

L 11 R 3845/15

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Heilbronn (BWB)
Aktenzeichen
S 6 R 4511/14
Datum
04.08.2015
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 R 3845/15
Datum
26.07.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Personen, die nach den vertraglichen Vereinbarungen bei der Durchführung ihrer Tätigkeit keinen Weisungen des Auftraggebers unterliegen (Vertrag über freie Mitarbeit) und denen auch keine Weisungen erteilt werden, sind nicht abhängig beschäftigt, wenn sie die für die Ausübung der selbständigen Tätigkeit erforderlichen Erlaubnis (hier: [§ 34c GewO](#)) besitzen und die Tätigkeit erfolgsabhängig (Provision) vergütet wird. Dem steht im Rahmen der notwendigen Gesamtabwägung nicht zwingend entgegen, dass es auch Hinweise auf eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers (einheitliches Erscheinungsbild der Firma des Auftraggebers) gibt. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 04.08.2015 wird zurückgewiesen.

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

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 8.908,24 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen für die Zeit vom 01.12.2009 bis 30.04.2010 in Höhe von 8.908,24 EUR.

Die Klägerin betreibt in der Rechtsform der GmbH den Handel mit Immobilien. Die 1961 geborene Beigeladene zu 1), gelernte Drogistin und Arzthelferin, ist seit 2002 selbständig erwerbstätig. Sie hat seit 01.04.2002 bei der Firma A. einen Büroraum mit Schreibtischgarnitur, PC, Drucker, Büromaterial und Büroschränken für eine Monatsmiete von 200 EUR angemietet. Mit Bescheid vom 16.11.2009 erteilte das Landratsamt H. der Beigeladenen zu 1) eine Gewerbeerlaubnis für die Tätigkeit "Vermittlung des Abschlusses, Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Verträgen über: Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, Wohnräume, gewerbliche Räume" ([§ 34c Gewerbeordnung](#)). Die Beigeladene zu 1) meldete ein entsprechendes Gewerbe an.

Unter dem 29.10.2008 schlossen die Klägerin und die Beigeladene zu 1) eine als "Freier-Mitarbeiter-Vertrag" bezeichnete Vereinbarung. Diese enthält ua folgende Regelungen: § 1 Tätigkeit Die freie Mitarbeiterin (Beigeladene zu 1) wird ab dem 18.11.2008 mit folgenden Tätigkeiten beauftragt: - Vorbereitung, Unterstützung und Ausübung von Immobilienvermittlungen einschl. Abhalten von Vermittlungsgesprächen und notwendiger Bürotätigkeit - Beratung im Bereich Office einschl. Neuplanung der Organisation - Unternehmensberatung für den Auftraggeber (Klägerin) selber wie auch für Dritte einschl. hierzu notwendiger Bürotätigkeit. Die Tätigkeit wird sowohl für vorhandene Kunden der Auftraggebers wie auch für Neuakquisitionen getätigt. § 2 Weisungsfreiheit Die freie Mitarbeiterin unterliegt bei der Durchführung ihrer Tätigkeit keinen Weisungen des Auftraggebers. Jedoch sind die Firmenideologie des Auftraggebers sowie Vorgaben nach gesetzlichen Vorschriften zu beachten. Über ihre Tätigkeit ist dem Auftraggeber nach Aufforderung Bericht zu erstatten. § 3 Arbeitsaufwand / Ort der Tätigkeit Die Art und der Umfang der nach § 1 übertragenen Aufgaben bemisst sich nach dem hierzu notwendigen Zeitaufwand. Dieser ist derzeit nicht abschätzbar, beträgt aber voraussichtlich ca. 70 Stunden / Monat. Die freie Mitarbeiterin ist dabei weder an Ort noch Zeit gebunden und unterliegt in der Ausgestaltung ihrer Arbeitsart und Arbeitszeit keinen Einschränkungen. Lediglich bei gemeinsamen Gesprächen und Beratungen sollten diese in den Räumen des Auftraggebers stattfinden. § 4 Konkurrenz / Verschwiegenheit Die freie Mitarbeiterin darf auch weiterhin für andere Auftraggeber tätig sein, mit der Ausnahme gegenüber bereits bestehenden Kunden oder solchen, die als Auftraggeber gegenüber dem Auftraggeber (Klägerin) aufgetreten sind. Eine unmittelbare Konkurrenz zu anderen Auftraggebern sollte eindeutig abgrenzbar sein. § 5 Vergütung Die freie Mitarbeiterin erhält für ihre Tätigkeit a) eine Unterprovision in Anlehnung an die Provisionsvereinbarungen, die gegenüber dem Auftraggeber gegeben sind, b) bei einer Honorarvereinbarung gegenüber Dritten nach Stundensätzen erhält die freie Mitarbeiterin auf Nachweis der erbrachten Leistungen einen

