe sehr wohl die Arbeit des Klägers kontrolliert und nach Verschlechterung der Situation und nicht hinnehmbaren Vorkommnissen mit fristloser

Kündigung reagiert. Der Kläger habe seine geschuldete Arbeitsleistung im Rahmen einer von Dritten vorgegebenen Arbeitsorganisation erbracht. Die in § 8 DV vereinbarte Haftung spreche nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Auch ein Arbeitnehmer hafte im Rahmen des dreistufigen Haftungsmodells nicht für leichte Fahrlässigkeit und anteilig für mittlere Fahrlässigkeit. Die volle Haftung müsse er für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz übernehmen. Demgegenüber sei vorliegend die Haftung des Klägers sogar noch eingeschränkt, da er nur auf Schadenersatz für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz haften sollen. In der Gesamtabwägung der Merkmale überwiegen vorliegend eindeutig die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 3.2.2015 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil. Entgegen der Behauptung der Beklagten sei die Beigeladene zu 1) nicht in der Lage gewesen, eine wirksame Kontrolle auszuüben. Er habe auch entgegen der Behauptung der Beklagten ein unternehmerisches Risiko getragen. In Zusammenhang mit seiner Tätigkeit habe er Aufwendungen für Reisen - die erst zeitversetzt teilweise von der Beigeladenen zu 1) erstattet worden seien -, für eine Betriebsstätte in E, einen eigenen Firmen-PKW, über Google geschaltete kostspielige Werbekampagnen sowie für die kostenpflichtigen Zivilgerichtsverfahren gehabt. Ein Arbeitnehmer hätte den gerichtskostenfreien arbeitsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können. Schon die Tatsache, dass die Beigeladene zu 1) ihn als alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der N GmbH, für die er ausschließlich tätig gewesen sei, bestellt habe, spreche klar und deutlich für unternehmerisches Handeln seinerseits.

Die Beigeladene zu 1) wiederholt ihr bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor, dass sich eine Versicherungspflicht des Klägers im Geltungsbereich des SGB aufgrund der Regelungen der §§ 3 ff SGB IV nicht ergebe - ungeachtet der Frage, ob die Kriterien "Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation" erfüllt seien.

Mit Verfügung vom 21.12.2018 ist den Beteiligten rechtliches Gehör zu den rechtlichen Wirkungen der dem Kläger unter dem 21.8.2012 von der Beklagten erteilten A1-Bescheinigung sowie den Befugnissen und Bindungen eines Geschäftsführers einer GmbH nach österreichischen Recht gewährt worden.

Der Kläger trägt hierzu vor, er habe sich zutreffend in dem Antrag auf Erteilung der A1-Bescheinigung als Selbstständigen bezeichnet.

Die Beklagte macht geltend, aus den vorhandenen Unterlagen zur A1-Bescheinigung sei ersichtlich, dass von ihr keine Statusentscheidung im Sinne von § 7a SGB IV getroffen worden sei. Das BSG habe mit Urteil vom 14.12.2018 (B 12 R 1/18 R) entschieden, dass unter die konkurrierenden Verfahren im Sinne des § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV allein die Einzugsstellen- und Betriebsprüfungsverfahren fielen.

Der Senat hat folgende Unterlagen bzw. Akten beigezogen, auf deren Inhalt Bezug genommen wird:

- die nach Verfilmung wiederhergestellten Verwaltungsvorgänge der Beklagten zu der unter dem 21.8.2012 erteilten A1-Bescheinigung
- Handelsregisterauszüge betreffend die N Holding GmbH (HRB 000, Amtsgericht [AG] T)
- Gesellschaftsvertrag der N Holding GmbH, notariell beglaubigte Abschrift vom 14.12.2017, Notar X, G)
- Wiedergaben des Handelsregister-Inhalts vom 15.6.2010 betreffend die N Holding GmbH (HRB 000, AG T) und die N1 GmbH (HRB 000, AG T)
- Gesellschaftsvertrag der N1 GmbH, notariell beglaubigte Abschrift vom 14.12.2017, Notar X, G)
- Auszug aus dem Firmenbuch der Republik Österreich vom 12.8.2010 (FN 000) betreffend die N GmbH
- Auszug aus dem Firmenbuch der Republik Österreich vom 12.8.2010 (FN 000) betreffend die N Holding GmbH
- Erklärung über die Errichtung der N Holding GmbH (notariell bestätigte Fassung, öffentlicher Notar Dr. H)
- Gesellschaftsvertrag der N GmbH (notariell bestätigte Fassung, öffentlicher Notar Dr. H)

