

L 8 KR 306/08

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Darmstadt (HES)
Aktenzeichen
S 10 KR 325/06
Datum
17.09.2008
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 8 KR 306/08
Datum
25.08.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 KR 17/11 R
Datum
30.10.2013
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 17. September 2008 aufgehoben. Die Klagen werden abgewiesen.

Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin und Berufungsbeklagte zu 2 (im Weiteren: Klägerin zu 2) aufgrund einer Tätigkeit für die Klägerin und Berufungsbeklagte zu 1 (im Weiteren: Klägerin zu 1) in der Zeit vom 1. November 2000 bis Ende 2005 sozialversicherungspflichtig gewesen ist.

Die Klägerin zu 1 bot in der streitigen Zeit als Einzelfirma unter einer zentralen Telefonnummer Dienstleistungen in Form von Kontakten zu telefonischen Gesprächspartnern an. Nach Angaben der Klägerin zu 1 ist dieses Gewerbe weiterhin angemeldet, ohne es aktiv zu betreiben.

Die Klägerin zu 2, geboren im Jahr 1970, war nach eigenen Angaben in der streitigen Zeit über ihren Ehemann familienversichert und studierte.

Am 6. Juni 2001 beantragten die Klägerinnen bei der Beklagten (frühere Bezeichnung: Bundesversicherungsanstalt für Angestellte) die Feststellung, dass die Klägerin zu 2 aufgrund ihrer Tätigkeit bei der Klägerin zu 1 und der Firma UM. GmbH in F-Stadt nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt. Dazu führte die Klägerin zu 2 aus, sie sei als Telefonistin ab Oktober bzw. November 2001 tätig, setze kein eigenes Kapital ein, die Preisgestaltung werde von den Auftraggebern durchgeführt und es erfolge keine eigene Werbung. Ergänzend legte sie den mit der Firma UM. GmbH am 29. Oktober 2000 geschlossenen Vertrag und Auszüge des mit der Klägerin zu 1 am 11. November 2000 geschlossenen Vertrags (auszugsweise) vor.

In dem zwischen den Klägerinnen geschlossenen Vertrag verpflichtete sich die Klägerin zu 2 als telefonische Gesprächspartnerin für die Klägerin zu 1 tätig zu werden.

Nach diesem Vertrag erhielt die Klägerin zu 2 ausschließlich für die Zeiten eine Vergütung, in denen sie gebührenpflichtige Telefonate mit Anrufern für das System des Telekommunikations-Service der Klägerin zu 1 führte. Demgegenüber erhielten sie keine Vergütung für Zeiten, in denen sie zwar im System des Telekommunikationsservice aktiviert, jedoch keine gebührenpflichtigen Telefonate mit Anrufern über dieses System führte (§ 3 des Vertrags). Die Klägerin zu 2 war nicht verpflichtet, die Aufträge in Person auszuführen, es stand ihr frei, sich der Hilfe von Erfüllungsgehilfen zu bedienen. In diesem Fall bestanden für die Klägerin zu 2 eine Anzeigepflicht sowie eine persönliche Haftung für Vertragsverletzungen der Erfüllungsgehilfen (§ 4 des Vertrages). Es wurde darüber hinaus ein Recht der Klägerin zu 2 vereinbart, für Dritte tätig zu sein (§ 5 Abs. 1 des Vertrages). Weiter heißt es in § 5 Abs. 2 und 3 des Vertrages: "Die Vertragsparteien sind sich bewusst, dass die in § 1 genannten Aufgaben der freie Mitarbeiterin bzw. des freien Mitarbeiters auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erledigt werden könnten. Von dieser Gestaltungsmöglichkeit haben sie aber bewusst keinen Gebrauch gemacht, sondern in Umgehung gesetzlicher Schutzvorschriften die Form des freien Mitarbeitervertrages gewählt, um der Mitarbeiterin bzw. dem Mitarbeiter die volle Entscheidungsfreiheit bei Verwertung ihrer/seiner Arbeitskraft zu belassen, soweit diese durch den vorstehenden Vertrag nicht belegt ist." Vor Aufnahme der Tätigkeit verpflichtete sich die Klägerin zu 2 ein Gewerbe als Telekommunikations-Agentur

anzumelden, bei dem zuständigen Finanzamt zur Mehrwertsteuer zu optieren, wenn Mehrwertsteuer ausgezahlt werde (§ 5 Abs. 9 des Vertrages). Unter § 9 des Vertrages heißt es: "Den Vertragschließenden ist bekannt, dass der Vertrag nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 9.6.1998 - Az. xxx) als sittenwidrig und damit nichtig gemäß [§ 138 Abs. 1 BGB](#) angesehen werden kann. Die Parteien schließen diesen Vertrag in Kenntnis dieser Problematik ab und verzichten gegenseitig auf das Recht, sich gegenüber der anderen Vertragspartei auf die etwaige Sittenwidrigkeit zu berufen."

