

L 16 KR 210/02

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 9 KR 260/00
Datum
25.06.2002
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 KR 210/02
Datum
24.07.2003
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 25. Juni 2002 geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 07. Dezember 1999 und der Widerspruchsbescheid vom 15. Juni 2000 werden aufgehoben. Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten der Klägerin. Im übrigen sind Kosten nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beigeladene zu 4) für die Klägerin im Rahmen eines Beratervertrages versicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist.

Die Klägerin, die ein mit öffentlichen Mitteln gefördertes Unternehmen zur Gründung weiterer Unternehmen betreibt, schloss am 25.06.1999 mit dem Beigeladenen zu 4) folgenden Beratervertrag:

§ 1 Vertragsgegenstand

(1) Der Vertragspartner zu 1) betreibt ein Gründer- und Technologiezentrum.

(2) Der Vertragspartner zu 1) bietet dem Vertragspartner zu 2) folgende Projekte zur Ausübung an:

Beratung und Unterstützung notleidender Unternehmen:

- Genaue Spezifikation und Definition der anzubietenden Produkte und Leistungen
- Vergleiche der Produkte und Leistungen mit Konkurrenzangeboten
- Absicherung und Überprüfung von Patenten
- Mögliche Kunden und Absatzmärkte
- Erforderliche Mitarbeiter
- Terminpläne für die Sanierungsphase
- Investitionspläne und Finanzierungskonzepte
- Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen
- Hilfe bei Genehmigungsverfahren
- Unterstützung bei Vertriebsaktivitäten Kontakte zu Kunden

Spin-off im GTC ansässigen Unternehmen

- Erfassung der wichtigsten Eckdaten der ansässigen Mieter
- Aufzeichnung der historischen Entwicklung der GTC - Unternehmen
- Prognose des Aussiedlungspotentials aller GTC-Mieter in den nächsten drei Jahren
- Empfehlung zur Beschleunigung dieses Prozesses
- Unterstützung der Unternehmen, die bereits aussiedlungsfähig sind durch:
 - Kontaktaufnahme mit der Entwicklungsgesellschaft Gummersbach
 - Erstellung von Finanzierungsplänen

- Planungshilfen bei der Auswahl von Grundstück, Gebäude und Ausstattung

Insgesamt werden für diese beiden Projekte 120 Manntage à 8 Std. veranschlagt.

(3) Der Vertragspartner zu 2) nimmt das in Abs. 2 enthaltene Angebot an.

§ 2 Vergütung

(1) Das Honorar beträgt 10.000,00 DM pro Monat zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer.

(2) Der Vertragspartner zu 2) hat für die erbrachte Tätigkeit einen monatlichen Stunden- und Leistungsnachweis an den Vertragspartner zu 1) zu erbringen.

(3) Die Honorierung erfolgt mit Ablauf des Monats, in dem der Vertragspartner zu 2) die Tätigkeit nach § 1 Abs. 2 sowie § 2 Abs. 2 erfüllt hat.

(4) Die Zahlungsweise ist unbar auf das Konto des Vertragspartners zu 2) bei der D ... Bank in D ..., Konto-Nr ... Bankleitzahl ... vereinbart.

(5) Steuern und Krankenkassenbeiträge im Rahmen einer freiwilligen Versicherung führt der Vertragspartner zu 2) selbst ab.

§ 3 Kosten, Spesen

(1) Zur Erfüllung der vertraglichen Leistung stellt der Vertragspartner zu 1) dem Vertragspartner zu 2) sämtliche in seinem Büro befindlichen Materialien und Gerätschaften zur Verfügung. Telefonbenutzung durch den Vertragspartner zu 2) erfolgt dort nach dessen freiem pflichtgemäßem Ermessen. Auf die Führung von Nachweisen für Materialverbrauch, Geräte- und Telefonbenutzung wird verzichtet.

