

L 11 R 3410/06

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

11

1. Instanz

SG Stuttgart (BWB)

Aktenzeichen

S 21 R 684/02

Datum

30.03.2006

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 R 3410/06

Datum

14.08.2007

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 30. März 2006 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt auch die Kosten des Rechtsstreits des Berufungsverfahrens.

Der Streitwert wird endgültig auf 7.806,12 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Beigeladene Ziffer 1 bei dem Kläger in der Zeit von Oktober 1999 bis Oktober 2001 als Werbemittelverteiler versicherungspflichtig aufgrund abhängiger Beschäftigung war.

Der 1971 geborene Beigeladene Ziffer 1 beantragte am 13. März 2000 bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Er gab an, er sei seit dem 1. März 1999 mit der Durchführung von Werbemaßnahmen und Marketing beschäftigt. Seine Tätigkeit bestehe im wesentlichen aus der Promotion, Verteilung von Flyern und Drucksachen sowie Werbeberatung. Als Auftraggeber gab er die Firma des Klägers (D. I. L. & P.), zudem die Firmen A. P. in S. und G. GmbH in H. an. Er führte weiter aus, dass ihm keine Weisungen hinsichtlich der Ausführung (Art und Weise) seiner Tätigkeit erteilt würden. Er müsse allerdings auf jeden Auftraggeber Rücksicht nehmen. Arbeitnehmer/Auszubildende mit einem monatlichen Arbeitsentgelt von mehr als 630,- DM beschäftige er zur Zeit leider noch nicht. Er könne Angebote ablehnen; die Preisgestaltung sei Verhandlungssache mit dem jeweiligen Auftraggeber. Je höher der Kapitaleinsatz, desto vielversprechender könnten die Aufträge werden. Sowohl er wie auch der Kläger beantragten die Feststellung, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht vorliege.

Nach zuvor durchgeführter Anhörung (Schreiben vom 8. und 9. Januar 2001) stellte die Beklagte mit Bescheiden vom 10. Mai 2001 sowohl dem Kläger wie dem Beigeladenen Ziffer 1 gegenüber fest, dass der Beigeladene Ziffer 1 seine Tätigkeit im Bereich Vertrieb von Werbemitteln bei der D. I. L. & P. im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Der Kläger als Arbeitgeber bekäme von Dritten Aufträge, die er u. a. von dem Beigeladenen Ziffer 1 ausführen ließe. Die Weisungsfreiheit des Beschäftigten hinsichtlich des Arbeitsortes sei insofern eingeschränkt, als die jeweiligen Einsatzorte durch den Arbeitgeber vorgegeben würden (Eckdaten des Auftrages). Die Möglichkeit des Beschäftigten, innerhalb der zur Verfügung stehenden Vertriebsstellen eine Auswahl zu treffen, sei nicht geeignet, dies zu widerlegen. Der Beigeladene Ziffer 1 setze auch weder eigenes Kapital noch eigene Betriebsmittel ein, durch die bei Erzielung geringerer Umsätze die Gefahr des Verlustes bestehe. Regelmäßig sei die Zahlung von Tagespauschalen vereinbart. Darüber hinaus zu zahlende Umsatzprovisionen/Honorare entsprächen dem Entgeltrisiko, das ein vom Umsatz bzw. nach der Stundenzahl abhängig bezahlter Arbeitnehmer regelmäßig zu tragen habe. Arbeitnehmertypisch seien schließlich Regelungen über Sorgfalts- und Obhutspflichten gegenüber den zur Verfügung gestellten Arbeitsmaterialien (Werbemitteln), daneben die typischen Nebenpflichten wie die Verpflichtung zur Wahrnehmung von Fortbildungsveranstaltungen und Vorschriften zum äußeren Erscheinungsbild.

