L 11 R 3322/12

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 13 R 1267/11
Datum
13.06.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 3322/12
Datum
18.02.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Mannheim vom 13. Juni 2010 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 5.000,- EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Beigeladene zu 2) vom 01.08.2008 bis 30.06.2009 in ihrer Tätigkeit für die Klägerin sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die 1955 geborene Beigeladene zu 2) hat seit 2003 ein Gewerbe angemeldet (Telefonservice). Ab 01.04.2008 war sie bereits als telefonische Gesprächspartnerin für die Firma T. T. aufgrund mündlicher Vereinbarung tätig. Von dieser wurde der Beigeladenen zu 2) im Oktober 2008 ein Kooperationsvertrag über freie Mitarbeit mit der Klägerin, die als Partnerunternehmen bezeichnet wurde, zugesandt. In dem zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 2) am 10.08.2008 mit Wirkung zum 01.08.2008 geschlossenen Vertrag ist Folgendes geregelt:

1. Präambel Der Auftragnehmer wird für den Auftraggeber zum 01.08.2008 tätig. Die Tätigkeit wird auf eigene Rechnung ausgeführt. Eine Arbeitszeit wird nicht vereinbart. Die Tätigkeit umfasst verschiedene administrative Tätigkeiten im Bereich Kommunikation via Telefon und PC. Eine Abrechnung erfolgt ausschließlich auf Erfolgsbasis.

2. Aufgabengebiet Das Aufgabengebiet des Auftragnehmers umfasst die folgenden Tätigkeiten • Entgegennahme von Telefongesprächen im Bereich Mehrwertdienste (Vergütung erfolgt minutenabhängig) • Bedienung der Telefonzentrale im Büro M. (Vergütung erfolgt stundenabhängig) • Versendung von SMS Kurznachrichten via PC (Vergütung erfolgt nach erhaltenen SMS Eingangsnachrichten) • Kundenserviceleistungen via Telefon (Abrechnung erfolgt minutenabhängig) • Outboundtelefonate Partnerserviceleistungen (Vergütung erfolgt nach Abschluss)

3. Vergütung Telefonate via 0900 ... eingehend 0,30 Euro pro Minute Telefonate via 0180 eingehend 1,50 Euro pauschal Telefonzentrale Bürotätigkeit 10,00 Euro pro Stunde Eingehende SMS Nachricht 0,13 Euro pro SMS Outbound Partner Service 15,00 1,00 Euro Euro pro Zahlungseingang Kunde pro Abschluss

4. Abrechnung Der Auftragnehmer stellt dem Auftraggeber jeweils zum Monatsende (letzter Tag des Monats) eine Rechnung über die geleistete Arbeit. Die Rechnung wird binnen 15 Tagen auf die Bankverbindung Konto ... überwiesen.

5. Sonstiges Der Auftragnehmer arbeitet aus Sicherheitsgründen unter einem Pseudonym. Das vereinbarte Pseudonym lautet J ... Der Auftragnehmer ist durch diese Tätigkeit nicht krankenversichert und erhält keinerlei Sozialleistungen. Der Auftragnehmer ist für die Versteuerung seines Einkommens selbst verantwortlich ...

Zum 01.04.2009 wurde seitens der Firma T. T. eine "Erweiterung/Ergänzung/Detailerläuterungen Kooperationsvertrag/Operatorrichtlinien" mitgeteilt, der auch für die Klägerin gültig war. Dieses Schreiben sah eine aktualisierte Vergütungstabelle sowie Verhaltensrichtlinien (ua Verbote hinsichtlich der Verbreitung eigener Servicerufnummer, der Bekanntgabe der eigenen Rufnummer, Privatkontakten, gleichzeitiger

Einwahl bei mehreren Telefonhotlines während der Dienstzeit) vor. Das Schreiben endete mit dem Hinweis, dass - sofern dieser Vertragserweiterung nicht schriftlich widersprochen werde, dies als Annahme gelte. Im Falle des Widerspruchs werde das Vertragsverhältnis vorsorglich mit Wirkung zum 15.04.2009 gekündigt. Das Schreiben war von dem Geschäftsführer der T. T. und dem Geschäftsführer der Klägerin unterzeichnet. Die Beigeladene zu 2) war als telefonische Gesprächspartnerin in den Bereich Flirtgespräche, Telefonsex und Partnervermittlung von zuhause aus tätig und setzte als Arbeitsmittel einen PC, ein Telefon sowie einen Internetzugang ein. Es gab bei der Klägerin einen Online-Stundenplan, in den die Mitarbeiterinnen ihre Tätigkeitszeiten im Voraus eintrugen. Die Beigeladene zu 2) stellte der Klägerin monatliche Rechnungen ohne Umsatzsteuer, in denen nach Minuten abgerechnet wurde mit zusätzlichen Boni für Telefonate ab 55 minütiger Dauer in Höhe von 5,00 EUR und ab 200 Minuten pro Tag in Höhe von 10,00 EUR. Die Beigeladene zu 2) stellte der Klägerin sowie der Firma T. T. folgende Beträge in Rechnung:

T. T. T. GmbH April 2008 801,60 EUR Mai 2008 785,50 EUR Juni 2008 777,60 EUR Juli 2008 706,40 EUR August 2008 438,80 EUR 396,70 EUR September 2008 493,40 EUR 830,00 EUR Oktober 2008 811,50 EUR 778,70 EUR November 2008 820,00 EUR 871,90 EUR Dezember 2008 590,00 EUR 618,70 EUR Januar 2009 214,60 EUR 195,00 EUR Februar 2009 312,80 EUR 510,00 EUR März 2009 333,30 EUR 505,00 EUR April und Mai 2009 592,48 EUR 887,34 EUR Juni 2009 502,00 EUR 507,68 EUR

Am 21.08.2009 stellte die Beigeladene zu 2) einen Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status und beantragte festzustellen, dass ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis bei der Klägerin bestanden habe. Die Beigeladene zu 2) gab an, im Laufe der Tätigkeit habe es immer mehr Anweisungen seitens der Klägerin gegeben. Nachdem sie eine Mitarbeiterin der Klägerin, Frau I. S., auf die Möglichkeit einer Scheinselbständigkeit hingewiesen habe, sei sie seitens der Klägerin gesperrt worden, so dass sie keine weiteren Leistungen habe erbringen können. Es sei erwartet worden, dass sie am Wochenende sowie für ein bis zwei Nachtdienste pro Monat für den Telefondienst zur Verfügung stehe. Zudem seien ihr Sätze vorgeschrieben worden, die sie zum Anrufer zu sagen habe und einzelne Telefonate seien von dem Geschäftsführer der Klägerin oder "A." (I. S.), überwacht worden, die sich im Einzelfall noch während eines Gesprächs per Chat gemeldet und gesagt hätten, was man zum Kunden zu sagen habe.