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten und der Verwaltungsakten der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

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

B. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere nach den §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft und form- und fristgerecht erhoben worden (§§ 151 Abs. 1, 3, 64 Abs. 1, 3, 63 SGG). Die vollständig abgefasste Entscheidung des SG Düsseldorf vom 3.2.2015 ist der Beklagten am 24.2.2015 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist bei dem Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen am 11.3.2015 eingegangen.

C. Die Berufung der Beklagten ist auch begründet. Das SG hat die für das Rechtsschutzbegehren (§ 123 SGG) statthafte (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 55 Abs. 1 Nr. 1, 56 SGG) und im Übrigen zulässige, insbesondere fristgerecht (§§ 87 Abs. 1 Satz 1, 90, 64, 63 SGG) erhobene Anfechtungs- und Feststellungsklage zu Unrecht als unbegründet abgewiesen. Die angefochtenen Feststellungen beschwerten den Kläger nicht im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG, weil sich diese nicht als rechtswidrig erweisen. Die Beklagte hat im Rahmen des § 7a Abs. 1 SGB IV formell (hierzu 1.) und materiell (hierzu 2.) rechtmäßig festgestellt, dass der Kläger in seiner Tätigkeit als Interim-Manager bei der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 25.5.2010 bis zum 5.11.2010 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Streitgegenstand ist der Bescheid vom 20.12.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.7.2012 hinsichtlich des Zeitraums vom 25.5.2010 bis 5.11.2010.

Die von dem Kläger erhobene zulässige kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage ist unbegründet. Der angefochtene Bescheid vom 20.12.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.7.2012 ist formell und materiell rechtmäßig.

I. Der nach ordnungsgemäßer Anhörung ([§ 7a Abs. 4 SGB IV](#) i.V.m. [§ 24](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch) des Klägers (Schreiben v. 28.7.2011) ergangene Bescheid ist formell rechtmäßig. So war die Beklagte abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) für die Feststellung der Versicherungspflicht des Klägers im Rahmen der Statusfeststellung nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) zuständig ([§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Entscheidung am 20.12.2011 ein Verfahren zur Feststellung der Versicherungspflicht des Klägers in der streitigen Auftragsbeziehung als Interimsmanager bei der Beigeladenen zu 1) mit der Folge einer nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 a.E. SGB IV](#) ausgelösten formellen Sperrwirkung nicht eingeleitet.

II. Der Bescheid vom 20.12.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.7.2012 ist auch materiell rechtmäßig. Ausgehend von den maßgeblichen Abgrenzungskriterien unter Zugrundelegung des anwendbaren deutschen Sozialversicherungsrechts spricht Überwiegendes für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. In dieser war der Kläger auch gem. [§ 14 Abs. 1 SGB IV](#) entgeltlich tätig. Tatbestände, die eine Versicherungsfreiheit des Klägers in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung begründen, bestehen nicht. Der Eintritt der Versicherungspflicht wurde auch nicht nach [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) aufgeschoben.

1) Die Frage der abhängigen Beschäftigung beurteilt sich nach deutschem Sozialversicherungsrecht.