Gegen die Bescheide legten sowohl der Kläger wie auch der Beigeladene Ziffer 1 Widerspruch ein. Der Kläger gab an, der Beigeladene Ziffer 1 sei nicht als Promotor, sondern als selbständiger Transportunternehmer im Bereich Vertrieb von Werbemitteln und Kurierfahrten tätig. Der Beigeladene Ziffer 1 setze als eigenes Betriebskapital seinen Pkw ein. Wann und wo er die Werbemittel ausliefere, sei ihm freigestellt. Weisungen hinsichtlich der Art und Weise der Auftragsausführung würden ihm nicht erteilt. Darüber hinaus sei der Beigeladene Ziffer 1 auch für andere Auftraggeber tätig. Der Beigeladene Ziffer 1 legte der Beklagten eine Dauerleasingrechnung für sein Fahrzeug vor.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 31. Januar 2002 wies die Beklagte die Widersprüche mit der Begründung zurück, der Beigeladene Ziffer 1 habe zwar die Möglichkeit gehabt, Aufträge abzulehnen. Durch die Annahme eines Auftrages würden ihm aber bezüglich Ort, Zeit, Art und Umfang Vorgaben gemacht, er könne diese somit nicht frei gestalten. Auch werde ihm ein zeitlicher Rahmen (Verteilungen beispielsweise binnen fünf Tagen) vorgegeben. Die Aufgabenstellung sei klar umrissen, eigene freie Gestaltungsmöglichkeiten durch den Arbeitnehmer wären nicht vorhanden. Die Vergütung erfolge nach tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden und bemesse sich damit nicht am Erfolg der Arbeit, sondern lediglich an seiner Leistungsbereitschaft. Auch ein unternehmerisches Risiko sei zu verneinen, da sämtliche Materialien (Werbemittel) vom Arbeitgeber gestellt würden. Zur Ausführung der Aufträge verwende der Beigeladene Ziffer 1 zwar sein eigenes Fahrzeug. Dies sei aber auch bei anderen Beschäftigten üblich und der wirtschaftliche Aufwand für den Erwerb eines solchen Fahrzeugs relativ gering. Dass der Beigeladene Ziffer 1 auch noch für andere Auftraggeber tätig wäre, stelle kein ausreichendes Indiz für die Feststellung einer selbstständigen Tätigkeit dar.

Mit seiner dagegen beim Sozialgericht Stuttgart (SG) erhobenen Klage machte der Kläger geltend, er beschäftige sich in seinem Unternehmen ausschließlich mit der Verteilung von Werbemitteln und zwar im gesamten Bundesgebiet. Bundesweit seien für ihn ca. 50 Transportunternehmen tätig. Die Verteilung der Werbemittel werde in keinem Fall durch angestellte Mitarbeiter durchgeführt. Bei den Auftragnehmern handle es sich zum Teil um Einzelunternehmen, so wie im Falle des Beigeladenen Ziffer 1, teilweise würden auch größere Unternehmen beauftragt, die sich dann wiederum auf die Verteilung von Werbemitteln spezialisiert hätten und über zahlreiche Arbeiter verfügten. Mit dem Beigeladenen Ziffer 1 habe man keinen schriftlichen Vertrag geschlossen, sondern ihm sei bei Bedarf ein Einzelauftrag vergeben worden. Im Rahmen dieses Auftrages wäre weder die Arbeitszeit vorbestimmt noch ihm der konkrete Arbeitsort vorgegeben worden. Die Auswahl der Gaststätten, die Verhandlungen mit den Gastwirten und auch die anschließende Pflege der Strukturen habe er völlig selbstständig durchgeführt. Er sei auch nicht zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Arbeit verpflichtet gewesen, sondern hätte sich zur Durchführung des Auftrages dritter Personen bedienen können. Von dieser Möglichkeit habe er immer wieder Gebrauch gemacht. Die vereinbarte Vergütung werde auch nur dann in voller Höhe ausbezahlt, wenn der Auftrag ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre. Von 1999 bis 2001 habe er insgesamt DM 36.994,56 erhalten. Seit Oktober 2001 sei er nicht mehr für den Kläger tätig. Der Beigeladene Ziffer 1 habe auch insoweit ein eigenes Unternehmerrisiko getragen, als er eigene finanzielle Mittel, nämlich seinen Pkw, und auch weitere Arbeitsmittel habe einsetzen müssen, wie z. B. Bohrmaschinen, Kabel, Akku-Schrauber und sonstige handwerkliche Hilfsmittel. Diese würden benötigt, um die für die Präsentation der Werbemittel erforderlichen Displays in den einzelnen Gaststätten montieren zu können. Auch sei der Erfolg des Einsatzes der persönlichen Arbeitskraft ungewiss gewesen. Schließlich sei der Beigeladene Ziffer 1 auch noch für zwei weitere Auftragnehmer tätig gewesen.