Mit Schreiben vom 01.12.2009 hörte die Beklagte die Klägerin zur beabsichtigten Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung der Beigeladenen zu 2) an. Mit Bescheiden vom 21.01.2010, gerichtet an die Klägerin und an die Beigeladene zu 2), stellte die Beklagte fest, dass die Beigeladene zu 2) bei der Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig gewesen sei.

Mit ihrem dagegen eingelegten Widerspruch machte die Klägerin geltend, die Beigeladene zu 2) sei nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Es sei auch keine ständige Dienstbereitschaft erwartet worden, die Beigeladene zu 2) habe der Beschäftigung vielmehr immer dann nachgehen können, wenn sie dies für richtig gehalten habe. Zudem sei sie auch für Konkurrenzunternehmen tätig gewesen. Sie habe eigene Betriebsmittel und eigenes Kapital eingesetzt. Es sei nicht richtig, dass gegenüber der Beigeladenen zu 2) inhaltliche Vorgaben gemacht worden seien, wie sie sich gegenüber den Anrufern zu äußern habe.

Mit Änderungsbescheiden vom 26.11.2010 wurden die Bescheide vom 21.01.2010 dahin abgeändert, dass ab 01.08.2008 in der von der Beigeladenen zu 2) ausgeübten Beschäftigung als Telefon Operator die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. In den Zeiträumen August 2008, Januar 2009 und April und Mai 2009 sei die Tätigkeit versicherungsfrei wegen Geringfügigkeit.

Mit Widerspruchsbescheid vom 07.03.2011 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen stützte sich die Beklagte darauf, dass die Beigeladene zu 2) als Heimarbeiterin einzustufen sei.

Hiergegen richtet sich die am 08.04.2011 zum Sozialgericht Mannheim (SG) erhobene Klage. Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe das Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses bejaht ohne Beweis zu erheben oder die Behauptungen der Klägerin widerlegen zu können sowie ohne Subsumtion. Ferner sei die Einordnung der Tätigkeit als Heimarbeit ohne jede nachvollziehbare tatsächliche Feststellungen und ohne vorherige Anhörung zu diesem rechtlichen Gesichtspunkt getroffen worden. Unter Heimarbeit sei nach der Verkehrsanschauung die Herstellung von Waren von Hand oder unter Mitwirkung von Maschinen, allenfalls noch die Ausführung lediglich mechanischer Tätigkeit zu verstehen, hierzu könne die Tätigkeit der Beigeladenen zu 2) nicht gezählt werden.

Das SG hat im Erörterungstermin am 28.11.2011 den Geschäftsführer der Klägerin und die Beigeladene zu 2) persönlich angehört und sodann mit Gerichtsbescheid vom 13.06.2012 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Beigeladene zu 2) sei bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen. Ausgehend von dem vorliegenden Vertrag sei ursprünglich eine selbständige Tätigkeit der Beigeladenen zu 2) gewollt gewesen. Maßgebend sei jedoch die Rechtsbeziehung, die alltäglich im konkreten Beschäftigungsverhältnis praktiziert werde. Die Gesamtumstände sprächen hier für eine abhängige Beschäftigung. Nach dem Selbstverständnis der Klägerin habe ein gewisses Direktionsrecht bestehen sollen, was aus den in der Verwaltungsakte befindlichen E-Mails des Geschäftsführers der Klägerin hervorgehe. So werde in der E-Mail vom 28.05.2009 erwartet, dass jeder Mitarbeiter an einem von zwei zur Auswahl stehenden Tagen (Pfingsten) arbeite. Auch die weiteren, dem Gericht vorliegenden E-Mails unterschieden sich, was die Art und Weise der Kommunikation anbelange, nicht. Für das Gericht gehe hieraus, also aus der tatsächlich gelebten Geschäftsbeziehung, mit eindeutiger Sicherheit hervor, dass die Klägerin ein Direktionsrecht für sich beansprucht und auch wahrgenommen habe. Jedenfalls ab Einführung der ACD-Software habe sich das Selbstverständnis der Klägerin, sie habe ein Direktionsrecht, zusehends objektiviert. Von diesem Moment an hätten die Beschäftigten besonderen Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers unterlegen, was ein Verhältnis der persönlichen Abhängigkeit begründe. Sanktionen seien jedenfalls angedroht worden. Die Gespräche der Mitarbeiter seien auch zeitweise von "A." oder vom Geschäftsführer der Klägerin überwacht worden. Der Umstand, dass teilweise sogar über den Chat konkrete Anweisungen zur Führung des weiteren Gesprächs gegeben worden seien, was vom Geschäftsführer der Klägerin selbst eingeräumt worden sei, zeige, dass die tatsächlich gelebte Beziehung von einem Direktionsrecht der Klägerin geprägt gewesen sei. Es sei auch von einer Eingliederung der Beigeladenen zu 2) in den Betrieb der Klägerin auszugehen. Die Beigeladene zu 2) sei nach außen schon nicht selbständig aufgetreten. Sie habe nicht für die Dienstleistung geworben, sondern dies habe die Klägerin selbst mit nicht unbeträchtlichen Summen getan. Ferner habe allein die Klägerin mit dem Kunden abgerechnet, so dass die Beigeladene zu 2) nach außen als Teil des Unternehmens der Klägerin erscheine. Die ACD-Software sei seitens der Klägerin ab einem gewissen Zeitpunkt bereitgestellt worden. Die Klägerin habe die Nutzungsgebühren für diese Software gezahlt, so dass sie betriebliche Mittel bereitgestellt habe. Angesichts der Ausgaben, die die Klägerin mit ihrem Kooperationspartner T. T. GmbH allein für die Werbung verwandt habe (zwischen 20.000 EUR und 30.000 EUR im Monat) fielen