Maßgeblich sind die Regelungen der [§§ 3 ff SGB IV](#). Gem. [§ 6 SGB IV](#) bleiben die Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts unberührt. Maßgeblich sind daher vorliegend die Regelungen der ab dem 1.5.2010 geltenden VO (EG) 883/2004 (Grundverordnung) i.V.m. VO (EG) 987/2009.

a) Die Anwendbarkeit deutschen Rechts ergibt sich aus Art. 12 Abs. 1 VO (EG) 883/04. Danach unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat für Rechnung eines Arbeitgebers, der gewöhnlich dort tätig ist, eine Beschäftigung ausübt und die von diesem Arbeitgeber in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wird, um dort eine Arbeit für dessen Rechnung auszuführen, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaates, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Arbeit 24 Monate nicht überschreitet und diese Person nicht eine andere entsandte Person ablöst. Diese Voraussetzungen sind gem. Art. 14 Abs. 1 VO (EG) 987/2009 auch dann erfüllt, wenn diese Person, die - wie vorliegend - im Hinblick auf die Entsendung in einen anderen Mitgliedstaat eingestellt wird, unmittelbar vor Beginn ihrer Beschäftigung bereits den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats unterlegen hat, in dem das Unternehmen, bei dem sie eingestellt wird, seinen Sitz hat.

Der Kläger wurde von der Beigeladenen zu 1), die ihren Sitz in G und damit in dem Mitgliedstaat BRD hat, für eine Beschäftigung in dem Mitgliedstaat Republik Österreich eingestellt, wobei die voraussichtliche Dauer der Arbeit ausweislich [§ 5 Abs. 1 DV](#) deutlich weniger als 24 Monate betrug. Der Kläger hat keine andere entsandte Person abgelöst.

Der Kläger hat schließlich unmittelbar vor dieser Beschäftigung den Rechtsvorschriften der BRD unterlegen. "Unmittelbar" bedeutet zunächst "seit mindestens einem Monat" (vgl. Beschluss Nr. A2 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der Sozialen Sicherheit v. 12.6.2009, Amtsblatt der Europäischen Union v. 24.4.2010, C 106/5 ff). In diesem Zeitraum unterlag der Kläger den Rechtsvorschriften der BRD (vgl. Art. 1 Buchst. I) i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VO 883/04) aufgrund seines Wohnsitzes in E/BRD (vgl. [§ 3 Nr. 2 SGB IV](#)). Eine im Anschluss an die Entsendung vereinbarte Beschäftigung im Inland wird von Art. 12 Abs. 1 VO (EG) 883/04 nicht (mehr) vorausgesetzt.

b) Der Senat kann daher dahinstehen lassen, ob die von der Beklagten gem. Art. 5 VO (EG) 987/09 erteilte A1-Bescheinigung vom 21.8.2012 die kollisionsrechtliche Frage des anwendbaren Rechts verbindlich regelt. Dagegen spricht, dass die Bescheinigung keine Regelung hinsichtlich der hier zu beurteilenden Vertragsbeziehung, sondern für die Tätigkeit des Klägers bei den österreichischen Tochtergesellschaften trifft. Zudem wird in Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 987/09 eine solche Bindung des Herkunftsstaates nicht angeordnet (vgl. zur Bindungs- und Rückwirkung von A1- und den früheren E101-Bescheinigungen EuGH, u.a. Urteile v. 6.9.2018, [C-527/16](#), v. 11.7.2018, [C-356/15](#), v. 26.1.2006, [C-2/05](#), und v. 30.3.2000, [C-178/97](#), jeweils juris).

2) Die Feststellung der Beklagten, dass der Kläger in seiner Tätigkeit als Interimsmanager für die Beigeladene zu 1) vom 25.5.2010 bis 5.11.2010 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag, erfolgte zu Recht.

a) Die von der Beklagten vorgenommene Statusfeststellung auf der Grundlage von [§ 7a SGB IV](#) wird nicht durch ein anderweitiges Verfahren gehindert. Konkurrierende Verfahren im Sinne des [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) sind allein das Einzugsstellen- und das Betriebsprüfungsverfahren ([§§ 28h Abs. 2](#), 28p SGB IV, vgl. BSG, Urteil v. 14.12.2018, [B 12 R 1/18 R](#), juris).