Mit Beschluss vom 9. April 2003 hat das SG den Beigeladenen Ziffer 1 zum Rechtsstreit beigeladen und diesen anschließend schriftlich befragt. Unter auszugsweiser Vorlage der Steuerbescheide für die Jahre 1999, 2000 und 2001 teilte dieser ergänzend mit, er sei für die Verteilung von angelieferten Werbemitteln innerhalb eines Zeitraumes (Woche) verantwortlich gewesen. Sein Honorar habe sich nach der Anzahl der bedienten Standorte gerichtet. Erfolgreiche Neuaquisitionen (neue Standorte für Werbematerialstände) seien mit einer Festpauschale zusätzlich honoriert worden. Vereinbarungen hierüber habe man mündlich getroffen. Bei seinen Tätigkeiten sei er stets als selbstständiger Unternehmer aufgetreten. Für die Vorbereitung der Verteilung (Tourenplanung) habe er ein eigenes Büro sowie für die Auftragskoordination/Terminabsprachen sein eigenes Handy/Fax benutzt. Das Kranken- und Ausfallrisiko habe er demgemäß eigenständig getragen. Er sei auch für andere Auftraggeber in gleicher Art tätig gewesen. Bei Auftragsübernahme habe für ihn die Verpflichtung bestanden, den Auftrag vereinbarungsgemäß abzuwickeln; er hätte sich hierzu auch der Beauftragung anderer Personen bedienen können und habe dies auch verschiedene Male getan. Auf seinem geleasteten Fahrzeug habe er kein Firmenzeichen der Firma D. I. L. & P. verwendet oder sonst zu erkennen gegeben, dass der Pkw für diese Firma benutzt werde. Des weiteren habe er auch eigenes Werkzeug zur Montage der Werbestände einsetzen müssen. Die Aufträge seien ihm telefonisch wie auch per Fax erteilt worden. Die vereinbarten Entgelte wären von ihm im Rahmen seiner Steuererklärung als Einkünfte aus Gewerbebetrieb mit Hilfe eines Steuerberaters erklärt worden. Er habe darüber hinaus Umsatzsteuer- und Gewerbesteuererklärungen für die jeweiligen Jahre abgegeben.

In dem Klageverfahren des Inhabers der Firma A. P. ebenfalls beim SG (S 2 R 685/02) anerkannte die Beklagte (ohne weitere Begründung), dass der Beigeladene Ziffer 1 seine Tätigkeit als Promoter selbstständig ausgeübt habe. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation sei nicht gegeben gewesen. Weisungen, die Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit sowie Art und Weise der Durchführung beträfen, hätten nicht einseitig im Wege des Direktionsrechts erteilt werden können. Es fehle daher an einer persönlichen Abhängigkeit zum Auftraggeber (Ausführungsbescheid vom 3. Februar 2005).

Mit Urteil vom 30. März 2006, dem klägerischen Bevollmächtigten zugestellt am 3. Juli 2006 und berichtet durch Beschluss vom 26. Juli 2006, wies das SG die Klage mit der Begründung ab, der Beigeladene Ziffer 1 sei, sobald er einen Auftrag angenommen habe, infolge der Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Klägers in persönlicher Abhängigkeit von diesem tätig gewesen. Allein der Umstand, dass er bestimmte Aufträge abgelehnt habe, begründe nicht seine Selbstständigkeit. Bei der Annahme eines Auftrages habe der Beigeladene Ziffer 1 nämlich zumindest Vorgaben hinsichtlich der Anzahl und Art der Lokale gehabt. Für den Auftrag sei der Raum Fr. vorgegeben gewesen. Er habe den Auftrag innerhalb einer zeitlichen Vorgabe von einer Woche erledigen müssen. Hierdurch sei eine hinreichend konkrete Festlegung erfolgt. Der Kläger habe den Beigeladenen Ziffer 1 auch mittels Fotos überwacht. Er sei daher nicht mit einem Werbeprospektverteiler vergleichbar, der keinen festen Verteilbezirk habe und frei entscheiden könne, wann, wo und in welcher Weise er Prospekte austeile, also auch keinen Vorschriften und Kontrollen unterliege. Es habe sich um eine untergeordnete Arbeit gehandelt, bei der die Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers eher anzunehmen sei als bei gehobenen Tätigkeiten. Für die Tätigkeit sei es nicht erforderlich gewesen, dass er am Sitz des Unternehmens des Klägers tätig werde. Dieser Umstand sei allein darauf zurückzuführen, dass er die Werbung in verschiedenen Lokalen hätte anbringen müssen. Der Beigeladene Ziffer 1 habe auch kein Unternehmerrisiko getragen. Als wesentliches Sachmittel habe er nur den von ihm geleasteten Pkw benutzt. Hierbei handle es sich um das von ihm auch privat genutzte Kfz, so dass insoweit kein Einsatz von Kapital im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit erfolgt wäre. Der Beigeladene Ziffer 1 habe sich insoweit nicht von jedem Arbeitnehmer unterschieden, der für die Fahrten zur Arbeit das eigene Kfz benutze. Das eigene Büro, Handy, Fax und Werkzeug zur Montage der Werbemittelstände stellten kein nennenswertes Betriebskapital dar. Demgegenüber seien ihm die zur Ausübung der Tätigkeit erforderlichen Materialien in Form der Werbemittel wie auch die Werbematerialstände gestellt worden. Unternehmerrisiko zeichne sich aber gerade dadurch aus, dass trotz fehlender Aufträge Aufwendungen entstünden, die unabhängig von den Einnahmen wären. Das wäre bei dem Beigeladenen Ziffer 1 aber nicht der Fall gewesen. Er habe letztlich - wie jeder abhängig Beschäftigte auch - seine Arbeitskraft ohne einen nennenswerten Einsatz von Sachmitteln angeboten. Wer aber über keine weiteren Produktionsmittel als seine eigene Arbeitskraft verfüge, leiste abhängige Arbeit und sei somit sozial schutzbedürftig. Auch die Erfolgsbezogenheit des Honorars sei nicht ausschlaggebend.