die Ausgaben der Beigeladenen zu 2) kaum ins Gewicht. Im Grunde genommen habe die Beigeladene zu 2) kein Unternehmerrisiko getragen. Der Erfolg der eingesetzten Arbeitskraft sei nicht ungewiss gewesen, denn die Beigeladene zu 2) habe mit Sicherheit davon ausgehen können, für abgeleistete Telefonminuten entlohnt zu werden. Für eine selbständige Tätigkeit spreche, dass die Beigeladene zu 2) von zuhause aus gearbeitet habe und ihre Arbeitszeit und Tätigkeit im Wesentlichen habe frei gestalten können. Kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit sei, dass die Beigeladene zu 2) für mehrere Auftraggeber tätig gewesen sei, denn es sei in der heutigen Arbeitswelt nicht unüblich, dass für mehrere Arbeitgeber voneinander unabhängige Teilzeitbeschäftigungen ausgeübt würden. Insgesamt überwögen die Umstände, die für eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 2) sprächen. Zudem gelte diese bereits aufgrund der Vorschrift des § 12 Abs 2 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) als Beschäftigte, weil sie Heimarbeiterin sei. Sie sei in eigener Arbeitsstätte und für Rechnung einer Gewerbetreibenden, nämlich der Klägerin, tätig gewesen. Die Beigeladene zu 2) habe von zuhause aus Telefonate für Rechnung der Klägerin geführt. Diese Tätigkeit sei auch erwerbsmäßig ausgeübt worden, denn sie sei auf eine gewisse Dauer angelegt worden und sei mit der Zielrichtung ausgeübt worden, den Lebensunterhalt sicherzustellen.

