

rkb-recht.de Rechtsanwälte Hohenzollernstr. 25 30161 Hannover

Deutsche Rentenversicherung Bund
Abteilung Prüfdienst
Findorffstr. 105

28215 Bremen

Hannover, den 10.06.2010
Aktenzeichen: 118/10
(Bitte stets angeben)

Aktenzeichen: 2
Betriebsnummer: 2.....
Firma YYYYYYYYYYYY

Sehr geehrter Herr W.....,

in vorbezeichneter Angelegenheit nehmen wir zu Ihrem
Anhörungsschreiben vom 28.04.2010 wie folgt Stellung:

A. Verjährung

Der Zeitraum 01.01.2005 – 31.12.2005 unterliegt unseres Erachtens der Verjährung. Gem. § 25 I Satz 1 SGB IV verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Für das Kalenderjahr 2005 beginnt die Verjährung am 01.01.2006 und endet am 31.12.2009.

B. Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung

Herr XXXXXXXXXXXX ist seit dem 01.03.1985 bei der Barmer GEK freiwillig krankenversichert. Das Beitragskonto ist ausgeglichen.

Beweis: Schreiben der BARMER GEK vom 19.05.2010

Die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung sind dementsprechend in Abzug zu bringen. Dies gilt unseres Erachtens unabhängig davon, dass mit dem Eintritt eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses eine freiwillige Versicherung endet.

Peter Koch

Fachanwalt für
Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Sozialrecht

Joseph M. Sobaci

Betreuungsrecht
Allgemeines Zivilrecht
Verkehrsrecht
Miet- und WEG- Recht

Hans-Georg Krahl

Arbeitsrecht
Handwerksrecht
Bauvertragsrecht

Dr. Jens Grote

Versicherungsrecht
Gesellschaftsrecht

Katrin Lütge

Arbeitsrecht
Familienrecht
Verkehrsrecht
Allgemeines Vertragsrecht
Forderungsabwehr

Hohenzollernstraße 25
30161 Hannover

Telefon: (0511) 27 900 182
Telefax: (0511) 27 900 183

eMail: koch@rkb-recht.de
Internet: www.rkb-recht.de

Commerzbank Hannover
BLZ: 250 400 66
Kto.-Nr.: 24 62 950 80

C. Aufschiebende Wirkung

Die von Ihnen beabsichtigte Feststellung über das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ist eine Statusentscheidung im Sinne des § 7a VII SGB IV. Nach dieser Regelung haben Widerspruch und Klage gegen Entscheidungen, dass eine Beschäftigung vorliegt, aufschiebende Wirkung. Nach der Gesetzesbegründung ist diese Regelung auch auf Statusentscheidungen der übrigen Sozialversicherungsträger außerhalb des Anfrageverfahrens anzuwenden (BT-Drs. 14/1855 S. 8).

Wir bitten um Bestätigung, dass ein etwaiger Widerspruch gegen eine entsprechende Entscheidung im vorliegenden Verfahren ebenfalls aufschiebende Wirkung hat.

D. Zeitraum 01.01.2005 – 31.10.2008

In diesem Zeitraum liegen die Voraussetzungen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Herr XXXXXXXXXXXX war in diesem Zeitraum selbstständig tätig.

I. Sachverhalt

Herr XXXXXXXXXXXX ist selbstständiger Unternehmensberater und unterhält ein eigenes Büro. Neben der Tätigkeit für Firma YYYYYYY GmbH ist Herr XXXXXXXXXXXX regelmäßig für die Hochschule B..... sowie das XY - institut in N, tätig. Einen Antrag vom 10.05.1999 auf Befreiung von der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung für abeiternehmerähnliche Selbstständige lehnte die Deutsche Rentenversicherung Bund mit Bescheid vom 01.05.1999 ab, da er regelmäßig und im Wesentlichen für mehr als einen Auftraggeber tätig ist.

Beweis: Antrag vom 10.05.1999
Bescheid vom 01.08.1999, Blatt 18 der Prüfsakte

Deshalb durften sowohl die Auftraggeberin Fa. YYYYYYY GmbH als auch Herr XXXXXXXXXXXX als Auftragnehmer davon ausgehen, dass dieser Status bei Annahme der Aufträge durch Fa. YYYYYYY GmbH weiterhin im sozialversicherungsrechtlichen Sinne als selbstständig anzusehen ist.