Nach Anhörung der Klägerinnen stellte die Beklagte mit Bescheid vom 24. Oktober 2002 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. September 2003 fest, dass die Klägerin zu 2 ihre Tätigkeit als Telefonistin für die Klägerin zu 1 im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe.

Dagegen hatten beide Klägerinnen in zwei getrennten Verfahren (Az.: [S 30 KR 4449/03](#) und Az.: S 4 RA 3792/03) Klage vor dem Sozialgericht Frankfurt am Main erhoben. Mit Beschluss vom 18. Februar 2004 hat das Sozialgericht beide Klageverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und unter dem Az.: [S 30 KR 4449/03](#) fortgeführt.

Das Sozialgericht hat in diesem Verfahren eine mündliche Verhandlung am 30. Juni 2005 durchgeführt, zu dem es die Klägerin zu 1 geladen hat, jedoch nicht die Klägerin zu 2. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hat das Sozialgericht mit Urteil vom 30. Juni 2005 die angefochtenen Bescheide der Beklagten aufgehoben. Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt, die Beklagte habe zu Unrecht die Tätigkeit der Klägerin zu 2 für sozialversicherungspflichtig angesehen. Vielmehr sei die Klägerin zu 2 als Telefonistin selbstständig tätig gewesen.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Hessische Landessozialgericht mit Urteil vom 30. März 2006 das Urteil des Sozialgerichts aufgehoben und zur erneuten Entscheidung an das Sozialgericht zurückverwiesen (Az.: [L 8 KR 171/05](#)).

Das Sozialgericht Frankfurt am Main hat daraufhin mit Beschluss vom 9. Oktober 2006 den Rechtsstreit an das Sozialgericht Darmstadt verwiesen mit der Begründung, dieses Sozialgericht sei infolge des Wechsels der örtlichen Zuständigkeit nunmehr für den Wohnort der Klägerin zu 1 zuständig.

Die Klägerin zu 1 hat vor dem Sozialgericht Darmstadt die Auffassung vertreten, die Klägerin zu 2 habe ihre Tätigkeit nicht im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt. Das Gesamtbild ergebe eine selbstständige Tätigkeit. Die Klägerin zu 2 habe ihren Arbeitsplatz nicht in ihrem Betrieb. Vielmehr übe sie ihre Tätigkeit von zuhause aus und könne Zeitpunkt und Umfang der Tätigkeit selbst bestimmen. Es seien keine festen Bezüge und keine Überstunden-Vergütung gezahlt worden. Sie habe keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Urlaubsgeld. In der Ausgestaltung ihrer Tätigkeit sei sie vollständig frei gewesen und habe keine Weisungen erhalten. Auch habe sie der Klägerin zu 2 keine Betriebsmittel zur Verfügung gestellt, es habe auch keinen verbindlichen Terminplan über die Einsatzzeiten bestanden. Die Klägerin zu 2 habe ein eigenes Unternehmerrisiko in Form der freien Verfügung über die eigene Arbeitskraft, die eigenen Betriebsmittel und eigene Betriebsstätte getragen. Des Weiteren habe sie die Möglichkeit gehabt, eigene Arbeitnehmer zu beschäftigen bzw. ein Subunternehmen zu beauftragen. Da dem Zeiteinsatz ein ungewisser Gewinn gegenüber gestanden habe, sei von einer selbstständigen Tätigkeit auszugehen. Sie habe gegenüber der Klägerin zu 2 keine Kontroll- und Weisungsrechte besessen.