Gegen den ihrem Bevollmächtigten am 25.06.2012 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich die am 25.07.2012 eingelegte Berufung der Klägerin. Die Beigeladene zu 2) habe sich bei Ausübung ihrer Tätigkeit nicht in einem Online-Stundenplan eintragen müssen. Bei ihrer Anhörung vor dem SG habe sie freimütig bekannt, dass sie sich in den Online-Stundenplan nach Belieben eingetragen habe und nicht gezwungen gewesen sei, zu bestimmten Zeiten zu arbeiten und selbst nach Eintrag in den Online-Stundenplan zu jeder Zeit habe pausieren können. Ein Direktionsrecht der Klägerin habe nicht bestanden. Der Umstand, dass der Geschäftsführer der Klägerin sich von den freien Mitarbeitern mehr und längere Einsatzzeiten gewünscht habe, ändere nichts daran; dass er diese Bitte gebetsmühlenartig wiederholt habe, wie sich auch aus dem E-Mailverkehr ergebe, zeige, dass das Bitten zum einen wirkungslos geblieben sei, zum anderen den Beteiligten bewusst gewesen sei, dass die Klägerin keinerlei Durchsetzungsmöglichkeiten gehabt habe. Das Vertragsverhältnis sei vollständig als selbständig und weisungsfrei gelebt worden. Ungeachtet dessen, ob sich tatsächlich die Inanspruchnahme eines Direktionsrechts seitens der Klägerin aus einigen flapsig formulierten E-Mails herleiten lasse - was zu verneinen sei - setze die Wahrnehmung eines Direktionsrechts auch dessen Durchsetzung voraus. Eine solche Durchsetzung lasse sich auch nicht im Ansatz erkennen. Die Frage nach Weisungen hinsichtlich der Ausführungen ihrer Tätigkeit habe die Beigeladene zu 2) zunächst bejaht, in ihrer Anhörung vor dem SG aber angegeben, bezüglich Telefonsexgesprächen und Flirtgesprächen überhaupt keinen Weisungen unterlegen zu haben. Für den Bereich der Partnervermittlung behaupte sie zwar Weisungen, habe aber lediglich angegeben, eine Eingabemaske als Weisung empfunden zu haben, ebenso eine Liste mit Fragen an die Kunden, wobei sie gleichzeitig angegeben habe, diese Fragen zum einen auswählen zu können, zum anderen nicht insgesamt abgefragt zu haben. Es sei der Beigeladenen zu 2) auch nicht untersagt gewesen, Hilfskräfte oder eine Vertretung zu beschäftigen. Im Übrigen habe die Beigeladene zu 2) sowohl gegenüber dem Geschäftsführer wie auch gegenüber Frau S. betont, dass sie freiberuflich tätig sei und sich deshalb Dauer, Lage und Art und Weise ihres Einsatzes nicht vorschreiben lasse. Das SG entnehme ein "objektiviertes Direktionsrecht" aus der Einführung der ACD-Software, die besondere Überwachungs- und Kontrollmöglichkeiten eröffnet habe. Die Möglichkeit der Kontrolle bedeute aber weder Recht zur Kontrolle noch Ausübung der Kontrolle. Vor Einführung der Software seien die Gespräche bei der Klägerin mit einer eigenen Telefonanlage entgegengenommen und weiterverbunden worden, was zu einem erheblichen zeitlichen Aufwand bei der Telefonvermittlung geführt habe. Mit Einführung der Software sei dies erheblich vereinfacht worden. Die Beigeladene zu 2) sei auch nicht verpflichtet gewesen, diese Software zu nutzen, die erst ab März 2009 eingeführt worden sei. Konkrete Anweisungen zur Gesprächsführung habe es durch den Geschäftsführer der Klägerin nicht gegeben. Eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin sei ebenfalls nicht gegeben. Soweit das SG darauf abstelle, dass die Klägerin und nicht die Beigeladene zu 2) mit dem Kunden abgerechnet habe, verkenne es das Vertragsverhältnis als Subunternehmerin. Es seien auch nicht nur in sehr geringem Umfang eigene Betriebsmittel der Beigeladenen zu 2) zum Einsatz gekommen. Neben PC, Telefon und Internetzugang habe sie auch die Räumlichkeit stellen müssen, in der sie sich aufhielt sowie wenigstens einen Schreibtisch und einen Stuhl. Dienstleistungen seien üblicherweise wenig betriebsmittelintensiv. Die Beigeladene 2) habe auch nicht mit Sicherheit davon ausgehen können, für die abgeleisteten Telefonminuten entlohnt zu werden. Für den Fall, dass einer der Kunden seine Telefonrechnung nicht bezahlt hätte, hätte die Klägerin keine Vergütung erhalten, folglich hätte auch die Beigeladene zu 2) keinen Anspruch auf Bezahlung gehabt. Es sei auch unklar gewesen, ob und wie viele Kunden sich melden würden und darüber hinaus habe der Umfang der Einkünfte davon abgehangen, wie gut es der Beigeladenen zu 2) gelungen sei, den jeweiligen Kunden am Telefon zu halten. Das Risiko habe darin bestanden, auf Anrufe zu warten, aber keine derartigen Anrufe zu erhalten, mit anderen Worten Arbeitszeit einzusetzen, aber nicht vergütet zu erhalten. Zudem habe ein Risiko in einer Zahlungsunfähigkeit der Klägerin und damit dem Ausfall des Honorars gelegen. Dieses Risiko sei gerade bei Telediensten durchaus häufig anzutreffen. Für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit spreche auch, dass die Beigeladene zu 2) für mehrere Auftraggeber tätig gewesen sei. Sie sei noch in einer Anwaltskanzlei tätig gewesen und habe darüber hinaus unter dem Pseudonym A. bei dem Konkurrenzunternehmen T. gearbeitet und betreue zudem noch einige "Telefonsklaven" auf eigene Rechnung. Es sei gänzlich unüblich, dass jemand für mehrere im Wettbewerb stehende Arbeitgeber gleichzeitig und daneben auch auf eigene Rechnung im gleichen konkurrierenden Segment tätig werde. Soweit das SG die Beigeladene zu 2) als Heimarbeiterin im Sinne des § 12 Abs 2 SGB IV sehe, verkenne es, dass die Beigeladene zu 2) weder im Auftrag noch für Rechnung der Klägerin tätig gewesen sei, noch dass für die Annahme einer Heimarbeit die notwendige wirtschaftliche Abhängigkeit vorgelegen habe. Nach eigener Einlassung sei die Beigeladene zu 2) an fünf Tagen die Woche drei Stunden tätig gewesen. Dieser Tätigkeitsumfang sei weit davon entfernt, zu einer wirtschaftlichen Abhängigkeit zu führen.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Mannheim vom 13. Juni 2012 und die Bescheide der Beklagten vom 21. Januar 2010, abgeändert durch Bescheide vom 26. November 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07. März 2011 aufzuheben und festzustellen, dass die Beigeladene zu 2) in ihrer Tätigkeit als Telefon Operator bei der Klägerin vom 01.08.2008 bis 30.06.2009 nicht aufgrund einer abhängigen Beschäftigung sozialversicherungspflichtig ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Darstellung des Sachverhalts gehe an der Lebenswirklichkeit vorbei. Es habe nicht nur die Möglichkeit und das Recht zur Kontrolle bestanden, diese sei tatsächlich auch nachdrücklich ausgeübt worden. Es sei eindeutig dokumentiert, dass Kontrollen zur Durchsetzung von Anweisungen durchgeführt worden seien.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Die Beigeladene zu 2) macht geltend, dass das Weisungsrecht durch Androhung von Sperrung, also Entzug jeglicher Einnahmen, durchgesetzt worden sei. Eine weitere Möglichkeit seien Strafgelder für Verspätung, früher abmelden usw und für Tippfehler in der Partnervermittlungsdatenbank. Als Beweis werde die E-Mail des Geschäftsführers der Klägerin vom 22.04.2009 zitiert: "Ab heute gilt: Zuspätkommen ab fünf Minuten ohne vorherigen Anruf: 10 EUR Abzug, unentschuldigt komplett fehlen: 15 EUR pro gebuchte Stunde, früher gehen ohne vorherige Absprache: 0,42 Cent/Minute. Ich bitte diese Mail ernst zu nehmen". Weitere E-Mails von "A." vom 13.06.2009 und vom Geschäftsführer der Klägerin vom 03.04.2009 bestätigten dies. In letzterer werde gefordert, dass die Dienstzeiten ab sofort in einem Online-Dienstplan einzutragen seien. Vorher habe es eine Google-Tabelle gegeben, in die sich jede Telefonmoderatorin, die arbeiten wolle, habe eintragen müssen. Die Frage nach Weisungen habe sie bejaht, weil es recht schnell nach dem Arbeitsbeginn nur noch selten Telefonsex- und Flirtgespräche gegeben habe. Die große Mehrzahl der Anrufer habe sich auf den Kundenservice für die Partnervermittlung bezogen. Hierzu hätten sehr viele Anweisungen existiert, für eine Neukundenaufnahme sei sogar der genaue Wortlaut der Begrüßung vorgeschrieben gewesen. Sie habe stets betont, dass sie sich den Zeitpunkt ihres Einsatzes nicht vorschreiben lasse. Was die Art und Weise angehe, habe sie aber schließlich aufgegeben und sei den Weisungen gefolgt. Der gesamte Kundenservice habe Weisungen unterlegen. Sobald zB das Telefonbuch des ACD nicht auf dem neuesten Stand gewesen sei, habe sich Frau S. gemeldet und verlangt, dies nachzutragen (unter Vorlage eines Chat-Auszuges mit "A." vom 30.06.2009). Auch vor Einführung der ACD-Software sei für die Mitarbeiter der Klägerin auf einen Blick ersichtlich gewesen, wer gesprächsbereit gewesen sei, denn es habe eine Liste online gegeben, in die man sich eingetragen habe, sobald man erreichbar sei. Ob sie ACD gewollt habe, habe nicht zur Diskussion gestanden. Die Software sei ungefragt eingeführt worden, sie habe die Zugangsdaten bekommen, an Schulungen teilnehmen und sie dann eben nutzen müssen. Die Beigeladene zu 2) sei auch in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Sie habe deren Datenbanken gepflegt, deren Kunden in deren Datenbank aufgenommen, deren Kunden in das ACD-Telefonbuch eingetragen und bei weiteren Anrufen nach passenden Partnern in deren Datenbank gesucht. Sie selbst habe keine eigenen Kunden gehabt, sondern es seien ausschließlich Kunden der Klägerin gewesen, die diese vermittelt habe, an welche Telefonmoderatorin auch immer. In der Zeit von April 2008 bis Juli 2009 sei sie auch für keine anderen Auftraggeber tätig geworden. Bei T. und dem Rechtsanwalt habe sie früher gearbeitet. Sie sei auch niemals auf eigene Rechnung im gleichen Segment tätig gewesen. Ein unternehmerisches Risiko habe für sie nicht bestanden. Obwohl sie bei mehreren Hotlines gearbeitet habe, habe sie nie Ausfälle gehabt, weil ein Telefonkunde seine Rechnung nicht bezahlt habe. Strafgelder seien gegen sie nicht verhängt worden, weil sie keinen Grund dazu gegeben habe. Dies sei aber kein Beweis dafür, dass es diese Strafen nicht gebe. Einen Dienstplan gebe es nach ihrer Kenntnis bei keiner anderen Hotline. Üblich sei, dass man sich einwähle, wann immer man wolle, Pause mache und seine Tätigkeit beende, ohne jemandem Rechenschaft schuldig zu sein.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge und die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die nach den §§ 143, 144, 151 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist statthaft und damit zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Die Bescheide vom 21.01.2010, abgeändert durch Bescheide vom 26.11.2010, in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07.03.2011 sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten. Für die Tätigkeit der Beigeladenen zu 2) als Telefon Operator in der Zeit vom 01.08.2008 bis 30.06.2009 bestand Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung, soweit die Beklagte nicht Versicherungsfreiheit wegen geringfügiger Tätigkeit festgestellt hat.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig. Sie sind nach erfolgter Anhörung der Beteiligten ergangen, zudem hat die Beklagte mit Änderungsbescheiden vom 26.11.2010 die Anforderungen erfüllt, die das Bundesozialgericht (BSG) an eine Statusfeststellung gestellt hat. Danach genügt nicht die losgelöste Entscheidung über das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, sondern es ist ebenso eine Feststellung zum Vorliegen von Versicherungspflicht zu treffen (BSG 11.03.2009, B 12 R 11/07 R, BSGE 103, 17 = SozR 4-2400 § 7a Nr 2 mit Anmerkung von Plagemann, EWiR 2009, 689; 04.06.2009, B 12 R 6/08 R, juris; hierzu auch ausführlich Merten, SGb 2010, 271). Materiell sind die Bescheide ebenso wenig zu beanstanden, denn die Beklagte hat zu Recht Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt.