Das Verfahren auf Erteilung einer A1-Bescheinigung ist kein vorgreifliches Verfahren im Sinne dieser Bestimmung. Das kann aber letztlich dahingestellt bleiben, weil die Bescheinigung nicht für die hier zu beurteilende Vertragsbeziehung (s.o.) und zudem erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens (nach Erlass des Widerspruchsbescheides) erteilt worden ist.

b) Die danach nach allgemeinen Grundsätzen vorzunehmende Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit führt zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) und dem Vorliegen von Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

aa) Der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]).

(1) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Beschäftigung ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht [§ 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI](#),

sondern [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), worauf der Kläger mit Verfügung des Senats vom 19.2.2018 hingewiesen worden ist.

Beschäftigung ist gemäß [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige 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 Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.; vgl. BSG, Urteil v. 14.3.2018, [B 12 KR 13/17 R](#), zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen; Urteil v. 16.8.2017, [B 12 KR 14/16 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 31; Urteil v. 31.3.2017, [B 12 R 7/15 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 30; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalles als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 23.5.2017, [B 12 KR 9/16 R](#), SozR 4-2400 § 26 Nr. 4).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist regelmäßig vom - wahren und wirksamen - Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Auf dieser Grundlage ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der abhängigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. hierzu im Einzelnen BSG, Urteil v. 24.03.2016, [B 12 KR 20/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 29; Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#); Urteil v. 29.07.2015, [a.a.O.](#)).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#); Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 376/12](#), jeweils juris).

(2) Nach Maßgabe dieser Grundsätze steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der festgestellten abgrenzungsrelevanten Indizien und nach Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles entsprechend ihrem Gewicht sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Kläger in dem von dem angefochtenen Bescheid erfassten Zeitraum für die Beigeladene zu 1) im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig geworden ist.

(a) Zu beurteilen ist die Vertragsbeziehung zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1), nicht hingegen der Status des Klägers als "Interimmanager". Insofern kann dahingestellt bleiben, ob es ein dahingehendes Berufsbild gibt, das sich soziotypisch am Markt verfestigt hat. Maßgebend sind die Verhältnisse, wie sie sich aus dem Vertrag ergeben und nach Vertragsschluss geherrscht haben. Beurteilungsgrundlage ist danach der DV vom 19.5.2010 zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1), der wirksam geschlossen worden ist.

(aa) Die vertraglichen Bindungen mit Rechten und Pflichten bestanden zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1), die dem Kläger auch die Vergütung für seine Tätigkeit zahlte. Vertragliche Beziehungen des Klägers zur N Holding GmbH bzw. N GmbH bestanden hingegen nicht. Statusrechtlich nicht relevant ist, dass die Beigeladene zu 1) die dem Kläger gezahlte Vergütung konzernintern der N GmbH weiterbelastete.

(bb) Die Wirksamkeit dieser Vereinbarung richtet sich nach deutschem Recht. Die Beteiligten haben in § 11 Ziff. 1 Satz 2 DV eine nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und 2 VO (EG) 593/08 [Rom-I-Verordnung] zulässige ausdrückliche Rechtswahlvereinbarung hinsichtlich des deutschen Rechts getroffen.

(cc) Eine ggf. vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis führte schon deshalb nicht zu einer Änderung des Vertrags, weil sie mangels Einhaltung der in § 10 DV geregelten doppelten Schriftformklausel formunwirksam wäre ([§ 125 Abs. 1 BGB](#)). Eine derartige abweichende Vertragspraxis ist nicht ersichtlich, zumal der Kläger nach der Vertragskündigung durch die Beigeladene zu 1) seine Rechte aus dem Vertrag vor den deutschen Zivilgerichten verfolgt hat.