Herr XXXXXXXXXXXX war bei der Firma YYYYYYY GmbH seit 2004 zunächst wiederholt in einzelnen Projekten tätig. Diese Projekte haben sich aufeinanderfolgend aus den Resultaten der jeweiligen Projektarbeiten entwickelt. Eine langfristige Zusammenarbeit war nicht von Anfang an geplant. Eine schriftliche Vertragsgrundlage wurde erst

mit dem Vertrag vom 17.04.2007 geschaffen. Dieser bezieht sich in seiner Anlage zwar auch auf rückwirkende Zeiträume, spiegelt aber nicht die tatsächlichen Verhältnisse in den davor liegenden Zeiträumen wieder. Tatsächlich hat sich das Auftragsverhältnis folgendermaßen entwickelt:

Ein erstes Projekt lief von August 2004 bis Oktober 2004. Herr XXXXXXXXXXXX war damit beauftragt, herauszufinden, ob die Anfang 2004 von der Firma YYYYYYY in Hamburg eingerichtete Nebenstelle für sich wirtschaftlich arbeitete und als sog. Profitcenter erfolgreich sei. Im Rahmen dieser Analyse stellte Herr XXXXXXXXXXXX fest, dass die firmeneigene Unternehmenssoftware für die Zwecke des Unternehmens unzureichend war. Herr XXXXXXXXXXXX erhielt den Auftrag, die Auseinandersetzung mit dem Softwarelieferanten vorzunehmen. Dieser Auftrag wurde im November und Dezember 2004 von Herrn XXXXXXXXXXXX ausgeführt. Das Ergebnis zeigte, dass der Lieferant nicht in der Lage war, die Funktionstüchtigkeit des Systems herzustellen, worauf Herr XXXXXXXXXXXX dem Unternehmer empfahl, eine komplett neue Firmensoftware (ERP-System) anzuschaffen. Das darauf folgende Projekt von Januar 2005 bis Juli 2007 befasste sich mit der Auswahl und Implementierung eines neuen, einheitlichen ERP-Systems sowie der Integration einer überarbeiteten Branchenlösung in diese Unternehmenssoftware. Dies geschah in enger Zusammenarbeit mit der Fachhochschule B..... und der Fachhochschule K..... Im Mai 2006 wurde die neue Software in betrieb genommen und im Juli 2007 zusammen mit der Branchenlösung abgenommen. Parallel zu den einzelnen Projekten erfolgte Beratung zu unternehmerischen Fragen im Bereich Planning und Controlling sowie „Corporate Identity“.

Herr XXXXXXXXXXXX ist in seiner Tätigkeit hinsichtlich Zeit, Ort und Dauer der Durchführung grundsätzlich frei.

Das gleiche gilt für die Zeit ab 01.11.2008. Insbesondere trägt Herr XXXXXXXXXXXX ein nicht unerhebliches Unternehmerrisiko. Soweit im Anhörungsschreiben vom 28.04.2010 festgestellt wird, dass monatlich lediglich ein Honorar von 5.470,00 EUR zur Auszahlung kommt, der restliche Betrag jedoch zurückgestellt werde, ist dies nicht zutreffend. Richtig ist vielmehr, dass Herr XXXXXXXXXXXX mit schriftlicher Erklärung vom 19.02.2009 auf den nicht ausgezahlten Honoraranteil aufgrund der wirtschaftlichen Lage der Fa. YYYYYYY verzichtet. Es handelt sich hierbei ausdrücklich nicht um ein Darlehen oder eine Stundung.

Beweis: Erklärung vom 19.02.2009

Dies zeigt, dass Herr XXXXXXXXXXXX durchaus ein nicht unerhebliches unternehmerisches Risiko übernommen hat. Denn ein Verzicht auf vereinbarte Vergütungsbestandteile im Volumen von über 35 % der vereinbarten Vergütung zur Sicherung der Kundenbeziehung ist nicht arbeitnehmer-, sondern unternehmertypisch (so ausdrücklich das anliegende

Urteil des LSG NRW vom 20.12.2006, L 16 KR 110/06).

II. Rechtsausführungen

Beschäftigung ist die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers (§ 7 I SGB IV). Eine Beschäftigung setzt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts 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 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 und eigener Betriebsmittel, die Verfügbarkeit über die eigenen 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 gesamte Bild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (BSG U. v. 28.05.2008, B 12 KR 13/07R).