(2) Die Parteien sind sich darüber einig, daß bei der von ihnen gewählten Vertragsgestaltung Kosten und Spesen für die vertragsgemäße Leistungserbringung durch den Vertragspartner zu 2) nicht anfallen werden. Andernfalls erfolgt gesonderte Vereinbarung zwischen den Parteien.

§ 4 Weisungsgebundenheit

(1) Dem Vertragspartner zu 1) steht eine Weisungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner zu 2) aufgrund dieses Vertrages nicht zu.

(2) Der Vertragspartner zu 2) besitzt aufgrund dieses Vertrages keine Weisungsbefugnis gegenüber den Arbeitern und Angestellten des Vertragspartners zu 1).

§ 5 Arbeitszeit

Der Vertragspartner zu 2) teilt seine Arbeitszeit nach freiem, pflichtgemäßem Ermessen ein. An eine regelmäßige Arbeitszeit ist er nicht gebunden. Bei der Einteilung und dem Umfang der Arbeitszeit berücksichtigt er jedoch die fristgerechte Erstellung der Tätigkeit nach § 1 Abs. 2.

§ 6 Schweigepflicht

Der Vertragspartner zu 2) verpflichtet sich, über alle ihm während seiner Tätigkeit für den Vertragspartner zu 1) bekannt gewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse und alle sonstigen geschäftlichen bzw. betrieblichen Tatsachen, auch nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, Stillschweigen zu bewahren.

§ 7 Aufbewahrung und Rückgabe von Unterlagen

...

§ 8 Nebentätigkeit

Dem Vertragspartner zu 2) ist das Recht eingeräumt, Nebentätigkeiten auszuüben. Ausgeschlossen sind jedoch Tätigkeiten i.S. von § 9.

§ 9 Wettbewerbsverbot

(1) Der Vertragspartner zu 2) verpflichtet sich, während der Dauer des Vertragsverhältnisses alle Tätigkeiten zu unterlassen, welche die Interessen des Vertragspartners zu 1) berühren.

(2) Der Vertragspartner zu 2) verpflichtet sich außerdem, jede selbständige und unselbständige, direkte oder indirekte Tätigkeit für eine dem Vertragspartner zu 1) vergleichbare Gesellschaft zu unterlassen.

§ 10 Vertragsdauer, Kündigung

(1) Der Vertragsbeginn wird festgelegt auf den 15.06.1999. Der Vertrag endet am 31.12.1999.

(2) ...

(3) ...

§ 11 Sonstige Vereinbarungen

...

§ 12 Erfüllungsort und Gerichtsstand

...

Mit Bescheid vom 07.12.1999 stellte die Beklagte nach den Angaben des Beigeladenen zu 4) fest, dass dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin stehe.