Stundensatz in Höhe von 28,00 EUR, c) für Leistungen im Bereich des Auftraggebers, wie Aufbau der Eigenorganisation, Buchhaltung usw. auf Nachweis und Anerkennung der erbrachten Leistungen einen Stundensatz in Höhe von 28,00 EUR. Die ersten 6 Monate sind hauptsächlich für die eigene Einarbeitung wie auch die Beratung des Auftraggebers in den Bereichen Organisation, Abrechnungsmodalitäten, Betriebs- und Personalführung sowie Ordnungssysteme einschl. Buchführung sowie Kundenbetreuung und Akquise vorgesehen. Dieser Zeitraum kann bei Bedarf verlängert werden. Das vereinbarte Honorar ist jeweils zum Monatsende fällig. Die freie Mitarbeiterin erstellt hierfür eine ordnungsgemäße Rechnung, die den gesetzlichen Grundlagen entspricht und dem Auftraggeber übergeben wird. Dabei ist die jeweils geltende gesetzliche Umsatzsteuer gesondert auszuweisen. § 6 Vertragsdauer / Kündigung Das Vertragsverhältnis beginnt zum 18.11.2008 und läuft auf unbestimmte Zeit. Die Vereinbarung bzw. die Zusammenarbeit kann jederzeit ohne Einhaltung von Fristen beendet werden.

Unter dem 21.11.2009 fertigte die Klägerin ein an die Beigeladene zu 1) gerichtetes, mit "Vereinbarung" überschriebenes Schreiben mit folgendem Inhalt: Hiermit bestellen wir, wie mündlich bereits vereinbart, ihre Dienstleistungsunterstützung für den Bereich Office Management/Vertrieb. Zu Ihren Aufgabenbereichen gehören die Akquirierung/Anbahnung und der Abschluss von Miet- und Kaufverträgen im Bereich Gewerbe- und Privatimmobilien. Für die Zusammenarbeit erhält Frau H. pro Geschäftsanbahnung eine Provision in Anlehnung an die Provisionsmöglichkeiten, die von den Auftraggebern gegeben sind, nach jeweiliger individueller Vereinbarung. Darüber hinaus fallen keine weiteren Kosten, wie Reisekosten und -zeiten für Ihre Tätigkeit an. Alle Preise gelten zuzüglich der jeweiligen gesetzlichen Mehrwertsteuer. Zahlungsbedingung 10 Tage netto nach Rechnungserhalt. Es gelten die allgemeinen Geschäftsbedingungen der M.&B. Immobilien GmbH.