Im vorliegenden Fall gab es bis zum 17.04.2007 überhaupt keinen schriftlichen Vertrag. Die einzelnen Projektaufträge wurden mündlich vereinbart. Die Tätigkeit wies in tatsächlicher Hinsicht kein Merkmal einer abhängigen Beschäftigung auf. Insbesondere unterlag Herr XXXXXXXXXXXX keinen Weisungen hinsichtlich Zeit, Ort, und Dauer der Ausführung. Die im Anhörungsschreiben vom 28.04.2010 aufgeführten Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung herangezogen werden, waren zum Teil gar nicht erfüllt, im Übrigen lassen Sie nicht den Schluss auf das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu. Es heißt im Anhörungsschreiben insoweit:

„In der Gesamtansicht der Tätigkeit des Herrn XXXXXXXXXXXX für den Zeitraum 01.01.2005 bis zum 31.10.2008 ist diese ausgeübte Tätigkeit als abhängige Beschäftigung zu beurteilen.

Herr XXXXXXXXXXXX war zwar in seinem Tätigkeitsbereich aufgrund seiner Qualifikation nicht fachlich weisungsgebunden, gleichwohl aber zur Erledigung dieser Tätigkeit maßgeblich in die Struktur hinsichtlich nachzuweisender Zeiten und Orte eingebunden.

Dies wird durch die vorbehaltlose Abgabe der Rechte an möglichen Patenten noch unterstrichen. Weiterhin hatte er die für ihn bestimmten Tätigkeiten ausschließlich selbst auszuführen.

Seine Entlohnung vollzog sich nachweislich zeitgebunden und nicht nach geschuldeten Erfolgen beispielsweise zur Erfüllung eines entsprechenden Werkvertrages.

Ein unternehmerisches Risiko, bei dem Kapital mit Chancen und Risiken zum Einsatz gelangt, konnte nicht festgestellt werden.

Der Einsatz eines Büros im privaten Wohnbereich sowie der dazugehörigen Büroausstattung stellt keinesfalls ein derartiges Risiko dar.

Desweiteren lagen keine anderen Auftraggeber in entsprechend signifikantem Ausmaß vor, die eine entsprechend andere Gewichtung seines Einsatzes für ihr Unternehmen zuließe.

Die nicht gegebene Weisungsgebundenheit in der Ausübung der Tätigkeit kann diese Beurteilung hier nicht zu einer Selbstständigkeit gelangen lassen.“

Dieser Bewertung ist zu widersprechen:

Eine Einbindung in die Struktur des Unternehmens der Firma YYYYYYY im Sinne einer Weisungsgebundenheit erfolgte nicht. Für die Projektarbeit einer Unternehmensberatung ist es nicht untypisch, dass diese vor Ort in den jeweiligen Räumen des zu beratenden Unternehmens durchgeführt wird. Berater müssen auf Unternehmensdaten kurzfristig zugreifen und mit Mitarbeitern vor Ort kommunizieren können, um Betriebsabläufe effektiv zu analysieren. Eine Unternehmensberatung, die zu einer Verbesserung betrieblicher Prozesse beitragen soll, kann nicht aus der Distanz vom Schreibtisch aus, sondern nur vor Ort durchgeführt werden. Dieser Umstand spricht deshalb nicht für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung.

Tatsächlich wurde die unternehmenseigene Zeiterfassung von Herrn XXXXXXXXXXXX zu keiner Zeit benutzt. Auch ein Zeitnachweis zu Abrechnungszwecken wurde ausschließlich von Herrn XXXXXXXXXXXX für sich selbst geführt und zu keiner Zeit dem Auftraggeber vorgelegt.

Beraterverträge mit Unternehmensberatungen haben in der Regel Dienstvertragscharakter (vgl. Palandt, BGB, Einf. vor § 631 Rdnr. 19). Die Abrechnung nach Zeitaufwand ist im Dienstleistungsbereich auch üblich und lässt ihrerseits ebenfalls keinen Rückschluss auf die Natur der Vertragsbeziehungen zu. Das Bundessozialgericht hat im Urteil vom 28.05.2008 (B 12 KR 13/07R) eine nach Einsatztagen bzw. Einsatzstunden pauschal bemessene Vergütung nicht als Indiz gegen eine selbstständige Tätigkeit zugelassen.