Das Sozialgericht hat die Klägerinnen im Termin zur mündlichen Verhandlung am 17. September 2008 persönlich angehört. Die Klägerin zu 2 hat im Wesentlichen ausgeführt, sie habe der Klägerin zu 1 etwa einen Monat im Voraus mitteilen müssen, wann sie zur Entgegennahme von Anrufen zur Verfügung stehe. Diese Zeiten habe sie aber selbst bestimmen können. Manchmal habe sie eine Schicht für eine Kollegin mitübernommen. Dem entsprechend sei sie freigeschaltet und zum Beginn des Folgemonats sei ihr telefonisch mitgeteilt worden, wie viele Minuten sie Telefongespräche für die Klägerin zu 1 geführt habe. Dies sei dann Grundlage ihrer Rechnungen an die Klägerin zu 1 gewesen. Die eigene Aufschreibung habe der Selbstkontrolle gedient. Aus ihrer Sicht seien jedoch die Abrechnungen der Klägerin zu 1 korrekt gewesen. Im Laufe der Zeit habe sie der Klägerin zu 1 vorgeschlagen, ihr eine eigene Nummer zu erteilen, die sie selbst bewerben könne. Ziel sei es gewesen, mehr zu verdienen. Dies sei entsprechend ihrem Wunsch umgesetzt worden und sie habe die Werbung für diese Nummer selbst bezahlt. Ziel sei es gewesen, Stammkunden zu gewinnen, denen sie die Zeiten angeben konnte, an denen sie erreichbar war. Zum Ende der Geschäftsbeziehungen sei es zu Problemen gekommen. Dies obwohl es in den ersten Jahren selbst dann keinerlei Sanktionen gegeben habe, wenn sie - abweichend von ihren Ankündigungen nicht da gewesen sei. Von dem selbst geplanten Urlaub habe sie der Klägerin zu 1 lediglich eine Mitteilung gemacht. Die Telefonanrufe habe sie ausschließlich von ihrer Wohnung aus über die eigene Telefonanlage geführt. Dazu habe die Klägerin zu 1 keinen Beitrag geleistet.

Die Klägerin zu 1 hat im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung vor dem Sozialgericht im Termin zur mündlichen Verhandlung am 17. September 2008 im Wesentlichen ihren bisherigen Vortrag wiederholt und vertieft. Ergänzend hat sie ausgeführt, die Meldung der Arbeitszeit durch die Klägerin zu 2 habe lediglich ihrer Planungssicherheit gedient. Auch habe sie keine Bedenken gehabt, der Klägerin zu 2 eine zweite eigens für sie eingerichtete Telefonnummer zur Verfügung zu stellen, für den diese selbst Werbung machen konnte. Die Abrechnungen sei über die Firma X. erfolgt und gemäß den Sprechzeiten nach der einzelnen Mitarbeitern aufgeschlüsselt gewesen.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 17. September 2008 den Bescheid der Beklagten vom 4. Oktober 2002 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. September 2003 aufgehoben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei zulässig. Auch wenn die örtliche Zuständigkeit des Sozialgerichts Frankfurt am Main weiterhin für die Klägerin zu 2 gegeben sei, so habe dieses Sozialgericht mit Verweisungsbeschluss vom 9. Oktober 2006 den Rechtsstreit insgesamt an das Sozialgericht Darmstadt abgegeben. Denn beide Klageverfahren seien verbunden worden (Verbindungsbeschluss vom 18. Februar 2004) und eine Trennung vor dem Verweisungsbeschluss sei nicht erfolgt. Zudem sei aus prozessökonomischen Gründen eine gemeinsame Entscheidung in der Sache sinnvoll. Auch habe sich die Klägerin zu 2 auf gezielte Nachfrage im Termin zur mündlichen Verhandlung am 17. September 2008 ausdrücklich mit dieser Verfahrensweise einverstanden erklärt. Im Übrigen seien die Klagen in der Sache begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 4. Oktober 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. September 2003 sei rechtswidrig und verletze die Klägerinnen in ihren Rechten. Die Beklagte habe zu Unrecht festgestellt, dass die Klägerin zu 2 bei ihrer Tätigkeit für die Klägerin zu 1 in der Zeit von November 2000 bis Ende 2005 in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe, vielmehr habe sie die Tätigkeit als Selbstständige ausgeübt. Maßstab dieser Beurteilung sei [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Ausgangspunkt sei vorliegend der zwischen den Klägerinnen