Die Klägerin legte mit Schreiben vom 16.12.1999 Widerspruch ein und machte geltend, der Beigeladene zu 4) sei nicht abhängig beschäftigt, denn entgegen der Annahme der Beklagten könne er seine Arbeitszeit frei gestalten, unterliege keinen Weisungen und sei nicht verpflichtet, seine Arbeiten persönlich auszuführen. Die zur Verfügungstellung einer Räumlichkeit sei für die Erfüllung des speziellen Projekts, für das der Beigeladene zu 4) beauftragt worden sei, sinnvoll. Tatsächlich arbeite er aber auch in seinem eigenen Büro in E ... Der Beigeladene zu 4) habe ihr auch erklärt, dass er andere deutsche Unternehmen berate, was ihm nach dem Vertrag auch ausdrücklich freigestellt sei. Schließlich habe er auch ein unternehmerisches Risiko, weil die Honorierung nur unter der Prämisse erfolge, dass die Leistung erbracht und dokumentiert werde, so dass es sich um eine wie bei Beraterverträgen übliche leistungsbezogene Bezahlung handele. Dem widersprach der Beigeladene zu 4) und macht geltend, er selbst habe andere Arbeitnehmer nicht beschäftigt und sei von der Klägerin aufgefordert worden, persönliche Fehler des früheren Geschäftsführers der Klägerin, Dr. W ..., auszubügeln. Er selbst sei für keine anderen Unternehmen tätig geworden, sondern habe nur im Auftrag der Klägerin die von ihr gegründeten Unternehmen beraten. Zur ordnungsgemäßen Bearbeitung der Projekte, sei er darauf angewiesen gewesen, während der üblichen Arbeitszeiten des Büros der Klägerin dort tätig zu werden. So habe er z.B. abends das Fax-Gerät nicht mehr nutzen können, weil die entsprechenden Räume abgeschlossen gewesen seien und er hierfür keine Schlüssel gehabt habe. Über sämtliche geleisteten Stunden habe er einen Nachweis führen und seinen Urlaub frühzeitig anmelden müssen. Der Geschäftsführer der Klägerin habe ihn auch zu konkreten Tätigkeiten angewiesen, wie z.B. sich um das Alarmsystem zu kümmern oder einen schriftlichen Bericht über eine Firma abzuändern. Er habe im wesentlichen seine Tätigkeit in dem von der Klägerin zur Verfügung gestellten Büro, welches vollständig eingerichtet gewesen sei, verrichtet. Dass er daneben auch in seinem eigenen Arbeitszimmer gearbeitet habe, stehe der Beurteilung einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Ein unternehmerisches Risiko habe er nicht getragen, weil er jedenfalls ein monatliches Honorar in Höhe von 10.000,- DM erhalten habe und dieses Honorar auch in der Zeit der urlaubsbedingten Abwesenheit geflossen sei.

Mit Widerspruchsbescheid vom 15.06.2000 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück, weil der Beigeladene zu 4) weder unternehmerisch tätig geworden sei noch ein Unternehmerrisiko getragen habe. Er habe kein Gewerbe angemeldet und sei nur für einen Auftraggeber tätig geworden, habe keine Arbeitnehmer beschäftigt, keine Werbeaktivitäten unternommen und ein monatliches Honorar von 10.000,- DM erhalten ohne die Verpflichtung, für eine Urlaubs- oder Arbeitsunfähigkeitszeit eine Ersatzkraft zu stellen. Der Beigeladene zu 4) sei während der üblichen Arbeitszeiten in einem für ihn eingerichteten Büro tätig geworden, habe seinen Urlaub anmelden müssen und sei in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert gewesen. Des weiteren habe nach § 9 des Beratervertrages ein Wettbewerbsverbot bestanden.