Denn im Bereich der abhängigen Beschäftigung gebe es Entgelte, die - wie der Stück- oder Akkordlohn - ebenfalls erfolgsbezogen seien. Die Tragung eines eigenständigen Kranken- und Ausfallrisiko könne ebenfalls nicht maßgebend sein. Dass der Beigeladene Ziffer 1 auch noch für die Firma A. P. tätig gewesen wäre, stehe dem nicht entgegen, da auf die konkrete Tätigkeit für den Kläger abzustellen sei. Der Umstand, dass der Beigeladene Ziffer 1 sich zur Ausführung der Aufträge auch anderer Personen hätte bedienen können und dies im Einzelfall auch tatsächlich getan habe, sei ebenfalls nicht ausschlaggebend, da der Beigeladene Ziffer 1 keine weiteren Personen beschäftigt habe und der Kläger auch Wert darauf gelegt hätte, die Person kennenzulernen, die seine Aufträge ausführe. Er sei auch nicht als Frachtführer anzusehen. Er habe zwar das Werbematerial befördern müssen, der wesentliche Bestandteil seines Vertrages sei aber deren Verteilung gewesen. Außerdem fehle es an der Person eines Empfängers. Die steuerrechtliche Behandlung des Sachverhaltes schließlich zwingt ebenfalls nicht dazu, von einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis abzusehen. Denn der Wunsch der Beteiligten, die Tätigkeit als selbständige auszugestalten, sei nicht von ausschlaggebender Bedeutung.