(dd) § 7 DV verdeutlicht den Willen der Vertragsparteien, kein Arbeitsverhältnis begründen zu wollen. Dies gilt ebenso für die Regelungen, nach denen Urlaub nicht vergütet wird (§ 4 Abs. 5 DV) und ein Anspruch auf Vergütung während der Krankheit nicht besteht (§ 4 Abs. 6 DV). Weitere Regelungen des DV sprechen hingegen eher für eine abhängige Beschäftigung. § 1 DV regelt die Aufgabenbereiche des Klägers. Da in inhaltlicher Hinsicht keine Weisungsfreiheit vereinbart war - § 2 Abs. 6 DV regelt nur Freiheiten in der Bestimmung des Arbeitsortes und

der Arbeitszeit -, bestand die Rechtsmacht der Beigeladene zu 1) für die nähere Ausgestaltung der Tätigkeit des Klägers in inhaltlicher Hinsicht durch einseitige Weisung. Hiermit korrespondierte die Verpflichtung des Klägers gem. § 2 Abs. 4 DV zur "ausführlichen direkten Berichterstattung an den Regional Operations Director" Herrn L", im Bedarfsfall zur Fertigung von Schreiben, Vermerken und Stellungnahmen sowie zur Teilnahme an Besprechungen.

Freiheiten hinsichtlich der Arbeitszeit waren nach den vertraglichen Regelungen nur vordergründig vorhanden. § 3 Abs. 1 DV regelte eine regelmäßige Arbeitszeit von Montag bis Donnerstag. In der Zusammenschau mit § 4, der das Honorar für Einsatztage und nicht -stunden regelte, war vereinbart, dass es sich um eine Tätigkeit an ganzen Tagen handelte. Die Motive für diese Arbeitszeitregelung sind statusrechtlich nicht relevant. Darüber hinaus bestimmte § 3 Abs. 2 DV, dass der Kläger Urlaub nur in Abstimmung mit dem Unternehmen nehmen konnte. Damit war geregelt, dass er grundsätzlich vier ganze Tage pro Woche für die Beigeladene zu 1) tätig zu sein hatte. Wesentliche Freiheiten bei der Bestimmung der Arbeitszeit waren damit nicht vorhanden.

Der Aufgabenbereich als Werkleiter machte ein Tätigwerden vor Ort in Österreich erforderlich, wie die vom Kläger der Beigeladenen zu 1) gestellten Rechnungen belegen. Mit diesen wurden stets ganze Einsatztage vor Ort in Österreich abgerechnet. Freiheiten des Klägers bei der Bestimmung des Arbeitsortes bestanden daher aufgrund der vereinbarten Aufgabenbereiche nicht im maßgeblichen Umfang.

Die Vereinbarung einer nach Einsatztagen zu berechnenden Festvergütung, einer Reisekostenerstattung und der Gewährung eines Dienstwagens sind ebenfalls für leitende Angestellte arbeitsvertragstypische Regelungen (§ 4 DV).

(b) Auf dieser vertraglichen Grundlage war der Kläger in erheblichem Umfang in einen für ihn fremden Betrieb, nämlich denjenigen der Beigeladenen zu 1), eingegliedert und weisungsgebunden tätig gewesen.

(aa) Für die Frage von Weisungsgebundenheit und Eingliederung ist dabei nicht maßgebend, dass der Kläger in erster Linie Teil der Arbeitsorganisation der österreichischen Tochtergesellschaften war. Vielmehr ist zu beachten, dass sich das Weisungsrecht eines Arbeitgebers je nach den Umständen auch darauf erstrecken kann, dass der Beschäftigte zur Arbeitsleistung in die Betriebe des Endkunden entsandt wird, da die Dienstleistung auch dann fremdbestimmt bleibt (vgl. BSG, Urteil v. 14.3.2018, [B 12 KR 12/17 R](#), Rdnr. 34, juris). Für die Entsendung an ein konzernzugehöriges Drittunternehmen kann nichts anderes gelten.