Am 20.05.2010 führte die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung für den Zeitraum 01.12.2005 bis 31.12.2009 durch. Bei einer Besprechung vom 25.11.2010 gab die Beigeladene zu 1) ergänzend an, sie habe mit der Klägerin am 29.10.2008 vereinbart, deren Büro (Arbeitsabläufe, Erstellen von Vordrucken, neues Outlook, Ablage usw.) neu zu organisieren. Die Projektdauer habe zu Beginn nicht abgeschätzt werden können. Das Projekt sei im November 2009 abgeschlossen gewesen. Sie sei dabei öfters vor Ort (bei der Klägerin) gewesen und habe ihre Leistungen auf Stundenbasis abgerechnet. Danach sei sie ausschließlich in der Vermittlung von Objekten für ihren Auftraggeber (Klägerin) tätig gewesen. Im Rahmen der Anhörung äußerte die Klägerin, die Beigeladene zu 1) sei nicht bei ihr als Arbeitnehmerin beschäftigt, sondern betreibe ein eigenes Unternehmen für Büroservice und Industrieleistungen. Die Klägerin habe die Beigeladene zu 1) mit der Um- und Neuorganisationen ihres Verwaltungsbetriebs beauftragt; konkrete Vorgaben hierfür seien nicht gemacht worden. Die anschließende Zusammenarbeit ab November 2009 auf dem Immobiliensektor habe (ebenfalls) nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung stattfinden sollen. Einen Arbeitsvertrag habe man nicht abgeschlossen. Da das Unternehmen der Klägerin bekannt und eingeführt sei, sei die Beigeladene zu 1) nach außen hin nicht in Erscheinung getreten. Sie habe auch immer wieder von ihrem eigenen Büro aus gearbeitet und sich bspw. von zu Hause in die Internet-Plattform Immobilienscout eingeloggt. Komme es nicht zum Vertragsschluss, erhalte die Beigeladene zu 1) auch keine Provision; darin liege ihr Unternehmerrisiko.

Mit Bescheid vom 31.03.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21.12.2011 forderte die Beklagte für die Zeit vom 18.11.2008 bis 31.12.2009 die Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen in Höhe von insgesamt 23.244,24 EUR für die Beschäftigung der Beigeladenen zu 1).

Im anschließenden Klageverfahren vor dem Sozialgericht Heilbronn (SG) wies die Vorsitzende auf eine Zäsur im Sachverhalt hin; nach Erhalt der Gewerbeerlaubnis im November 2009 habe die Beigeladene zu 1) ab Dezember 2009 nicht mehr nach Stunden, sondern nach Aufträgen abgerechnet. Die Beteiligten schlossen daraufhin einen Teilvergleich, mit dem die Beklagte den Beitragsbescheid für Dezember 2009 aufhob und sich verpflichtete, im Rahmen einer weiteren Betriebsprüfung über die Beitragspflicht der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) während der Zeit von Dezember 2009 bis Juni 2011 zu entscheiden. Der streitige Nachforderungsbescheid werde hinsichtlich der Beitragsnachforderung für Dezember 2009 aufgehoben. Hinsichtlich der Beitragsforderung für den Zeitraum 18.11.2008 bis 30.11.2009 wurde die Klage mit Urteil vom 21.11.2011 abgewiesen ([S 1 R 170/12](#)). Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg (Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg 22.01.2014, [L 5 R 394/13](#)).

Mit Schreiben vom 07.03.2014 hörte die Beklagte die Klägerin zur beabsichtigten Beitragsnachforderung iHv 8.908,24 EUR für die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) im Zeitraum 01.12.2009 bis 30.04.2010 an. Die Klägerin legte die Vereinbarung vom 21.11.2009 vor sowie Rechnungen der Beigeladenen zu 1). Sie erläuterte, die Provisionen hätten idR zwischen 20 und 50% des von der Klägerin erzielbaren Provisionsumsatzes betragen. Gelegentlich seien pauschale Provisionsbeträge vereinbart worden. Diese Abrechnungsvariante entspreche dem in der Immobilienbranche üblichen Vorgehen. Man habe mit der Beigeladenen zu 1) die gleiche Abrechnungsvariante wie mit den Kunden vereinbart.

Mit Bescheid vom 10.06.2014 forderte die Beklagte für den Zeitraum 01.12.2009 bis 30.04.2010 Beiträge und Umlagen iHv 8.908,24 EUR nach. Die Beigeladene zu 1) habe in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Es gebe keine schriftlichen Vereinbarungen über die Provisionssätze. Die unklaren Provisionsregelungen seien untypisch für selbstständig Tätige und stellten eine Entlohnung dar, wie sie für Arbeitnehmer üblich sei. Die Beigeladene zu 1) habe kein Unternehmerrisiko getragen. Den Widerspruch der Klägerin wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 04.12.2014 zurück.