Die Klägerin hat am 14.07.2000 vor dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf Klage erhoben, das diese an das SG Köln zuständigkeitshalber verwiesen hat. Die Klägerin hat geltend gemacht, die Vertragsparteien hätten ausdrücklich vereinbart, dass der Beigeladene zu 4) nicht weisungsgebunden und in der Erbringung seiner Arbeitszeit frei sei. Es sei weitestgehend auf das Direktionsrecht mit der Folge verzichtet worden, dass eine persönliche Abhängigkeit begründet werde. Infolge dessen sei darauf verzichtet worden, dem Beigeladenen zu 4) die Ausübung einer Nebentätigkeit zu verbieten. Das Wettbewerbsverbot verdiene seinen Namen eigentlich nicht, weil es nur eine reine Selbstverständlichkeit regele bezüglich der Pflicht der Vertragspartner, sich wechselseitig nicht zu schädigen. Der Beratervertrag, der sich nur auf eine genau abgegrenzte Projektzeit bezogen habe, habe eine leistungsbezogene Vergütung vorgesehen mit der Folge, dass Entgeltfortzahlungsansprüche im Fall des Urlaubs oder der Krankheit nicht begründet worden seien. Diese vertraglichen Vereinbarungen seien von den Vertragsparteien auch gelebt worden. Schon mit Schreiben vom 19.07.1999 habe sie - die Klägerin - gegenüber dem Beigeladenen zu 4) keinen Zweifel daran gelassen, dass dieser nicht weisungsgebunden sei. Tatsächlich seien ihm auch zu keinem Zeitpunkt Anweisungen bezüglich Zeit, Ort und Art und Weise der Leistungserbringungen erteilt worden. Der Beigeladene zu 4) habe im wesentlichen die Aufgabe gehabt, notleidend gewordene Unternehmer aus ihrem Hause betriebswirtschaftlich zu beraten. In der Anfangszeit des Projekts hätten Besprechungen zwischen ihrem Geschäftsführer und dem Beigeladenen zu 4) stattgefunden, wobei die besonderen Situationen und Problemstellungen der Unternehmen erläutert worden seien. Nach diesen Anfangsbesprechungen sei der Beigeladene zu 4) nicht weiter angewiesen worden. Insoweit sei lediglich eine Zielvorgabe gegeben worden. Der Beigeladene zu 4) habe insgesamt 11 Unternehmen betreut, und dabei immer eigenständig gearbeitet. Der Beigeladene habe auch nicht notleidende Unternehmen, so etwa eine Mieterin von ihr - der Klägerin -, beraten, was außerhalb des abgeschlossenen Dienstvertrages geschehen sei. Der Beigeladene zu 4) habe von dem ihm eingeräumten Freiraum auch Gebrauch gemacht, denn er habe in einer für Arbeitnehmer untypischen Weise auch an Wochenenden, insbesondere an den Sonntagen, gearbeitet. Er sei nicht in die Arbeitsorganisation eingegliedert gewesen. Die Stellung eines Büros sei eine zwischen Unternehmen und selbständigen Beratern übliche Praxis. Dass der Beigeladene zu 4) auch während der Laufzeit des Beratervertrages nur für sie - die Klägerin - tätig geworden sei, sei ohne Bedeutung; denn angesichts der Kürze dieser Laufzeit könne nicht ausschließlich auf diese Zeit abgestellt werden, weil andernfalls jeder Berater, der keinen Anschlussauftrag finde, zu einem Arbeitnehmer werde. Entsprechende Beratertätigkeiten würden üblicherweise nur durch Selbständige erbracht, wie es auch ihrer Erwartung entsprochen habe. Der Beigeladene zu 4) habe ein unternehmerisches Risiko getragen, weil er keine Entgeltfortzahlungsansprüche gehabt habe und die Entgeltansprüche nur für sechs Monate bestanden hätten. Mit der Vergütung allein habe er unter Berücksichtigung der von ihm zu tragenden Versicherungs- und Steuerpflichten seinen Jahreslebensunterhalt nicht decken können. Der Beigeladene zu 4) habe schließlich auch keinen Urlaub genommen, denn es habe nur Tätigkeits- und Nichttätigkeitszeiten gegeben. Erstere seien vergütet worden, letztere nicht. Wenn er keine eigentlichen Tätigkeiten für sie - die Klägerin - erbracht habe, habe er gleichwohl wie ein selbständiger Unternehmer Kontakt zu ihr gehalten. Wenn er selbst einräume, dass er abends Fax-Geräte in den Büroräumlichkeiten nicht mehr habe nutzen können, zeige dies, dass er nicht abhängig beschäftigt gewesen sei, weil nämlich ihren (abhängig beschäftigten) Mitarbeitern Schlüssel für die entsprechenden Räumlichkeiten zur Verfügung gestanden hätten.