(bb) Die Eingliederung des Klägers in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) bzw. ihrer Tochtergesellschaften liegt in erheblichem Maße vor. Der Kläger war nach den vereinbarten Aufgabenbereichen in § 1 DV nicht nur mit beratenden, sondern in erheblichem Umfang operativen, mit entsprechenden Weisungsrechten an Mitarbeiter ausgestatteten Aufgaben (Werksleitung, Mitarbeiterführung) tätig. Die Sicherstellung der industriellen Fertigung verschiedener Produkte erfolgte mit Unterstützung des zentralen Manufacturing Engineering. Es bestanden Berichtspflichten des Klägers gegenüber dem Regional Operations Director und damit nicht gegenüber der Beigeladenen zu 1), sondern einem unmittelbaren Vorgesetzten (dem "ersten" Geschäftsführer) bei den österreichischen Gesellschaften. Der Kläger nahm entsprechend seinen vertraglichen Pflichten an Besprechungen teil. Er erbrachte regelmäßig seine Arbeitsleistung von Montag bis Donnerstag vor Ort im Werk in Österreich. Hierfür wurde ihm dort ein eigenes Büro zur Verfügung gestellt. Urlaub konnte der Kläger nur in Abstimmung mit der Beigeladenen zu 1) "nehmen", d.h. der Urlaub konnte nicht einseitig vom Kläger festgelegt werden, sondern war einverständlich mit der Beigeladenen zu 1) abzusprechen.

Den Berichtspflichten kam der Kläger monatlich nach. Anschließend erfolgte eine Besprechung mittels Telefonkonferenz. Bereits hierdurch unterlag der Kläger der Kontrolle durch die Beigeladene zu 1), die letztlich zur vorzeitigen Beendigung der Vertragsbeziehung durch die Beigeladene zu 1) führte.

(cc) Auf dieser Grundlage war der Kläger - jedenfalls im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess - auch in wesentlichen Bereichen, vor allem hinsichtlich der Art und Weise seiner Tätigkeit, weisungsgebunden.

Aus den vertraglichen Regelungen ergab sich die Weisungsgebundenheit des Klägers gegenüber der Beigeladenen zu 1) [s.o.]. Wie bereits oben dargelegt bestand die Freiheit hinsichtlich der Bestimmung des Arbeitsortes und der Arbeitszeit nach § 2 Abs. 6 DV nur vordergründig. Wer vier Werktage pro Woche für einen Auftraggeber zu arbeiten hat, braucht, um in persönliche Abhängigkeit zu geraten, hierzu keinen Einzelweisungen zu unterliegen. Die Notwendigkeit der Tätigkeit vor Ort ergab sich grundsätzlich schon aus der Verpflichtung zur Werksleitung.

Diese Auslegung wird durch die Vertragspraxis, insbesondere die Bestellung des Klägers zum Geschäftsführer beider österreichischer Tochtergesellschaften bestätigt. Die Rechtswirkungen dieser Bestellung richten sich aufgrund des Sitzstatutes der Gesellschaften nach österreichischem Recht (vgl. [Art. 54 AEUV](#) - die ab 1.12.2009 geltende Fassung des Lissabon-Vertrages ist für den gesamten Streitzeitraum maßgeblich). Nach § 20 österreichisches GmbHG war der Kläger an Weisungen der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates der Gesellschaften gebunden.

Inwieweit dem Kläger in diesem Rahmen tatsächlich Weisungen erteilt worden sind, kann dahinstehen, weil es allein auf die Rechtsmacht hierzu ankam. Die Nichtausübung eines bestehenden Weisungsrechts beseitigt die Weisungsgebundenheit nicht.

Ebenso wenig ist die behauptete besondere Fachkompetenz des Klägers geeignet, eine statusrelevante Weisungsfreiheit zu begründen. Die Fachkompetenz des Klägers ist kein für Selbstständigkeit sprechendes Indiz. Dies gilt auch dann, wenn sein Ausscheiden aus dem Unternehmen der Beigeladenen zu 1) mit wirtschaftlichen Turbulenzen oder gar deren Liquidation verbunden gewesen wäre (BSG, Urteil v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 24).