Hiergegen richtet sich die am 29.12.2014 zum SG erhobene Klage. Möge die Beigeladene zu 1) zunächst in abhängiger Beschäftigung tätig gewesen sein, sei dies spätestens seit Dezember 2009 nicht mehr der Fall. Ab diesem Zeitpunkt sei sie nicht mehr für die Büroorganisation zuständig, sondern im operativen Geschäft tätig gewesen. Es sei nicht mehr nach Stundensätzen abgerechnet worden, sondern anlässlich spezieller Projekte. Es sei jedes Objekt abgerechnet worden nach Umfang und Einsatz der Beigeladenen zu 1). Sie sei erfolgsbezogen bezahlt worden, wenn ein Objekt zu Stande gekommen sei und sie durch Kundengespräche oder sonstige Mitwirkung dazu beigetragen habe. Wegen dieser Veränderung habe die Beigeladene zu 1) auch eine Gewerbeerlaubnis erlangt. Es sei ab diesem Zeitpunkt erst recht ihr überlassen gewesen, wann, wieviel und mit welchem Einsatz sie gearbeitet habe.

Das SG hat in der mündlichen Verhandlung am 04.08.2015 den Geschäftsführer der Klägerin persönlich angehört und sodann mit Urteil vom gleichen Tag den Bescheid vom 10.06.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04.12.2014 aufgehoben. Die Beigeladene zu 1) sei im Zeitraum 01.12.2009 bis 30.04.2010 im Unterschied zum vorherigen Zeitraum nicht mehr abhängig beschäftigt gewesen. Sie sei weniger stark in den Betrieb der Klägerin eingebunden gewesen als zuvor. Zwar habe sie immer noch an manchen Tagen die Büroräume der Klägerin genutzt und E-Mails, Faxe, Schreiben und Telefonate dort ausgeführt, da der Geschäftsführer der Klägerin ein einheitliches Bild der

Firma abgeben wollte. Gleichzeitig sei die Beigeladene zu 1) jedoch inhaltlich weisungsfrei und hinsichtlich der zeitlichen und örtlichen Einteilung ihrer Tätigkeit frei gewesen. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, in einem bestimmten Umfang zu arbeiten. Ferner habe sie einen eigenen Büroraum unterhalten. Insgesamt spreche das Kriterium der Eingliederung in den Betrieb eher für eine abhängige Beschäftigung, wenn auch nicht mehr so eindeutig wie im vorangegangenen Zeitraum. Demgegenüber überwiegen jedoch die für selbstständige Tätigkeit sprechenden Kriterien. Die Beigeladene zu 1) habe ein Gewerbe angemeldet und unter Ansatz von Mehrwertsteuer abgerechnet. Sie sei auch für andere Auftraggeber tätig gewesen. Entscheidend sei das eigene unternehmerische Risiko. Die Beigeladene zu 1) habe keine feste Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten, sondern nur dann eine Zahlung, wenn auch ein Vertrag der Klägerin mit den Kunden zustande kam. Die Beigeladene zu 1) habe das Risiko getragen, für einen Kunden tätig zu werden und am Ende keine Zahlung zu erhalten, wenn kein Vertrag zustande gekommen sei. Hierin liege ein wirtschaftliches Risiko, welches für Arbeitnehmer untypisch sei. Der Fall unterscheide sich von einem Arbeitnehmer, der keine Vergütung erhalte, weil keine Arbeit anfalle. Hinzu komme, dass ein Büroraum angemietet worden sei. Es spiele keine Rolle, dass keine weiteren Investitionen erfolgt seien, da eine Maklertätigkeit keine weiteren Betriebsmittel erfordere. Auch die Regelung zur Höhe der Provisionssätze spreche für eine selbstständige Tätigkeit. Die Befragung im Rahmen der mündlichen Verhandlung habe ergeben, dass bewusst keine schriftliche Vereinbarung über die Höhe der Provisionen getroffen worden sei, um im Einzelfall abhängig vom Aufwand der Beigeladenen zu 1) und der Höhe der Rechnung der Klägerin eine Regelung zu treffen. Es habe sich um eine rein erfolgsabhängige Bezahlung gehandelt, wie sie typisch für eine Maklertätigkeit sei.