Nach § 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach § 7a Abs 1 Satz 3 zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Diese entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt (§ 7a Abs 2 SGB IV). Das Verwaltungsverfahren ist in Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. § 7a Abs 6 SGB IV regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Abs 7 der Vorschrift ordnet die aufschiebende Wirkung von Klage und Widerspruch bezüglich der Fälligkeit der Beiträge an (Satz 1). Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl 2000 I, Seite 2) eingeführten Anfrageverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden (BT-Drucks 14/1855, Seite 6).

Einen entsprechenden Antrag auf Statusfeststellung hat die Beigeladene zu 2) am 21.08.2009 gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterlagen im streitgegenständlichen Zeitraum in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht (§ 5 Abs 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), § 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch, § 1 Satz 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch, § 25 Abs 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV in der ab 01.01.1999 geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts 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. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zum Ganzen BSG 29.08.2012, B 12 R 25/10 R, BSGE 111, 257 = SozR 4-2400 § 7 Nr 17 mwN).

Zur Feststellung des Gesamtbilds kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu. Zwar hat das BSG noch im Urteil vom 22.6.2005 (BSG, B 12 KR 28/03 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 5) ausgeführt, dass beim Abweichen der Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen letztere den Ausschlag geben. Jedoch hat es diese Aussage in Zusammenfassung älterer Entscheidungen nachfolgend präzisiert: Danach sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG 29.08.2012 aaO).

Nach den genannten Grundsätzen gelangt der Senat unter Abwägung aller Umstände zu der Überzeugung, dass die Beigeladene zu 2) in der Zeit vom 01.08.2008 bis 30.06.2009 bei der Klägerin abhängig beschäftigt war und daher Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat mit Ausnahme der von der Beklagten als versicherungsfrei beurteilten Zeiträume August 2008, Januar, April und Mai 2009. Die Beigeladene zu 2) war für die Klägerin als Telefon Operator in den Bereichen Flirtgespräche, Telefonsex und Partnervermittlung tätig. Die gleiche Tätigkeit hat sie auch für die Firma T. T. GmbH ausgeübt. Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw war (BAG 09.10.2002, 5 AZR 405/01, juris). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG, 28.05.2008, B 12 KR 13/07 R, juris). Abzustellen ist daher nur auf die Tätigkeit der Beigeladenen zu 2) für die Klägerin. Ob die Beigeladene zu 2) neben der unstreitig für die T. T. GmbH ausgeübten Tätigkeit weitere Nebentätigkeiten hatte, spielt daher keine Rolle.