Das SG hat den Beigeladenen zu 4) angehört und den Geschäftsführer der Klägerin H ... (H.) als Zeugen vernommen. Wegen derer Angaben wird auf die Sitzungsniederschrift vom 14.05.2002 verwiesen. Mit Urteil vom 25.06.2002 hat das SG die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das ihr am 30.08.2002 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 27.09.2002 Berufung eingelegt. Sie ist weiterhin der Auffassung, eine Betrachtung allein der projektbezogenen Tätigkeit des Beigeladenen zu 4) für sie werde der Angelegenheit nicht gerecht, richtigerweise müsse im Rahmen einer Gesamtbetrachtung die gesamte Tätigkeit des Beigeladenen zu 4) untersucht werden. Insoweit sei er aber unternehmerisch tätig geworden, denn es sei ihm gelungen, einen Einzelauftrag, nämlich den für sie, zu werben. Insoweit sei der Beigeladene zu 4) mit einem Werkunternehmer zu vergleichen. Weisungen habe der Beigeladene zu 4) nur im Sinne fachlicher Weisungen im Rahmen von Abstimmungen zwischen ihrem Geschäftsführer und ihm erhalten, nicht aber als Ausdruck der Ausübung einer Weisungsbefugnis.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des SG Köln vom 25.06.2002 zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 07.12.1999 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 15.06.2000 aufzuheben.

Die Beklagte und der Beigeladene zu 4) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten ebenso wie die Beigeladenen zu 1) bis 3) das angefochtene Urteil für zutreffend.

Der Senat hat den Beigeladenen zu 4) sowie den Geschäftsführer der Klägerin (H.) gehört und dessen Sekretärin S ... als Zeugin vernommen. Wegen deren Angaben wird auf die Sitzungsniederschrift vom 24.07.2003 verwiesen.

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

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) bis 3) verhandeln und entscheiden können, da diese mit der ordnungsgemäßen Ladung auf die entsprechende Möglichkeit, deren Zulässigkeit aus dem Regelungsgehalt der [§§ 110 Abs. 1, 126, 127](#) i.V.m. [§ 153 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) folgt, hingewiesen worden sind.

Die zulässige Berufung ist begründet. Die Klägerin ist durch den angefochtenen Bescheid der Beklagten beschwert, weil diese zu Unrecht die Versicherungspflicht der Beschäftigung des Beigeladenen zu 4) festgestellt hat.

Die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung - [SGB V]), in der Rentenversicherung ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) - Gesetzliche Rentenversicherung -), in der Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#) - Soziale Pflegeversicherung -) sowie in der Arbeitslosenversicherung ([§ 25 Abs. 1 SGB III](#) - Arbeitsförderung -) setzt jeweils voraus, dass eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt besteht. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - in der noch bis zum 31.12.1999 geltenden Fassung (a.F., jetzt [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Eine Beschäftigung in diesem Sinne ist gegeben, wenn der Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (ständige Rechtsprechung des BSG, vgl. SozR 3-2400 § 7 Nrn. 4, 13, 15; zuletzt Urteile vom 18.12.2001 - B 12 KR 8 und 10/01 R - = SozR 3-2400 § 7 Nrn. 19, 20). Die selbständige Tätigkeit wird demgegenüber 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 (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 22; [SozR 3-2400 § 7 Nr. 15](#)). Die abhängige Beschäftigung grenzt sich von der selbständigen Tätigkeit danach ab, welche dieser Merkmale überwiegen, wobei das Gesamtbild der Arbeitsleistung und die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend sind, sofern sie von den vertraglichen Vereinbarungen abweichen (BSG a.a.O.; BSG SozR 3-2400 § 7 Nrn. 4, 13; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

In Anlehnung an diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze bestimmte die durch das Rentenreformgesetz 1999 ([BGBl. I 1997, S. 2998](#)) mit Wirkung vom 01.01.1999 eingefügte und bis zum 31.03.2000 gültige und damit hier anzuwendende Vorschrift des [§ 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV](#), dass bei Personen, die erwerbstätig sind und 1. im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit mit Ausnahme von Familienangehörigen keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, 2. regelmäßig und im wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind, 3. für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen erbringen, insbesondere Weisungen des Auftraggebers unterliegen und in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert sind oder 4. nicht aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten, vermutet wird, dass sie gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, wenn mindestens zwei der genannten Merkmale vorliegen. Die danach auch bezüglich der Beschäftigung des Beigeladenen zu 4) für die Klägerin geltende Vermutung der entgeltlichen Beschäftigung - Erfüllung der Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nrn. 1 und 2 SGB IV](#) - sieht der Senat jedoch aufgrund der vertraglichen und tatsächlichen Ausgestaltung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 4) für die Klägerin als widerlegt an.