geschlossene Vertrag. Insoweit sei unbeachtlich, dass der Vertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als sittenwidrig und damit nichtig angesehen werden könne, denn dies sei den Beteiligten bekannt gewesen und vertraglich sei ein Verzicht auf die Geltendmachung vereinbart worden. Ausweislich des vertraglichen Textes sei eine selbstständige Tätigkeit vereinbart und tatsächlich praktiziert worden. Auch habe die Klägerin zu 2 ein eigenes Unternehmerrisiko getragen, da sie Betriebsmittel (Wohnung und Telefonapparate) eingesetzt habe, die sie selbst bezahlt habe. Ebenso habe die Klägerin zu 2 unternehmerische Verantwortung gezeigt als sie die Klägerin zu 1 - wenn auch in deren System - um Zuteilung einer eigenen Rufnummer gebeten habe, um eigene Werbung betreiben und um eigene Stammkunden bedienen zu können.

Gegen das am 16. Oktober 2008 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 17. November 2008 Berufung eingelegt.

Auf den Hinweis des Senats zur Rechtsprechung des Bundessozialgerichts mit Urteil vom 11. März 2009, Az. B 12 R 11/07R und Urteil vom 3. Juni 2009, Az. [B 12 R 6/08 R](#) hat den Klägerin zu 1 folgende Leistungsabrechnungen der Klägerin zu 2 vorgelegt:

- 19. Juli 2001 (für Juni 2001 in Höhe von 568,80 DM für 711 Minuten je 0,80 DM)
- 7. August 2001 (für Juli 2001 in Höhe von 776,80 DM für 971 Minuten je 0,80 DM)
- 18. November 2001 (für Oktober 2001 in Höhe von 444,80 DM für 556 Minuten je 0,80 DM)
- 19. Dezember 2001 (für November 2001 in Höhe von 316,80 DM für 396 Minuten je 0,80 DM).

Ergänzend hat die Klägerin zu 2 Steuerbescheide vorgelegt, aus denen folgende Einkünfte der Klägerin zu 2 zu entnehmen sind:

Bescheid vom für aus Gewerbebetrieb nichtselbstständiger Tätigkeit

7. Oktober 2002 2000 164 DM 725 DM

4. November 2003 2001 8.357 EUR

30. April 2004 2002 4.520 EUR 2.576 EUR

29. März 2005 2003 6.219 EUR 4.225 EUR

30. Mai 2006 2004 8.713 EUR 3.498 EUR

9. Mai 2007 2005 7.235 EUR 5.763 EUR

Die Beklagte hat nach Auswertung dieser Unterlagen mit den Bescheiden vom 31. März 2011 die Bescheide vom 14. Oktober 2002 in Gestalt der Widerspruchsbescheides vom 24. September 2003 dahin abgeändert, dass in der Zeit vom 25. Oktober 2000 bis zum 31. Dezember 2005 ausgeübte Beschäftigung der Klägerin zu 2 als Telefonistin bei der Klägerin zu 1 in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestand. Zur Begründung hat die Beklagte ausgeführt: "Aus den vorliegenden Unterlagen ergeben sich keine Tatbestände, die die Versicherungsfreiheit bekunden bzw. die Versicherungspflicht in einem Zweig der Sozialversicherung ausschließen. Grundlage der Bescheide sind die vorgelegten Unterlagen, insbesondere die Einkommensteuerbescheide der Jahre 2000-2005. Da trotz bestehender gesetzlicher Aufbewahrungsfristen ([§ 147 AO](#)) nur unzureichende Unterlagen vorgelegt wurden, war die Entscheidung zur Versicherungspflicht auf der Grundlage allgemeiner Beweislasten zu treffen."

Im Übrigen wiederholt und vertieft die Beklagte ihren bisherigen Vortrag. Ergänzend trägt sie vor, das Urteil des Sozialgerichts sei insoweit zu beanstanden, als der Urteilstenor nicht berücksichtige, dass sowohl gegenüber der Klägerin zu 1 als auch der Klägerin zu 2 jeweils getrennte Bescheide und Widerspruchsbescheide ergangen seien.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 17. September 2008 aufzuheben und die Klage der Klägerin abzuweisen.

Die Klägerin zu 1 beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 17. September 2008 abzuändern und auch die Bescheide der Beklagten vom 31. März 2011 aufzuheben.