Zur Begründung seiner dagegen am 5. Juli 2006 eingelegten Berufung hat der Kläger vorgetragen, die erstinstanzliche Entscheidung sei nach dem Anerkenntnis in dem Parallelverfahren S 2 R 685/02 völlig überraschend gewesen. Der Einsatzort F. sei eine unternehmerische Entscheidung des Beigeladenen Ziffer 1 gewesen. Nur durch dessen Einsatz hätten mehr Lokale mit Werbematerialien versorgt werden können. Dass hierfür nur bestimmte Lokalitäten in Betracht kämen, ergebe sich aus der Natur der Sache. Nachweise, dass der Auftrag tatsächlich erbracht worden sei, habe der Beigeladene Ziffer 1 durch Vorlage von Fotos von den Werbeträgern erbracht. Durch diese Fotos sei er also keineswegs überwacht worden. Der Beigeladene Ziffer 1 habe auch eigenes nennenswertes Kapital eingesetzt, denn den Pkw habe er nicht nur benötigt, um einen Arbeitsort, sondern eine Vielzahl von Arbeitsorten zu erreichen. Deswegen seien auch die Fahrtkosten erheblich gewesen. Weiter habe er noch ein eigenes Büro, Handy, Fax und Werkzeug einsetzen müssen. Für die Ausführung der Aufträge habe er sich dritter Personen bedienen können und dies auch tatsächlich getan. Steuerlich sei die Tätigkeit deswegen als selbständige eingestuft worden.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 30. März 2006 und die Bescheide vom 10. Mai 2001 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 31. Januar 2002 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, festzustellen, dass der Beigeladene Ziffer 1 in seiner Tätigkeit für den Kläger nicht abhängig beschäftigt war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist darauf, dass der Beigeladene Ziffer 1 eben nicht eine Tätigkeit ausgeübt habe, die gängig unter der Berufsbezeichnung Verkaufsförderer oder Promotor zusammengefasst werde und zum Inhalt habe, in Werbe- oder Verkaufsaktionen - zumeist in Kaufhäusern, Supermärkten oder auf Messen - Produkte des Auftraggebers zu bewerben. Der Beigeladene Ziffer 1 habe als Teil des bundesweit agierenden Klägers innerhalb eines bestimmten zeitlich vorgegebenen Rahmens an einen bestimmten Empfängerkreis Werbemittel zu verteilen gehabt. Der Kläger habe die Erfüllung der übertragenen Aufgaben kontrolliert, denn nicht anders hätte er seinerseits die ordnungsgemäße Ausführung seinen Auftraggebern gegenüber bestätigen können. Aus den vorgelegten Rechnungen ergebe sich nichts anderes, denn beide Vertragspartner seien vom Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen, so dass es nur folgerichtig sei, dass der Beigeladene Ziffer 1 die geleistete Arbeit in Rechnung stelle. Bemerkenswert sei allerdings, dass die Rechnungen keine Hinweise auf eine Vergütung für die angebliche Gewinnung von Neukunden enthielten. Die vom Klägervertreter bezeichneten Entscheidungen seien nicht maßgeblich, es komme immer auf den individuellen Einzelfall an, deswegen auch nicht auf die Tätigkeit des Beigeladenen Ziffer 1 bei der Firma A. P. ... Sie hat hierzu noch die Anlage 4 zum Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherung vom 05.07.2005 vorgelegt.

Die mit Beschluss vom 4. Januar 2007 beigeladenen Versicherungsträger haben ebenso wenig wie der Beigeladene Ziffer 1 einen Antrag gestellt und sich auch sonst nicht zum Verfahren geäußert.

Auf Aufforderung seitens des Senats haben der Kläger und der Beigeladene Ziffer 1 Rechnungen von Oktober 1999 bis Oktober 2001 vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist statthaft im Sinne des [§ 144 Abs. 1 Satz 2 SGG](#), da die Berufung einen Zeitraum von mehr als einem Jahr umfasst.

Die damit insgesamt zulässige Berufung ist indessen nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Denn die angefochtenen Bescheide vom 10. Mai 2001 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 31. Januar 2002 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Beigeladene Ziffer 1 war bei ihm in der Zeit von Oktober 1999 bis Oktober 2001 versicherungspflichtig aufgrund abhängiger Beschäftigung.

Streitgegenstand sind auch die gegenüber dem Beigeladenen Ziffer 1 ergangenen Bescheide, auch wenn dieser selbst den Klageweg nicht beschritten hat. Das führt indessen aufgrund der notwendigen Streitgenossenschaft des Klägers und des Beigeladenen Ziffer 1 nicht dazu, dass hier eine entgegenstehende Bestandskraft zu beachten wäre. Denn die gegenüber dem Beigeladenen Ziffer 1 ergangenen Bescheide sind Verwaltungsakte gleichen Inhalts wie die gegenüber dem Kläger, nur an verschiedene Adressaten gerichtet, so dass über diese auch nur einheitlich und demzufolge auch mit Wirkung gegenüber dem Beigeladenen Ziffer 1 entschieden werden kann.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Feststellung, ob eine Beschäftigung nichtselbständig ist, sind im angefochtenen Urteil zutreffend