Nach der als "Beratervertrag" überschriebenen Vereinbarung zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 4) war eine Weisungsbefugnis ersterer ausdrücklich ausgeschlossen (§ 4) und eine regelmäßige Arbeitszeit nicht vereinbart (§ 5). Dem Beigeladenen zu 4) oblag die Beratung und Unterstützung notleidender Unternehmen sowie das Spin-off der in dem von der Klägerin geführten Zentrum ansässigen Unternehmen. Wann, wie und in welchem Umfang der Beigeladene zu 4) die insoweit in § 1 Abs. 2 des Beratervertrages niedergelegten Tätigkeiten ausführte, war ihm völlig frei überlassen. Der Senat ist aufgrund des gesamten Ermittlungsergebnisses zu dem Ergebnis gelangt, dass der Beigeladene zu 4) auch nicht tatsächlich zumindest in Form einer dienenden Teilhabe (vgl. dazu [BSGE 16, 289, 194; SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#) m.w.N.) in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen ist. Gegen eine solche Eingliederung in den Betrieb

sprechen die Angaben des Geschäftsführers der Klägerin H., die allerdings entgegen der Ansicht des SG nur als Parteivorbringen zu werten sind, da der Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter der GmbH als Partei nicht Zeuge über die Angelegenheiten der GmbH sein kann (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung - ZPO -, 61. Aufl., Rdn. 13 bis 15 Übers. § 373). Auch eine Vernehmung als Partei kommt mangels einer Verweisung in [§ 118 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) auf die entsprechenden Bestimmungen der [§§ 445 bis 448 ZPO](#) nicht in Betracht. Die Angaben von H. finden jedoch sowohl in den Bekundungen der vom Senat gehörten Zeugin S ... wie auch in dem aktenkundigen Schriftverkehr zwischen H. und dem Beigeladenen zu 4) ihre Bestätigung.

Danach sieht es der Senat als erwiesen an, dass der Beigeladene zu 4) zwar ein eigenes Büro durch die Klägerin gestellt erhalten hat, er jedoch zu den übrigen Büros der Klägerin keinen Zugang haben und auch deren Sekretärin ihn nur in dem Umfang zuarbeiten sollte, wie sie dies für alle in dem Gründer- und Technologiezentrum ansässigen Drittunternehmen tat, nämlich Unterstützung durch Materialausgabe, Kaffeekochen und gelegentlichen Telefondienst (Gesprächsannahme und entsprechende Benachrichtigung). Daneben sollte die Zeugin S ... aber keine typischen Bürotätigkeiten für den Beigeladenen zu 4) ausführen, wie dies für einen Beschäftigten der Klägerin üblicherweise zu erwarten gewesen wäre. Auch die von der Zeugin, vom Beigeladenen zu 4) nicht widersprochenen Angabe, dass die übrigen Büroräume für den Beigeladenen zu 4) in Abwesenheit der Sekretärin verschlossen sein sollten, sprechen gegen eine Eingliederung des Beigeladenen zu 4) in den Betrieb der Klägerin. Es haben zwar relativ regelmäßige Besprechungen zwischen H. und dem Beigeladenen zu 4) stattgefunden, diese sind jedoch in erster Linie auf Wunsch des Beigeladenen zu 4) zustande gekommen und daher nicht Ausdruck einer Weisungsbefugnis des H. Dies bestätigt die Angabe der Zeugin, wonach in der Regel der Beigeladene zu 4) zu H. gekommen ist, ohne dass letzterer nach B. gerufen oder geschickt hätte. Die gegenteiligen Behauptungen des Beigeladenen zu 4) sind für den Senat nicht plausibel. Er hat selbst eingeräumt, dass es ihm überlassen war, wie er die veranschlagten 120 Mann-Tage auf die Projekte umlegte, so dass nicht ersichtlich ist, warum H. eine ständige Berichterstattung gewünscht haben sollte. Der Beigeladene zu 4) hat auch keine konkreten Weisungen bezüglich seiner Beratung der betreffenden Firmen angegeben, sondern auch gegenüber dem SG dargelegt, dass die Art der Beratung ihm frei überlassen gewesen ist. Dass er in erster Linie notleidende Firmen beraten sollte, entsprach dem Beratervertrag (§ 1 Abs. 2).