Die Klägerin zu 1 wiederholt und vertieft ihren bisherigen Vortrag. Ergänzend trägt sie vor, eine Tag genaue Benennung der einzelnen Zeiträume in denen die Klägerin zu 2 für sie tätig gewesen sei, sei ihr nicht möglich. Da feste Arbeitszeiten nicht vereinbart gewesen seien, könne allein die Klägerin zu 2 entsprechende Nachweise erbringen. Stundenzettel seien nicht gefertigt worden. Ob die Klägerin zu 2 weitere Honorarabrechnungen vorgelegt habe, könne sie nicht mit Gewissheit sagen.

Die Klägerin zu 2 stellt keinen Antrag.

Ergänzend trägt die Klägerin zu zwei vor, sämtliche Rechnungen, Stundenzettel, Arbeitsnachweise lägen ihr nicht mehr vor, da ihre Tätigkeit für die Klägerin zu 1 mehr als fünf Jahre zurückliege.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung des Senats ohne mündliche Verhandlung erklärt. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die Verwaltungsakte der Beklagten und die Gerichtsakte verwiesen, die Gegenstand der Beratung des Senats gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte im Einverständnis der Beteiligten den Rechtsstreit ohne mündliche Verhandlung entscheiden ([§ 153 Abs. 1](#) i.V.m. [§ 124 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG).

Das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 17. September 2008 war aufzuheben und die Klagen abzuweisen, denn die Bescheide der Beklagten vom 24. Oktober 2002 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24. September 2003 waren in der Fassung der im Berufungsverfahren nach [§ 96 SGG](#) zum Gegenstand des Verfahrens gewordenen Bescheide vom 31. März 2011 rechtmäßig und verletzen die Klägerinnen nicht in ihren Rechten.

Zwar waren die Bescheide der Beklagten vom 24. Oktober 2002 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24. September 2003 auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur fehlenden Befugnis der Beklagten zur "Elementen-Feststellung"

(Bundessozialgerichts, Urteil vom 11. März 2009, Az.: B 12 R 11/07R; Urteil vom 3. Juni 2009, Az.: [B 12 R 6/08 R](#)) im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a Sozialgesetz Viertes Buch (SGB IV) - wie vorliegend - rechtmäßig. Die Beklagte hat jedoch im Laufe des Berufungsverfahrens mit den Bescheiden vom 31. März 2011 nach der oben genannten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts rechtmäßig festgestellt, dass die Klägerin zu 2 in der Tätigkeit für die Klägerin zu 1 in der Zeit vom 25. Oktober 2000 bis zum 31. Dezember 2005 versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung gewesen ist. Diese Bescheide sind gem. [§ 96 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden. Gem. [§ 96 Abs. 1 SGG](#) wird ein neuer Verwaltungsakt nach Klageerhebung nur dann Gegenstand des Klageverfahrens, wenn er nach Erlass des Widerspruchsbescheides ergangen ist und den angefochtenen Verwaltungsakt abgeändert oder ersetzt. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Denn mit den beiden im Berufungsverfahren ergangenen Bescheiden hat die Beklagte die ursprünglich angefochtenen Bescheide und Widerspruchsbescheide ersetzt, indem sie die von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts geforderten Feststellungen im Rahmen des vorliegend streitigen Statusfeststellungsverfahrens gemäß [§ 7a SGB IV](#) nachgeholt hat (siehe auch: Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 20. November 2009, Az.: [L 4 R 1540/08](#), veröff. in Juris).

Nach Überzeugung des Senats ist die Beklagte zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Klägerin zu 2 in der vorliegend streitigen Tätigkeit für die Klägerin zu 1 eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit ausgeübt hat. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung der Beitrags- bzw. Versicherungspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI](#) sowie [§ 24 Abs. 1](#) und [§ 25 Abs. 1 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (Bundessozialgericht Urteil vom 1. Dezember 1977 Az. [12/3/12 RK 39/74](#), Urteil vom 12. Juni 1998 Az. [B 12 KR 5/97 R](#), Urteil vom 18. Dezember 2001 Az. [B 12 KR 10/01 R](#), Urteil vom 22. Juni 2005 Az. [B 12 KR 31/06 R](#), Urteil vom 28. Mai 2008 Az. [B 12 KR 13/07 R](#), Urteil vom 11. März 2009 Az. [B 12 KR 21/07 R](#), zur Verfassungsmäßigkeit in dieser Abgrenzung siehe Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 20. Mai 1996 Az. [1 BvR 21/96](#), alle veröff. in Juris).