zitiert; hierauf nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen nach [§ 153 Abs. 2 SGG](#) Bezug. Nach diesen Kriterien war der Beigeladene Ziffer 1 in der streitbefangenen Zeit auch zur Überzeugung des Senats abhängig beschäftigt und hat deswegen der Sozialversicherungspflicht unterlegen. Dies hat das SG ausführlich begründet dargelegt, weswegen sich der Senat auch insoweit ergänzend auf die Entscheidungsgründe des SG bezieht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG, der sich der erkennende Senat anschließt, setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist, seine Arbeitsleistung nicht auf andere Personen übertragen und nicht für andere Auftraggeber tätig werden darf, umfangreichen Berichtspflichten sowie weitreichenden Kontroll- und Mitspracherechten des Auftraggebers unterliegt, über keine eigenen Betriebs- und Produktionsmittel verfügt, gegenüber seinen Kunden nicht unter eigenem Namen und für eigene Rechnung auftreten darf, kein Unternehmerrisiko trägt, eine typische Arbeitnehmerbeschäftigung ausübt und feste Lohn- oder Gehaltszahlungen sowie typische Arbeitgeberleistungen erhält (vgl. zu diesem Kriterienkatalog: Brand, DB 1999, 1162, 1163; BSG [SozR 4-2700 § 2 Nr. 1](#)). Demgegenüber ist eine selbständige 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 selbständig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind 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, wie dies im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt.

Das zugrunde gelegt, sind zwar Indizien für eine Selbständigkeit des Beigeladenen Ziffer 1 vorhanden, wie insbesondere das Tätigwerden für weitere Auftraggeber (im wesentlichen wohl nur die Firma A. P.). Das Fehlen einer Ausschließlichkeitsklausel spricht ebenso für eine selbständige Tätigkeit wie die Delegationsbefugnis, die der Kläger dem Beigeladenen Ziffer 1 eingeräumt hatte. Denn er war nicht verpflichtet, die Auslieferung der Werbepostkarten höchstpersönlich durchzuführen, sondern durfte sich hierfür der Mithilfe von Hilfskräften bedienen. Er musste weiter eigene Arbeitsmittel (Pkw, Bürou Ausstattung, Handwerkszeug) einsetzen, allerdings in untergeordnetem Umfang, konnte insbesondere auch den PKW privat nutzen. Der Kläger hat ihm keine klassischen Arbeitgeberleistungen wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Weihnachts- und Urlaubsgeld oder sonstige Gratifikationen gewährt. Nicht zuletzt wurde er steuerlich als Selbständiger veranlagt.