Auch der vom Beigeladenen zu 4) im Feststellungsverfahren vorgelegte Schriftverkehr zwischen ihm und der Klägerin bzw. H. spricht gegen eine Betriebszugehörigkeit. H. hat dem Beigeladenen zu 4) vielmehr mit Schreiben vom 27.08.1999 darauf hingewiesen, dass er freier und unabhängiger Berater der Klägerin sei und daher nicht als deren Repräsentant nach außen auftrete. H. hat dies mit der Bitte und nicht mit der Anordnung verbunden, nicht mit Dritten über die Verhältnisse der Klägerin außerhalb eines sachbezogenen Informationsaustauschs zu sprechen und auf seinen Status als freier Mitarbeiter hinzuweisen. Dies korrespondiert mit dem Umstand, dass der Beigeladene zu 4) seinen Konzeptvorschlag für eine neue Sicherheitsanlage der Form nach nicht als Mitarbeiter der Klägerin erstellt, sondern mit seiner Privatschrift versehen hat.

Der Senat vermochte sich auch nicht davon zu überzeugen, dass dem Beigeladenen zu 4) entgegen der vertraglichen Vereinbarung Arbeitszeit und Ort der Arbeitsausführung vorgegeben gewesen sind. Bezüglich der Arbeitszeit haben dies weder H. noch die Zeugin bestätigt. Es ist auch nicht nachvollziehbar, welchen Sinn die Festlegung der Arbeitszeit durch die Klägerin haben sollte, wenn es dem Beigeladenen zu 4) freigestellt war, wie er seine Beratertätigkeit auf die einzelnen Firmen aufteilen wollte, denn es ist nicht anzunehmen, dass eine entsprechende Beratung nur zu den üblichen Bürozeiten erfolgen konnte und nachgefragt wurde, da sich in diesem Zeitraum üblicherweise auch das Kerngeschäft der zu beratenden Unternehmen abspielte. Da sämtliche Unternehmen in einem Haus angesiedelt waren, war es naturgemäß sinnvoll, den Beratungseinsatz dort durchzuführen. Wenn der Beigeladene zu 4) aber nach seinem eigenen Vorbringen noch nach der Beendigung seiner Tätigkeit für die Klägerin Beratungen der entsprechenden Unternehmen bei sich zu Hause durchgeführt hat, zeigt dies, dass die Beratungen an jedem dritten Ort durchgeführt werden konnten. Ein Interesse der Klägerin, dem Beigeladenen zu 4) hier Vorgaben zu machen, ist daher nicht erkennbar.