Der im Dienstvertrag vom 17.04.2007 enthaltene Hinweis auf die Übertragung von Urheberrechten und Schutzrechten ist unbeachtlich. Es handelt sich hierbei um eine Musterklausel eines Standardvertrages, die das Unternehmen YYYYYYY eingefügt hat, weil ein Hauptkunde (Fa. M...), mit dem die Fa. YYYYYYY zusammen technische Entwicklungen

betreibt, darauf besteht, dass Rechte aus solchen Entwicklungen dem Kunden (Fa. ZZZZZZ) zustehen, nicht jedoch der Fa. YYYYYYY oder Dritten, die von Fa. YYYYYYY einen Auftrag erhalten. Sie hat keine praktische Bedeutung für die Vertragsbeziehung zwischen der Firma YYYYYYY GmbH und Herrn XXXXXXXXXXXX. Herr XXXXXXXXXXXX ist Diplomvolkswirt, kein Ingenieur. Er entwickelt keine Erfindungen, die zu Patenten hätten angemeldet werden können. Die entsprechende Klausel in § 5 des Dienstvertrages spiegelt die tatsächlichen Verhältnisse somit nicht wieder.

Auch der Umstand, dass die Dienstleistung nicht persönlich zu erbringen war, ist kein zwingendes Kennzeichen einer abhängigen Beschäftigung. Zum einen beschäftigte Herr XXXXXXXXXXXX im fraglichen Zeitraum keine eigenen Mitarbeiter. Darüber hinaus war er höchstpersönlich beauftragt. Gefordert waren persönliches know-how und Fachwissen. Die von ihm geforderte Dienstleistung war keine mechanische, delegierbare Tätigkeit. Somit kann dieser Umstand nicht als Indiz gegen die Selbstständigkeit herangezogen werden.

Das gleiche gilt für die im Vertrag vereinbarte Kündigungsfrist von vier Wochen. Wir verweisen auf die Kommentierung zu § 621 BGB (Palandt, Rdnr.2), wonach die gesetzlichen Regelungen über die Kündigungsfristen abdingbar sind.

Auch die Feststellung, dass Herr XXXXXXXXXXXX kein Unternehmerrisiko trug, ist nicht zutreffend. Nach der bereits erwähnten Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 28.05.2008 ist maßgebliches Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos, ob der Unternehmer eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes einsetzt, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Ein Unternehmerrisiko kann nicht erst dann bejaht werden, wenn auch Kapitaleinsatz erfolgt. Allein das Risiko eines Verdienstauffalls und des Verlustes von Projektaufträgen stellen bereits ein hinreichendes Unternehmerrisiko dar.

Sonstiges:

Der Hinweis im Anhörungsschreiben, dass Herr XXXXXXXXXXXX seine Tätigkeiten immer in unmittelbarer Abstimmung mit dem Unternehmen zu erbringen hatte (Seite zwei, letzter Absatz) spricht nicht für abhängige Beschäftigung, weil der Umstand, dass Vereinbarungen und Absprachen von den Vertragsparteien einzuhalten sind, kein Spezifikum von Arbeitsverhältnissen, sondern typisch für Schuldverhältnisse aller Art, unabhängig vom Vertragstyp ist (Sozialgericht Detmold, U.v. 17.11.2009, S 8 (II) R 219/06). Die Verpflichtung, sich mit dem jeweiligen Auftraggeber abzustimmen, kennzeichnet somit praktisch jedes Vertragsverhältnis.

Herr XXXXXXXXXXXX hat in dem fraglichen Zeitraum keinerlei Firmenfahrzeug der Fa. YYYYYYY benutzt. Er ist ausschließlich mit

seinem eigenen PKW mit dem amtlichen Kennzeichen ABC – DE 345 gefahren.

Der Umstand, dass er nicht für Verluste und das Nichterreichen von Unternehmenszielen zur Haftung herangezogen werden konnte (Anhörungsschreiben Seite drei, zehnter Absatz), spricht ebenfalls nicht gegen eine selbstständige Tätigkeit. Im Rahmen eines Dienstvertrages wird die reine Leistung geschuldet, nicht der Erfolg einer Sache. Auch das Wettbewerbsverbot spricht nicht gegen selbstständige Tätigkeit (Anhörungsschreiben Seite drei, 12. Absatz). Der Dienstvertrag enthält in § 7 eine Einschränkung nur in Hinblick auf Unternehmen, mit denen die Firma YYYYYYY GmbH in direktem Wettbewerb steht. Ein solches Wettbewerbsverbot kann nicht beanstandet werden. Es ist zum Schutze des Auftragsgebers erforderlich und auch nicht unüblich.

Nach alledem kann von einer abhängigen Beschäftigung nicht ausgegangen werden, so dass ein Versicherungspflichtverhältnis nicht besteht.

Mit freundlichen Grüßen

Koch
Rechtsanwalt