Die vorliegenden schriftlichen vertraglichen Abreden zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 2) beinhalten Regelungen zu einer Vergütung, die abhängig von den geleisteten Telefonminuten ist. Eine Arbeitszeit wird ausdrücklich nicht vereinbart. Im Kooperationsvertrag findet sich zudem eine Klausel, dass der Auftragnehmer durch die Tätigkeit nicht krankenversichert sei und keinerlei Sozialleistungen erhalte. Die "Vertragserweiterung" vom 01.04.2009 sieht bestimmte Verhaltensrichtlinien vor und eine aktualisierte Vergütungstabelle. Weitere vertragliche Abreden sind dem Senat nicht bekannt. Ausgehend von diesen rudimentären vertraglichen Regelungen allein kann eine Feststellung über das Bestehen von Versicherungspflicht nicht getroffen werden. Die fehlende Vereinbarung fester Arbeitszeiten spricht zwar für eine selbstständige Beschäftigung, die Vergütungsregelung selbst ist jedoch neutral, auch wenn sie umsatzabhängig nach tatsächlich erbrachten Gesprächsminuten erfolgt. Der Bevollmächtigte der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat selbst darauf hingewiesen, dass es - angesichts von etwa 70.000 Kunden der Klägerin - eigentlich immer eher zu viele Anrufer gab als zu wenig. Ebenso kann aus der vertraglichen Bezugnahme auf fehlenden Sozialversicherungsschutz nichts hergeleitet werden, denn das Fehlen von Arbeitnehmerschutzrechten wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Urlaubsansprüche stellt sich als typische Vertragsgestaltung dar, wenn beide Seiten - wie auch hier ursprünglich - eine selbstständige freie Mitarbeit wollten.

Unter Berücksichtigung des tatsächlich gelebten Verhältnisses geht der Senat davon aus, dass die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Gesichtspunkte vorliegend die für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Indizien deutlich überwiegen. Der Senat geht dabei davon aus, dass die Beigeladene zu 2) in den Bereichen Flirtgespräche, Telefonsex und Partnervermittlung tätig war. Welche Bereiche dabei im Vordergrund standen, ist zwischen den Beteiligten umstritten und insoweit auch nicht weiter aufzuklären. Dabei war die Klägerin unstreitig ausschließlich von zuhause aus tätig, wobei sie ihren eigenen PC einsetzte und die Telefonkosten selbst trug (nach ihren Angaben Flatrate iHv 34,90 EUR monatlich). Die Arbeitszeit konnte sich die Beigeladene zu 2) grundsätzlich selbst einteilen, es gab auch keine Vorgaben über Mindest- oder Höchstzeiten. Wenn die Beigeladene zu 2) allerdings für die Klägerin arbeiten wollte, musste sie sich zuvor in einen online-Dienstplan eintragen und zwar nicht erst seit Einführung der Software ACD ab März 2009, sondern auch zuvor. Der Senat entnimmt dies den zumindest insoweit übereinstimmenden Angaben der Beteiligten im Verfahren.

Die Beigeladene zu 2) war hinsichtlich der Gestaltung ihrer Arbeitszeit nicht völlig frei. Zwar konnte sie selbst entscheiden, ob und in welchem Umfang sie für die Klägerin arbeiten wollte und war nicht verpflichtet, über das von ihr zuvor übernommene Stundenpensum hinaus in größerem Umfang oder zu bestimmten Zeiten Arbeit zu übernehmen. Hatte sie sich aber in den Dienstplan eingetragen, kam diesem nach Überzeugung des Senats durchaus Verbindlichkeit zu (vgl BSG 10.08.2000, B 12 KR 21/98 R, BSGE 87, 53 = SozR 3-2400 § 7 Nr 15). Dass die Einhaltung der Dienstpläne für die Klägerin durchaus wichtig war, hat der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt, denn anhand der Zahl der zur Verfügung stehenden Telefonistinnen konnte er ua über Werbung Kundenanrufe "triggern". Bestätigt wird die Bedeutung der Dienstpläne auch durch seine E-Mail vom 22.04.2009, in der bei Verstößen hiergegen Strafen angedroht werden ("zu spät kommen ab 5 Minuten ohne vorherigen Anruf 10 EUR, unentschuldigt komplett fehlen 15 EUR pro gebuchte Stunde, früher gehen ohne vorherige Absprache 0,42 Cent/Minute"). Dies zeigt, dass auch eine entsprechende Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der Dienstpläne erfolgt ist. Diese Kontrolle war für die Klägerin möglich, da sich die Beigeladene zu 2) - wie auch

die übrigen Mitarbeiterinnen - online melden mussten, wenn sie bereit waren, Anrufe zu übernehmen. Dies war nicht nur ab Einführung der Software ACD der Fall, die die Kontrolle allerdings erheblich vereinfacht hat. Auch zuvor musste sich die jeweilige Mitarbeiterin nach den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Beigeladenen zu 2) über eine Google-Tabelle online melden, so dass auch vor März 2009 in der Zentrale der Klägerin auf einen Blick überprüfbar war, wer gesprächsbereit war.