Nach den Gesamtumständen überwiegen aber die Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung, da ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis bestand. Denn die Tätigkeit des Beigeladenen Ziffer 1 als Werbemittelverteiler wurde im wesentlichen dadurch geprägt, dass ihm der Kläger das dafür erforderliche Material in Form der Werbungsunterlagen zur Verfügung stellte wie den konkreten Auftrag erteilte und den zeitlichen Rahmen für die Verteilung des Werbematerials sowie den Ort der Werbemaßnahmen vorgab (so auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26.07.2006, [L 17 U 64/05](#), veröffentlicht in juris, zu den Zeitungsausträgern; LSG Bayern, Urteil vom 19.08.1998, [L 2 U 66/97](#) zu Prospektverteilern). Der Kläger gab dem Beigeladenen Ziffer 1 genau vor, in welchem Bezirk von F. er die Werbeprospekte verteilen sollte. Bei der Gewinnung von Neukunden mussten diese erst vorab durch den Kläger akzeptiert werden insofern bestand eine enge Bindung an den Ort der Arbeitsleistung, wobei der Kläger das jeweilige Arbeitsvolumen nur begrenzt bestimmen konnte. Hinsichtlich Zeit und Dauer der Arbeitsleistung war der Beigeladene Ziffer 1 freier als in einem klassischen Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitgeber die (Kern-)Arbeitszeit einseitig festlegen und die Ableistung einer bestimmten Anzahl von Arbeitsstunden verlangen kann. Dennoch konnte er nicht frei über seine Arbeitszeit verfügen, weil er das Werbematerial "umgehend" verteilen musste und ihm deshalb nur ein enger zeitlicher Korridor verblieb. Zudem ist zu bedenken, dass gerade bei einfachen Tätigkeiten, die nur zeitweise zu erbringen sind, kaum Raum für die Ausübung eines "Direktionsrechts" verbleibt (vgl. dazu auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23. Oktober 2003, Az.: [L 7 U 5158/99](#)). Einzelanweisungen des Klägers waren überflüssig, weil sich die notwendigen Verrichtungen aus der Natur der Sache ergaben (vgl. hierzu BSG SozR Nr. 16 zu § 165 RVO unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Reichsversicherungsamtes, AN 1904 Nr. 1164, S. 527). Dass die Werbeunterlagen rechtzeitig und ordnungsgemäß verteilt wurden, kontrollierte und sanktionierte der Kläger, wie dies auch in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis üblich ist. Die damit verbundenen Kontroll- und Mitspracherechte verschafften ihm ein umfangreiches Weisungsrecht. Somit verblieb dem Beigeladenen Ziffer 1 keine nennenswerte unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Denn ein Unternehmerrisiko geht nur ein, wer eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit Verlustgefahr einsetzt (BSG, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#)); der Erfolg des eigenen wirtschaftlichen Einsatzes muss ungewiss bleiben (BSG SozR Nr. 34 zu § 539 RVO, SozR 2200 § 1227 Nr. 17 und SozR 2200 § 165 Nr. 63). Das war bei ihm nicht der Fall. Er verfügte bei seiner Tätigkeit auch nicht über einen nennenswerten Spielraum für eigene unternehmerische Initiativen. Er konnte vor allem nicht - etwa durch verstärkten eigenen Arbeitseinsatz, vermehrte Verwendung von Hilfskräften oder sächlichen Mitteln, höherem Werbeaufwand u.Ä. - das wirtschaftliche Ergebnis seiner Tätigkeit uneingeschränkt steigern und entsprechende Risiken auf sich nehmen (BSG, Urteil vom 18. November 1980, Az.: [12 RK 76/79](#), [SozR 2200 § 165 Nr. 51](#)). Zudem handelte es sich bei der Verteiltätigkeit im Wesentlichen um eine geringfügig entlohnte Tätigkeit, die für das Eingehen eines echten unternehmerischen Wagnisses kaum geeignet erscheint. Deshalb ist es auch unerheblich, dass der Kläger ihm - ähnlich wie bei Selbständigen - kein Mindesteinkommen garantierte. Selbst die Preisgestaltung war von dem Kläger vorgegeben. Dass der Beigeladene Ziffer 1 im Jahr 2000 45 Neukunden dazu gewonnen hat, wird durch die Abrechnungen, wie die Beklagte zu Recht gerügt hat, nicht belegt. Diese zeigen nur, dass der Beigeladene Ziffer 1 über die Jahre immer die gleichen "Touren" bediente. Dadurch erzielte er über den ganzen strittigen Zeitraum hinweg einen Verdienst, von dem er seinen Lebensunterhalt allenfalls in abhängiger Stellung hätte finanzieren, nicht aber als Selbständiger sich selbst sozial versichern oder gar seine Ausgaben gewinnbringend hätte decken können. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Werbemittelverteiler im Gegensatz zu einem Promotor oder Verkaufsförderer nach allgemeiner Verkehrsanschauung nichtselbständig ist, da er keinerlei gestalterischen oder gar unternehmerischen Spielraum hat, sondern schlicht nur Werbemittel verteilt und dies innerhalb eines vorgegebenen Bezirks und eines bestimmten Empfängerkreises in einem festgelegten zeitlichen Rahmen. Bei solch untergeordneten Beschäftigungen muss - wie das SG zutreffend ausgeführt hat - eher von einer Einordnung in einen Betrieb des Auftragsgebers ausgegangen werden und es besteht auch ein soziales Schutzbedürfnis für die Sozialversicherungspflichtigkeit der Tätigkeit.

Auch zur Überzeugung des Senats unterlag der Beigeladene Ziffer 1 bei der Ausübung seiner Tätigkeit insoweit der arbeitgeberseitigen Kontrolle und damit der erforderlichen betrieblichen Eingliederung, als sich der Kläger Fotos der Werbekampagnen der jeweiligen

Gaststätten vorlegen ließ um zu überprüfen, ob und wie die jeweiligen Aufträge erledigt wurden. Aus den vorgelegten Rechnungen ergibt sich weiter, dass der Beigeladene Ziffer 1 teilweise mit der Abrechnung Stempellisten und Outletbeschreibungen über die erledigten Aufträge vorlegen musste, also nicht frei unternehmerisch agieren konnte.