Im Übrigen entspricht es dem beruflichen Anforderungsprofil eines Geschäftsführers bzw. eines leitenden Angestellten, der in einem Betrieb höhere Dienste leistet, dass dieser für seinen Geschäftsbereich ein besonderes Fachwissen und spezielle Kenntnisse und Erfahrungen einbringt, die ihn befähigen, in seinem Zuständigkeitsbereich für das Unternehmen erfolgreich tätig zu sein (Senat, Urteil v. 17.10.2012, [L 8 R 545/11](#), juris). In solchen Fällen ist ein stark abgeschwächtes Weisungsrecht für die ausgeübte Tätigkeit geradezu charakteristisch. Dennoch werden derartige Tätigkeiten, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des

Betriebes ausgeübt werden. Wie weit die Lockerung des Weisungsrechts in der Vorstellung des Gesetzgebers gehen kann, ohne dass deswegen die Stellung als Beschäftigter entfällt, zeigen beispielhaft die gesetzlichen Sonderregelungen zur Versicherungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft in der Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 1 Satz 4 SGB VI](#) sowie [§ 27 Abs. 1 Nr. 5 SGB III](#)), die regelmäßig abhängig beschäftigt sind, auch wenn sie die Gesellschaft in eigener Verantwortung zu leiten haben und gegenüber der Belegschaft Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen (BSG, Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), a.a.O.; Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), a.a.O.; jeweils m.w.N.). Allein weitreichende Entscheidungsbefugnisse eines "leitenden Angestellten", der in funktionsgerecht dienender Teilhabe am Arbeitsprozess einem gemilderten Weisungsrecht unterliegt, machen diesen nicht schon zu einem Selbstständigen (vgl. BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#); Senat, Urteil v. 17.10.2012, [a.a.O.](#)).

(c) Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit haben sich nur in eingeschränktem Maße feststellen lassen:

(aa) Der Kläger unterhielt zwar in E eine eigene Betriebsstätte in Form eines Büros mit entsprechender Ausstattung. Diesem Umstand kommt allerdings kein maßgebliches Gewicht zu, da der Kläger nach § 2 Abs. 2 DV Anspruch auf ein seitens der Beigeladenen zu 1) zur Verfügung zu stellendes Büro hatte und aufgrund der ihm übertragenen Aufgabenbereiche mit u.a. der Leitung des Werkes in Österreich und der Führung der dortigen Mitarbeiter seine Tätigkeit im Wesentlichen vor Ort in Österreich zu erbringen war und vom Kläger auch erbracht wurde.

(bb) Der Kläger unterlag im Rahmen der hier zu beurteilenden Vertragsbeziehung auch keinem wesentlichen unternehmerischen Risiko: Angesichts der ihm zustehenden Festvergütung lief er nicht Gefahr, seine Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes einzusetzen. Seine Tätigkeit verlangte auch keinen substantiell relevanten, mit einem Verlustrisiko verbundenen Kapitaleinsatz. Nach § 2 Abs. 2 DV stand ihm ein Anspruch auf ein von der Beigeladenen zu 1) zur Verfügung zu stellendes Büro, nach § 4 Abs. 2 DV ein Anspruch auf Ersatz der Reisekosten sowie nach § 4 Abs. 3 DV ein Dienstfahrzeug in Österreich mit Übernahme der laufenden Kosten durch die Beigeladene zu 1) zu.

Das allgemeine Risiko, nach Beendigung des befristeten Auftragsverhältnisses zeitweise die eigene Arbeitskraft nicht verwerten zu können (Auftragsrisiko), ist kein Risiko bezüglich des streitigen Auftragsverhältnisses, sondern entspricht dem Risiko eines befristet beschäftigten Arbeitnehmers, im Anschluss an das befristete Arbeitsverhältnis nicht unmittelbar erneut eine Beschäftigung zu finden. Die Befristung des DV ist demgemäß kein für Selbstständigkeit sprechender Gesichtspunkt.

Der vertragliche Ausschluss von Entgeltfortzahlung bei Krankheit und im Urlaub ist ebenfalls kein für Selbstständigkeit sprechendes Indiz. Allein die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als abhängig Beschäftigter anzusehen ist, mit zusätzlichen Risiken rechtfertigt nicht die Annahme von Selbstständigkeit im Rechtssinne (BSG, Urteil v. 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), juris). Das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Urlaubsanspruchs bzw. eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung bei Krankheit ist Rechtsfolge des Vorliegens bzw. Nichtvorliegens der Eigenschaft als Arbeitnehmer und damit nicht mit statusbegründend (vgl. BSG, Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#)).