Ebensowenig ist das vereinbarte Wettbewerbsverbot (§ 9 des Beratervertrags) geeignet, die Tätigkeit des Beigeladenen zu 4) als abhängige Beschäftigung zu qualifizieren. Grundsätzlich war ihm die Ausübung von Nebentätigkeiten genehmigt (§ 8 des Beratervertrages), wie es für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis untypisch ist. Selbst die Beschränkung, dass solche Tätigkeiten die Interessen der Klägerin nicht berühren durften und der Beigeladene zu 4) für vergleichbare Unternehmen nicht tätig werden durfte, ließ ausreichende Möglichkeiten für eine eigenwirtschaftliche Tätigkeit - z.B. Beratung von Wirtschaftsunternehmen, die nicht denjenigen im Gründer- und Technologiezentrum, G ... ansässigen Firmen vergleichbar waren - zu, so dass ein unternehmerisches Auftreten am Markt dem Beigeladenen zu 4) nicht verwehrt war. Wenn er hiervon keinen Gebrauch gemacht hat, so ist dies ausschließlich Ausdruck seiner eigenen wirtschaftlichen Entscheidung. Da der Beratervertrag für eine Dauer von mehr als sechs Monaten abgeschlossen und die Tätigkeit auf 120 Tage á 8 Stunden konzipiert war, verblieb ihm auch ein ausreichender zeitlicher Rahmen, solche zusätzlichen Aufgaben wahrzunehmen.

Schließlich trug der Beigeladene zu 4) ein - wenn auch relativ geringes - Unternehmerrisiko. Zwar war auf der einen Seite ein festes monatliches Honorar vereinbart (§ 2 Abs. 1 des Beratervertrags); auf der anderen Seite lag dem jedoch die Veranschlagung eines bestimmten zeitlichen Tätigkeitsumfangs (120 Mann-Tage á 8 Stunden - § 1 Abs. 2 des Beratervertrags) zugrunde und der Beigeladene zu 4) war verpflichtet, einen monatlichen Stunden- und Leistungsnachweis zu erbringen (§ 2 Abs. 2 des Beratervertrags). Wäre der Beigeladene zu 4) daher durch Krankheit oder andere unvorhergesehene und von ihm zu vertretende bzw. in seiner Sphäre liegenden Umstände an der Erbringung der vertragsgemäßen Leistung gehindert gewesen, so hätte die Klägerin dies den Honoraransprüchen entgegenhalten können. Dass die Klägerin - ohne dass es konkret einer solchen Entscheidung bedurft hätte - in derartigen Fällen die Honoraransprüche gekürzt hätte, hat auch H. bestätigt, was naheliegend ist, weil die Refinanzierung des Honorars entsprechende Leistungsnachweise erforderte.

Unter diesen Umständen ist der im Vertrag zum Ausdruck gekommene Parteiwille, eine selbständige Beratertätigkeit zu vereinbaren, auch tatsächlich umgesetzt worden (vgl. dazu BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 45](#); Sehnert in Hauck/ Haines, Kommentar zum SGB IV, Rdn. 19 zu § 7), so dass die Möglichkeit, dass eine solche Beratertätigkeit auch in abhängiger Beschäftigung erbracht werden kann, ohne Belang ist. Ebenso von untergeordneter Bedeutung ist, dass die Klägerin eine höchst persönliche Leistungserbringung seitens des Beigeladenen zu 4) erwartete. Denn zum einen standen die Verhältnisse des Beigeladenen zu 4) - mangelnde Beschäftigung weiterer Angestellter - einer solchen Delegation ohnehin entgegen und zum anderen ist angesichts der besonderen Bedeutung der Beratertätigkeit für die Klägerin die Erwartung der Leistungserbringung in Person des Beigeladenen zu 4) naheliegend. Angesichts der zeitlichen Kürze der Tätigkeit des Beigeladenen zu 4) für die Klägerin sind auch die Gesichtspunkte eines ausschließlichen Einsatzes des Beigeladenen für die Klägerin in diesem Zeitraum sowie das Fehlen weiterer Beschäftigter daher grundsätzlich nicht geeignet, die Annahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung zu begründen.

Auf die Berufung der Klägerin musste das Urteil des SG daher geändert und der angefochtene Bescheid der Beklagten aufgehoben werden.

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

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)) sind nicht erfüllt.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-10-29