Die Klägerin erteilte der Beigeladenen zu 2) auch Weisungen, die eine Eingliederung in ihren Betrieb und damit eine abhängige Beschäftigung begründen. Inhaltliche Weisungen (über die Operator-Richtlinien hinaus) gab es zu Flirtgesprächen und Telefonsex zwar nicht; dies war aber auch nicht erforderlich. Dagegen gab es sehr wohl sonstige Weisungen. So setzte der Geschäftsführer der Klägerin mit E-Mail vom 20.06.2009, 16.40 Uhr einen "außerordentlichen Stammtisch" an: "Morgen Sonntag 21.06.2009 - 13:00 Uhr - 15:00 Uhr. Bitte alle Mitarbeiter treffen sich auf der F. Hotline ... Wer nicht kommt, wird aus allen Projekten genommen und erhält ganz nach T. Art keine weiteren Calls mehr." Auch wurden Verfahrensweisen umgestellt, ohne dass die Beigeladene zu 2) hierzu überhaupt nur gefragt worden wäre. Dies ergibt sich beispielsweise aus der E-Mail des Geschäftsführers der Klägerin vom 03.06.2009: "testweise haben wir die Aufnahmegespräche direkt auf Euch umgestellt. Das heißt, die Calls wie die Aufnahmen 0180 landen NICHT wie gewohnt zunächst in der Moderation. Sie werden in dieser Woche DIREKT zu Euch verbunden ... Allerdings ist es nun wichtig, dass ihr Euch am Telefon sehr korrekt verhaltet, denn ihr präsentiert im wahrsten Sinne des Wortes unser Unternehmen ... Eure Meldeform ist UNBEDINGT auch weiterhin die folgende: Herzlich willkommen beim Neukundenservice, sie sprechen mit NAME und sie möchten sich aufnehmen lassen?" Je nach Reaktion des Kunden (ja/nein) wird nun das weitere Vorgehen detailliert vorgegeben, teilweise mit genauen Formulierungen ("oh lieber xxx, jetzt bist Du aber im Neukundenservice gelandet, hattest Du schon Kontakt mit unserem Kundenservice? Der ist nämlich für Dich zuständig. Gibst Du mir mal Deine PLZ?" Ebenso erfolgten genaue Vorgaben hinsichtlich der Einträge ins Telefonbuch bei ACD (E-Mails von "A." vom 25.05.2009 und 13.06.2009) mit Androhung von Sanktionen bei Verstößen (E-Mail des Geschäftsführers der Klägerin vom 28.05.2009: pro falschem Eintrag 5 EUR). Die Eingabe der Kundendaten in das System der Klägerin wurde auch genauestens überwacht, wie sich aus dem von der Beigeladenen zu 2) dargestellten Chat mit "A." am 30.06.2009 ergibt: "du hast heute m. 964 ... telenummer gegeben ist bei db (gemeint Datenbank) eingetragen aber im acd telefonbuch nicht". Insgesamt ergibt sich aus der Vielzahl der vorliegenden ähnlichen E-Mails ein deutliches Bild einer Tätigkeit, die durchaus von der Klägerin mit Einzelweisungen gesteuert und bis ins Einzelne kontrolliert wurde. Ob daneben bei den inhaltlich mitgehörten Gesprächen durch den Geschäftsführer der Klägerin oder "A.", die die Möglichkeit hierzu allerdings erst nach Einführung der Software ACD hatte, über Chat weitere Hinweise gegeben worden sind, was zu dem Anrufer gesagt werden solle, kann dahinstehen. Insgesamt zeigt sich ein auch ohne diesen Punkt sehr deutliches Bild. Dabei kann aus den vorliegenden E-Mails entgegen der Auffassung des Bevollmächtigten der Klägerin sehr wohl auf das tatsächlich gelebte Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 2) geschlossen werden. Es ist keinerlei Grund ersichtlich, warum diese unstreitig vom Geschäftsführer der Klägerin verfassten E-Mails außer Betracht gelassen werden sollten. Dies gilt umso mehr, als es kaum schriftliche Vereinbarungen gibt und zum tatsächlichen Ablauf von der Klägerin und der Beigeladenen zu 2) durchaus abweichend vorgetragen wird. Für eine Eingliederung in den Betrieb sprechen auch die Schulungen, an denen die Beigeladene zu 2) teilnehmen musste und die in verschiedenen E-Mails angesprochen werden (E-Mail 28.05.2009: "Hatten wir nicht in unserer letzten Schulung besprochen."; E-Mail 20.06.2009: "entsprechende Ergebnisse der geschulten und kompetenten Mitarbeiter"). Der Geschäftsführer der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ebenfalls ausgeführt, dass er Schulungen etwa zum Gesprächsaufbau gegeben habe. Schließlich ist die Beigeladene zu 2) nach außen nicht in Erscheinung getreten, sie blieb gegenüber den Anrufern anonym und hatte auch keinen eigenen Kunden. Dies zeigt sich schon daran, dass sie nach der Sperrung durch die Klägerin auf die Daten ihrer Gesprächspartner nicht mehr zugreifen konnte. Die eingehenden Anrufe hat allein die Klägerin an die Telefonistinnen nach eigenem Gutdünken verteilt. So hat sich der Geschäftsführer der Klägerin im Erörterungstermin vor dem SG geäußert, die Verteilung der Anrufe erfolge im Grunde nach einem festen Schema, wenn sich jedoch jemand vier Wochen ausklinke, werde er am ersten Tag nicht mit der gleichen Anzahl von Aufträgen bedacht wie ein Mitarbeiter, der mehr leiste.

Ob die Beigeladene zu 2) - wie für einen Arbeitnehmer typisch - verpflichtet war, ihre Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen, ist fraglich. Der Kooperationsvertrag enthält hierzu keine Regelungen. Die Klägerin hat zwar vorgetragen, es hätten ohne Weiteres Aushilfskräfte eingesetzt werden können, die Beigeladene zu 2) hat dies jedoch unstreitig nicht getan. Dieser Gesichtspunkt führt daher für die hier streitige Beurteilung der Tätigkeit nicht weiter.

Die Beigeladene zu 2) hat jedenfalls kein wesentliches unternehmerisches Risiko getragen. Ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit ist das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene Unternehmerrisiko. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (BSG 12.12.1990, 11 RAr 73/90, juris; BSG 28.05.2008, B 12 KR 13/07 R, juris). Dies war hier nicht der Fall. An Betriebsmitteln hat die Beigeladene zu 2) lediglich einen PC - den sie allerdings nicht eigens für die hier streitige Tätigkeit angeschafft hat - und ein Telefon eingesetzt. Die Nutzung der eigenen Wohnung und des eigenen Telefons finanziert jedoch jeder Arbeitnehmer aus seinem Einkommen, sie können daher nicht als relevante Betriebsmittel gesehen werden (vgl Landessozialgericht (LSG) Hessen, 25.08.2011, L 8 KR 306/08, juris). Die Gefahr eines Verlustes bestand ebenfalls nicht. Für den Vortrag der Klägerin, die Beigeladene zu 2) habe das Risiko getragen, für die geleisteten Telefonminuten kein Entgelt zu erhalten, wenn der Kunde seine Telefonrechnung nicht bezahle, gibt es keinerlei Beleg. Eine derartige Einschränkung ist der vertraglichen Abrede zur geschuldeten Vergütung nicht zu entnehmen, die Klägerin selbst hat nicht vorgetragen, dass auf dieser Basis jemals Rechnungskürzungen erfolgt wären. Schließlich stand es der Beigeladenen zu 2) frei, nur zu umsatzstarken Zeiten zu arbeiten, so dass sie auch nicht das Risiko trug, für die Bereitstellung ihrer Arbeitskraft keine Vergütung zu erhalten, weil es keine Anrufe gab. Erst recht folgt kein Unternehmerrisiko daraus, dass die Beigeladene zu 2) im Falle der Insolvenz Ansprüche gegen die Klägerin nicht mehr hätte durchsetzen können. Das Risiko der Insolvenz des Arbeitgebers trifft jeden Arbeitnehmer; zur sozialen Absicherung ist vom Gesetzgeber das Insolvenzgeld nach dem SGB III vorgesehen.