Von diesen Grundsätzen ist das Sozialgericht in seinem Urteil zwar ebenfalls ausgegangen, jedoch hat es diese im vorliegenden Fall fehlerhaft angewendet. Die persönliche Abhängigkeit der Klägerin zu 2 in ihrer Tätigkeit als telefonische Gesprächspartnerin für die Klägerin zu 1 zeigt ihre Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Gewerbes der Klägerin zu 1. Auch wenn die Klägerin zu 2 von zuhause aus ihre vertraglichen Pflichten erfüllte, so konnte sie dies nur, in dem sie sich in das Telefonkommunikationssystem der Klägerin zu 1 einwählte und damit als telefonische Gesprächspartnerin im Auftrag der Klägerin zu 1 aktiviert war. Entgegen der Auffassung der Klägerin zu 1 unterlag sie auch ihrer Überwachung. Zwar erhielt die Klägerin zu 2 keine Weisungen, wie sie im Einzelnen ihren Leistungsauftrag (telefonische Gesprächspartnerin zu sein) zu erbringen habe. Dies war auch nicht erforderlich, da bereits die vertragliche Aufgabenstellung darauf gerichtet war, die Wünsche der Anrufenden weit möglichst mittels eines telefonischen Gesprächs zu erfüllen mit der Einschränkung, keinen privaten Kontakt mit Anrufern zu pflegen. Die Kontrolle der Leistungserbringung der Klägerin zu 2 erfolgte über die Aufzeichnung ihrer aktiven Sprechzeiten durch das Telekommunikationssystem der Klägerin zu 1. Diese Aufzeichnungen waren sowohl nach dem geschlossenen Vertrag als auch nach den Ausführungen der Klägerin zu 2 im Rahmen ihrer Anhörung vor dem Sozialgericht Darmstadt am 17. September 2008 Grundlage ihrer Rechnungen an die Klägerin zu 1 und damit ihrer Vergütung. Dies ist nach Überzeugung des Senats ausreichend, um eine persönliche Abhängigkeit durch Eingliederung in den Gewerbebetrieb vorliegend anzunehmen, unabhängig der Frage, ob es sich bei der Dienstleistung der Klägerin zu 2 um einen Dienst höherer Art handelt. Denn die Klägerin zu 1 bot mit ihrem Gewerbe die Möglichkeit an, telefonisch Gespräche mit Frauen zu führen; um diese angebotene Dienstleistung auf dem Markt erfüllen zu können, schloss die Klägerin zu 1 mit der Klägerin zu 2 einen Vertrag, in welchem die Klägerin zu 2 sich vertraglich verpflichtet, diese Dienstleistung für die Klägerin zu 1 unter Benutzung des zur Verfügung gestellten Telekommunikationssystems zu erbringen; eine vertragliche Beziehung zwischen der Klägerin zu 2 und ihren telefonischen Gesprächspartnern in dem Sinne, dass sie die Vergütung ihrer Dienstleistung mit diesen hätte vereinbaren können, bestand nach den Ausführungen der Klägerinnen zu keiner Zeit.

Auch konnte der Senat nicht erkennen, dass die Klägerin zu 2 ein unternehmerisches Risiko getragen hätte. Betriebsmittel hat sie bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung durch die Nutzung der eigenen Wohnung und des eigenen Telefons nicht eingesetzt. Dies sind Gegenstände, die jeder Arbeitnehmer aus seinem Einkommen finanziert. Auch die Initiative der Klägerin zu 2, eine eigene zusätzliche Telefonnummer in dem Telekommunikationssystem der Klägerin zu 1 zu erhalten, stellt nach Überzeugung des Senats keine Initiative in Richtung "unternehmerisches Risiko" dar. Denn damit hat die Klägerin zu 1 keine eigenen Betriebsmittel erhalten, sondern lediglich die Möglichkeit, sich im Rahmen des Gewerbes der Klägerin zu 1 einen Kreis von Stammkunden aufzubauen, da ihre Gesprächskunden sie nunmehr direkt anwählen konnten und nicht im Falle ihrer Abwesenheit an eine Kollegin vermittelt wurden. Im Übrigen änderte sich nichts. Auch der Vortrag der Klägerinnen, die Klägerin zu 1 habe für diese Telefonnummer selbst werben können, führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn diese Eigenwerbung entspricht nicht dem eines selbstständig Tätigen. Denn diese Eigenwerbung führte nicht zu einer Erhöhung von Gewinnchancen der Klägerin zu 2, sondern lediglich durch Aufbau eines Kreises von Stammkunden. Eine Gewinnmaximierung über die eigene Werbung für die zweite Telefonnummer war der Klägerin zu 2 nicht möglich, da sie die Vergütung für ihre Gespräche nicht unmittelbar mit ihren telefonischen Gesprächspartnern aushandeln konnte.

Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerinnen nach dem Wortlaut des geschlossenen Vertrages zu verhindern versuchten, eine abhängige Beschäftigung zu begründen. Denn nicht der Wunsch der Vertragsparteien ist ausschlaggebend für die Beurteilung, ob eine selbstständige Tätigkeit oder einen abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründet wird. Vielmehr ist ausschlaggebend, ob die Umstände des Einzelfalles den Tatbestand einer abhängigen Beschäftigung erfüllen, unabhängig davon, ob dies gewollt ist.

Selbst wenn die Klägerin zu 2 ein Gewerbe angemeldet haben sollte, so stünde dies der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Die Gewerbebeanmeldung hat, worauf die Beklagte zutreffend hinweist, lediglich ordnungspolitischen Charakter.

Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 11. März 2009, Az. [B 12 R 11/07 R](#); Urteil vom 4. Juni 2009, Az. lebt [12 R 6/08 R](#)) war die vorliegend streitige Sozialversicherungspflicht der Klägerin zu 2 der Klägerin zu 1 festzustellen. Nach dieser Rechtsprechung ist der beklagte Rentenversicherungsträger im Rahmen von [§ 7a SGB IV](#) zur isolierten Feststellung des (Nicht-) Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung nicht ermächtigt. Dieser Rechtsprechung folgend war die Beklagte verpflichtet, im Rahmen des Antragsverfahrens der Klägerinnen beziehungsweise im laufenden Berufungsverfahren Ermittlungen anzustellen, in welchem Umfang die Klägerin zu 2 aufgrund ihrer grundsätzlich sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit als telefonische Gesprächspartnerin tätig gewesen ist, um feststellen zu können, zu welchen Zweigen der Sozialversicherung Versicherungspflicht bzw. Versicherungsfreiheit besteht. Dem folgend ist nach der Feststellung einer regelmäßigen Beschäftigung der regelmäßige Verdienst im Monat zu treffen.

Nach den vorliegenden Unterlagen und den Angaben der Klägerin zu 1 und der Klägerin zu 2 konnte für den streitigen Zeitraum weder der zeitliche Umfang der grundsätzlich sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit noch das Einkommen der Klägerin zu 2 aus dieser sicher festgestellt werden. Die Klägerinnen konnten für das Jahr 2000 keine Leistungsabrechnung vorlegen. Auch aus dem von der Klägerin zu 2 vorgelegten Steuerbescheid für das Jahr 2000 ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Feststellung einer Sozialversicherungspflicht für die streitige Tätigkeit der Klägerin zu 2. Denn die Klägerin zu 2 trug bereits im Verwaltungsverfahren gegenüber der Beklagten vor, sie sei nicht ausschließlich für die Klägerin zu 1, sondern für mindestens ein weiteres Unternehmen tätig gewesen.

Für das Jahr 2001 konnten Einkünfte der Klägerin zu 2 aus der Tätigkeit als telefonische Gesprächspartnerin für die Klägerin zu 1 anhand von vorgelegten Rechnungen in Höhe von 568,80 DM für Juni 2001, 776,80 DM für Juli 2001, 444,80 DM für Oktober 2001 und 316,80 DM für November 2001 nachgewiesen wurden. Für darüber hinaus liegende Zeiträume konnten weder die Klägerin zu 1 noch die Klägerin zu 2 weitere Angaben im Hinblick auf Zeitumfang der streitigen Tätigkeit und daraus erzielte Entgelte machen.

Für die folgenden Jahre (2002-2005) kann ebenfalls wegen fehlender Leistungsabrechnungen und der unzureichenden Aussagekraft der vorliegenden Steuerbescheide kein Einkommen festgestellt werden, welches der Tätigkeit der Klägerin zu 2 für die Klägerin zu 1 als telefonische Gesprächspartnerin zugerechnet werden könnte.