Die in § 8 DV vereinbarte Haftung ist ebenfalls kein für Selbstständigkeit sprechendes Indiz. Denn auch Arbeitnehmer müssen ihren Arbeitgebern - wenn auch nur in den Grenzen der hierzu entwickelten Rechtsprechung (vgl. BAG GS, Beschluss v. 27.9.1994, [GS 1/89](#) (A), AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, BAG, Urteil v. 25.9.1997, [8 AZR 288/96](#), AP Nr. 111 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers) - grundsätzlich den aus der Verletzung vertraglicher Pflichten entstandenen Schaden ersetzen (vgl. hierzu nur die Regelung des [§ 619a BGB](#)). Die in § 8 DV vereinbarte Haftung bleibt mit der Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sogar noch hinter den vom BAG entwickelten Grundsätzen für die Arbeitnehmerhaftung zurück.

(cc) Eine im Wesentlichen freie Gestaltung seiner Tätigkeit und Bestimmung seiner Arbeitszeit bestand bei dem Kläger nicht (Rechtsgedanke des [§ 84 Abs. 1 Satz 2](#) Handelsgesetzbuch). Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Freiheiten bei der Aufgabenerfüllung sind erst dann ein aussagekräftiges Indiz für Selbstständigkeit, wenn sie nicht mehr innerhalb des Rahmens dienender Teilhabe am Arbeitsprozess zu verorten sind und insbesondere eigennützig durch den Auftragnehmer zur Steigerung seiner Verdienstmöglichkeiten eingesetzt werden können (vgl. BSG, Urteil v. 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), [BSGE 120, 99-113](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr. 31, Urteil v. 31.3.2015, [B 12 KR 17/13 R](#), juris, RdNr. 20). Solches wird typischerweise eher anzunehmen sein, wenn es sich um höherwertige Tätigkeiten handelt (vgl. bereits BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris, RdNr 16 mwN; [BAGE 88, 327](#), 335 = AP Nr 94 zu § 611 BGB Abhängigkeit) und die Honorierung des Auftragnehmers vom Arbeitsergebnis und -erfolg abhängig ist (z.B. von Umsatz- und Verkaufszahlen, gestaffelten Provisionen, usw.), nicht dagegen in gleicher Weise, wenn sich die Vergütung vornehmlich nach dem zeitlichen Umfang des geleisteten Arbeitsaufwandes richtet (vgl. bereits BSG SozR 2200 § 165 Nr 32 S 40; BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 51](#) S 73 f; andererseits für Beschäftigung trotz erfolgsabhängiger Vergütung zB BSG SozR 2200 § 165 Nr. 63 S 87 f; BSG SozR Nr. 10 zu § 2 AVG Aa 14).

(dd) Für eine selbstständige Tätigkeit spricht das nach eigenem Bekunden mit nicht unerheblichem Aufwand verbundene, auf eine potenzielle Vielzahl von Auftraggebern gerichtete werbende Auftreten am Markt. Allerdings kommt diesem Indiz kein hohes Gewicht zu, da es sich jeweils um Anschlussaufträge handelte, also keine zeitgleiche Tätigkeit für mehrere Auftraggeber.

(d) In der Gesamtschau überwiegen damit die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, eindeutig, zumal die maßgeblichen Kriterien der Weisungsgebundenheit und Eingliederung gegeben sind und maßgeblich für Selbstständigkeit sprechende Indizien nicht vorliegen.

bb) Tatbestände, die eine Versicherungsfreiheit des am 1.7.1957 geborenen Klägers vom 25.5.2010 bis zum 5.11.2010 in der gesetzlichen Rentenversicherung und der Arbeitslosenversicherung begründen, liegen nicht vor.

cc) Ein späterer Eintritt der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung gem. [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) ist nicht eingetreten, da die Antragstellung am 19.4.2011 und damit nicht binnen eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit zum 25.5.2010 erfolgte.

D. Die Kostenentscheidung beruht auf den [§§ 183, 193 SGG](#).

E. Gründe für die Zulassung der Revision gem. [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2020-02-17