Dass die Beigeladene zu 2) ein Gewerbe angemeldet hatte, ist nicht aussagekräftig, da eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung nicht stattfindet. Ebenfalls kein entscheidendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit ist eine Tätigkeit für andere Auftraggeber im streitigen Zeitraum. Denn auch ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein (Urteil des Senats vom 17.01.2012, L 11 R 1138/10, juris).

In der Gesamtabwägung überwiegen nach alledem die Gesichtspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Selbst wenn entgegen der Auffassung des Senats die Beigeladene zu 2) als Selbstständige angesehen würde, würde sie, wie das SG zutreffend ausgeführt hat, als Heimarbeiterin iSv § 12 Abs 2 SGB IV als sozialversicherungspflichtig Beschäftigte der Klägerin gelten. Nach

dieser Vorschrift sind Heimarbeiter sonstige Personen, die in eigener Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Gewerbetreibenden, gemeinnützigen Unternehmen oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften erwerbsmäßig arbeiten, auch wenn sie Roh- oder Hilfsstoffe selbst beschaffen; sie gelten als Beschäftigte. Heimarbeiter sind als Beschäftigte pflichtversichert in der gesetzlichen Renten-, Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung (§ 1 Abs 1 Nr 1 SGB VI, § 5 Abs 1 Nr 1 SGB V, §§ 13, 24, 25 SGB III). Die Beigeladene zu 1) war in der streitigen Zeit in eigener Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung einer Gewerbetreibenden, nämlich der Klägerin, tätig. Sie führte die Telefonate von ihrer Wohnung mit den dort vorhandenen Arbeitsmitteln aus. Gegenstand von Heimarbeiten können auch klassische Angestelltentätigkeiten sein, wie zB in der Praxis die häufigen Schreib- oder Buchhaltungstätigkeiten (Grimmke in jurisPK-SG IV, § 12 RdNr 47; so auch bereits die amtliche Begründung in BT-Drucks 7/975 S 14). Auch die hier streitige Tätigkeit als Telefonistin kann Heimarbeit sein (vgl LSG Schleswig-Holstein 25.03.2009, L 5 KR 28/07, juris). Der Senat hat keine Zweifel, dass die Klägerin diese Tätigkeit erwerbsmäßig ausgeübt hat. Im Unterschied zur Gewerblichkeit stellt die Erwerbsmäßigkeit allein auf eine innere Zielrichtung der Tätigkeit ab. Erwerbsmäßig ist jede Tätigkeit, die auf eine gewisse Dauer angelegt und auf die Sicherstellung des Lebensunterhaltes gerichtet ist (BSG 30.11.1978, 12 RK 6/77, SozR 2200 § 162 Nr 2). Das war hier der Fall. Die wirtschaftliche Abhängigkeit ergibt sich daraus, dass die Einkünfte der Beigeladenen zu 2) im hier streitigen Zeitraum nach deren insoweit glaubhaften Angaben maßgeblich durch die Klägerin und deren Partnerunternehmen T. T. GmbH erwirtschaftet wurden. Auch die Höhe der Einkünfte lässt keine Zweifel daran, dass sie den Lebensunterhalt sicherstellen oder zumindest einen maßgeblichen Beitrag hierzu leisten können. Letztlich kommt es hierauf jedoch nicht an, da bereits das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung iSv § 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV festgestellt wurde.

Der Versicherungs- und Beitragspflicht der Beigeladenen zu 2) in ihrer Beschäftigung für die Klägerin steht nicht entgegen, dass sie mit den Kunden der Klägerin Telefonate sexuellen Inhalts führte. Selbst wenn der zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 2) geschlossene und durchgeführte Vertrag wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nichtig wäre (so noch Bundesgerichtshof (BGH) 09.06.1998, XI ZR 192/97, NJW 1998, 2895), stünde dies der Begründung eines versicherungs- und beitragsrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen (BSG 10.08.2000, B 12 KR 21/98 R , BSGE 87, 53 = SozR 3-2400 § 7 Nr 15). Davon abgesehen hat der BGH zwischenzeitlich diese Rechtsprechung im Hinblick auf das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20.12.2001 (BGBl I 3983) ausdrücklich aufgegeben (BGH 08.11.2007, III ZR 102/07, NJW 2008, 140 zu Telefonsexdienstleistungen).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG iVm § 154 Abs 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Die Beigeladenen tragen gemäß § 197a Abs 1 Satz 1 SGG iVm § 162 Abs 3 VwGO ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Der Senat sieht keine Veranlassung, diese Kosten aus Billigkeit der Beklagten als unterliegender Beteiligter aufzuerlegen, weil die Beigeladenen keine Anträge gestellt haben (vgl Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl, § 197a RdNr 29 mwN).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG iVm §§ 63 Abs 2 Satz 1, 52 Abs 2, 47 Gerichtskostengesetz. Die Höhe des Streitwerts entspricht dem Regelstreitwert von 5.000,00 EUR, da bislang lediglich über das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses und die hieraus folgende Sozialversicherungspflicht entschieden wurde, aber noch keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge festgesetzt wurden.

Gründe für die Zulassung der Revision (§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG) liegen nicht vor.
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2014-02-28