Damit ist nicht erweislich, dass die Klägerin zu 2 in ihrer Tätigkeit als telefonische Gesprächspartnerin für die Klägerin zu 2 im vorliegend streitigen Zeitraum aufgrund der aufgewandten Zeit und des erhaltenen Entgelts geringfügig beschäftigt gemäß [§ 8 SGB IV](#) gewesen ist und damit gem. [§ 27 Abs. 2 S. 1 SGB III](#) nach dem Recht der Arbeitsförderung, gem. [§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB V](#) in der gesetzlichen Krankenversicherung, gem. [§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB VI](#) in der gesetzlichen Rentenversicherung und gem. [§ 20 Abs. 1 S. 1 SGB XI](#) in der sozialen Pflegeversicherung versicherungsfrei gewesen ist.

Der Senat ist zu der Überzeugung gekommen, dass die fehlende Erweislichkeit nach dem Grundsatz der objektiven Beweislast zulasten der Klägerinnen geht. Denn die Klägerinnen haben im Statusfeststellungsverfahren beantragt festzustellen, dass die Klägerin zu 2 in ihrer Tätigkeit für die Klägerin zu 1 in der streitigen Zeit nicht sozialversicherungspflichtig sei.

Nach dem im sozialgerichtlichen Verfahren geltenden Grundsatz der objektiven Beweislast geht dies zu Lasten des Klägers. Nach dem Grundsatz der objektiven Beweislast hat derjenige die Beweislast für die Tatsachen, die den von ihm geltend gemachten Anspruch begründen (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG Sozialgerichtsgesetz, 9. Aufl., § 103 Rdnr. 19a).

Zwar hat das Bundessozialgericht in seiner Rechtsprechung zur fehlenden Befugnis der Beklagten zur Elementen Feststellung im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens eine umfassende Ermittlungspflicht der Beklagten im Hinblick auf das jeweils streitige Betätigungsfeld und daraus resultierende Einkommen auf erlegt. Dies bedeutet jedoch nicht, dass aus der Ermittlungspflicht der Beklagten zu folgern ist, dass wenn diese Ermittlungen wegen fehlender Unterlagen zu keinem Ergebnis führen, die Beklagte auch die objektive Beweislast trifft.

Vielmehr trifft den Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm beantragte Feststellung (Pietrek in jurisPR-SozR 21/2010 Anm. 3). Dabei ist zu beachten, dass die Entscheidungsgrundlage im Statusfeststellungsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) allein und ausschließlich die vorgelegten Tatsachen und Unterlagen der Antragsteller sein können. Kann anhand von fehlender Unterlagen oder wegen fehlender Mitwirkung keine Aussage zur Geringfügigkeit einer Beschäftigung getroffen werden, so ist die Entscheidung zur Versicherungspflicht auf der Grundlage allgemeiner Beweisregeln zu treffen (so auch: Merten, SGB 2010, 271, 274, Pietrek jurisPK-SGB IV, § 7a Rdnr. 78, Fußn. 136).

Da die Klägerinnen bei der Beklagten die Feststellung beantragt haben, dass die Klägerin zu 2 in ihrer Tätigkeit für die Klägerin zu 1 ab Beginn ihrer Tätigkeit nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt, trifft sie die objektive Beweislast für all diejenigen Umstände, die einer Feststellung der Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung entgegenstehen, somit auch unter anderem für eine geringfügige Beschäftigung in dieser streitigen Tätigkeit.

Der Vortrag der Klägerinnen, weitere Unterlagen stünden ihnen nicht zur Verfügung, konnte zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn die Klägerinnen beantragten am 6. Juni 2001, also noch im laufenden Beschäftigungsverhältnis, das vorliegend streitige Statusfeststellungsverfahren. Es hätte ihnen somit obliegen alles zu tun, die Unterlagen geordnet aufzubewahren, damit sie die ihnen günstigen Umstände nachweisen können.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Die Kostenregelung des [§§ 197a SGG](#) kommt vorliegend nicht zur Anwendung, da zwar die Klägerin zu 1 nicht hinsichtlich der Kosten privilegiert ist, jedoch die Klägerin zu 2.

Die Revision war nicht zuzulassen da die Voraussetzungen des [§§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved
2016-02-23