Dass sich der Beigeladene Ziffer 1 gegebenenfalls der Mithilfe dritter Personen hat bedienen können und dies auch vereinzelt tat, steht der Einordnung seiner Beschäftigung als abhängigeebenfalls nicht entgegen, denn das war nur ausnahmsweise und in nicht nennenswertem Umfang der Fall. Der Beigeladene Ziffer 1 hat hierzu unwidersprochen vorgetragen, dass er selbst keinen Arbeitnehmer beschäftigt hat. Auch war der Umfang der ihm erteilten Werbeaufträge so gestaltet, dass er diese ohne weiteres allein erledigen konnte, wie sich dies aus den vorgelegten Abrechnungen ergibt.

Der Beigeladene Ziffer 1 hat somit im wesentlichen seine Arbeitskraft "verkauft", wie dies auch jeder Arbeitnehmer tut. Ein Unternehmerrisiko hat er dadurch nicht getragen. Ein solches liegt nur dann vor, wenn Kapital eingesetzt wird, um dadurch Gewinne zu erzielen. Das ist hier nicht der Fall, auch wenn er eigene Arbeitsmaterialien einsetzen musste. Denn das Wesentliche für die Ausübung der Tätigkeit, nämlich die Werbeprospekte selbst, wurden ihm gestellt. Benzin für Kurierfahrten ebenso wie Dübel u. ä. hat er dem Kläger in Rechnung gestellt. Darüber hinaus ist ein Unternehmerrisiko nur dann zu bejahen, wenn ein unternehmerisches Wagnis eingegangen wird, das über dasjenige hinausgeht, für seine Arbeitskraft kein Entgelt zu erzielen. Allein die Ausführung oder Nichtausführung von Arbeiten etwa durch Ablehnung von Aufträgen genügt nicht (Urteile des Senats vom 8. August 2006, [L 11 R 3502/05](#) und [L 11 R 2987/05](#)). Seine Bezahlung war an die Erledigung des Auftrags, nämlich die Austragung des Werbematerials, geknüpft, d.h. nicht an einen Erfolg (z.B. Neuaquisition von Kunden o.ä.) gebunden, wie dies auch bei Stück- oder Akkordlohn der Fall ist. Dabei konnte der Beigeladene Ziffer 1 seine Preise nicht selbst kalkulieren, sondern war an die Vorgaben des Klägers (in der Regel Tagespauschale) gebunden. Wenn er die Werbematerialien verteilte hatte, so erhielt er von dem Kläger unverzüglich sein Honorar. Er hat damit seine eigene Arbeitskraft nicht mit ungewissem Erfolg eingesetzt.

Bei der Ausübung der Tätigkeit hat der Beigeladene Ziffer 1, wie die Beklagte weiter zutreffend festgestellt hat, Sorgfalts- und Obhutspflichten hinsichtlich der ihm zur Verfügung gestellten Werbematerialien ebenso unterlegen wie der Verpflichtung zur Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen und Vorschriften über das äußere Erscheinungsbild. Dass er dabei vereinbarungsgemäß das Krankheits- und Ausfallrisiko trug, besagt nichts, sondern ist geradezu typisch für Scheinselbstständigkeit, da insbesondere die sozialen Vergünstigungen einer Beschäftigung wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Kündigungsschutz und Sozialversicherung mit anteiliger Beitragstragung durch den Arbeitgeber vermieden werden sollen.

Gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung spricht schließlich nicht, dass der Beigeladene Ziffer 1 für einen weiteren Auftraggeber tätig war. Im Rahmen der Prüfung, ob eine abhängige oder eine selbständige Beschäftigung vorliegt, ist das jeweilige Beschäftigungs- bzw. Auftragsverhältnis zu prüfen. Hier verhielt es sich so, dass der Beigeladene Ziffer 1, wenn er den Auftrag angenommen hatte, in die Organisation des Klägers eingegliedert war und die Tätigkeit nicht durch ein Unternehmerrisiko geprägt war ((Urteile des Senats vom 8. August 2006, [a.a.O.](#)).

Nach alledem war deswegen die Berufung des Klägers als unbegründet zurückzuweisen, wobei die Kostenentscheidung auf [§ 197a SGG](#) beruht.

Der Streitwert wird im Hinblick auf die von der Beigeladenen Ziffer 2 mitgeteilten Gesamtsozialversicherungsbeiträge, die sich aus den Umsatzangaben des Beigeladenen Ziffer 1 ergeben, die der Kläger dem SG mitgeteilt hat, nach [§§ 197a Abs. 1 SGG](#) i. V. m. [63 Abs. 1](#), [52 Abs. 1 GKG](#) endgültig, auf 7.806,12 EUR festgesetzt.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-09-03