Gegen das ihr am 25.08.2015 zugestellte Urteil richtet sich die am 10.09.2015 eingelegte Berufung der Beklagten. Auch nach Änderung der Tätigkeit überwiegen die Kriterien für eine abhängige Beschäftigung. Die Beigeladene zu 1) habe idR zwei bis drei Tage pro Woche in den Betriebsräumen der Klägerin gearbeitet. Anrufe, Faxe, Mails mit potentiellen Kunden und der Kundenkontakt selbst hätten nur vom Büro der Klägerin ausgeführt werden können, da der Geschäftsführer entsprechend dem Gesprächsprotokoll vom 25.11.2010 ein einheitliches Bild nach außen gewünscht habe. Es habe bereits keine andere Vorwahl oder Maildomäne für den Kunden ersichtlich sein sollen. Auch in der Gestaltung der Tätigkeit sei sie insoweit eingeschränkt, da sie im Zuge des geforderten einheitlichen Bildes auch die Firmenphilosophie der Klägerin vertrete. Bestätigt werde dies durch die Gesprächsnotiz vom 02.12.2010. Die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) habe sich auf die Vorleistungen beschränkt wie Ausarbeitung von Mietverträgen, Terminkoordination, Grundbucheintragung, Besichtigungstermine; der Vertragsabschluss sei ausschließlich durch Herrn B. erfolgt. Die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) entspreche eher der Arbeit einer Außendienstmitarbeiterin, sie sei ausschließlich im Namen der Klägerin und für deren Rechnung tätig geworden. Ein selbstständiges unternehmerisches Handeln nach außen sei nicht erkennbar. Dem vom SG angenommenen echten Unternehmerrisiko sei entgegen zu halten, dass hierzu keinerlei schriftliche Vereinbarungen vorlägen. In der mündlichen Verhandlung seien zwar unterschiedliche Honorarzahlungsmodalitäten erörtert worden, deren Höhe vom Wert und Umfang bzw Aufwand abhängig gewesen sei. Dem widersprächen aber die Angaben im Gesprächsprotokoll vom 25.11.2010, wonach allein der Zeitaufwand zugrunde gelegt worden sei. Dieser Widerspruch sei nicht geklärt worden. Das Bundessozialgericht (BSG) habe wiederholt darauf hingewiesen, dass ein unternehmerisches Risiko nur dann für eine selbstständige Tätigkeit spreche, wenn dem auch größere Freiheiten in der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüber stünden. Der Beigeladenen zu 1) habe dagegen keinerlei Gestaltungsspielraum zugestanden. Sowohl die Objekte als auch die vertraglichen Bedingungen seien von der Klägerin vorgegeben worden. Die Beigeladene zu 1) habe weder durch besondere Anstrengungen noch durch besonderes Verhandlungsgeschick ihre Verdienstchancen erhöhen können.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 04.08.2015 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Es sei der Beigeladenen zu 1) überlassen gewesen, wann, wieviel und mit welchem Einsatz sie gearbeitet habe. Dem stehe nicht entgegen, dass die an Kunden gerichteten Briefe vom Büro der Klägerin aus abgesandt worden seien. Es sei nicht notwendig, dass sie nach außen als freiberuflich erkannt werde. Die Klägerin sei im Raum H. unter ihrem Logo bekannt und habe sich einen entsprechenden Namen geschaffen. Die Beigeladene zu 1) sei mit der Verkaufs- und Firmenphilosophie der Klägerin vollauf einverstanden gewesen; es wäre lebensfremd, wenn bei einem freien Mitarbeiterverhältnis die Mitarbeiterin eine völlig andere Firmenphilosophie führen müsste. Es sei eine freie, jederzeit kündbare Zusammenarbeit praktiziert worden. Die Beigeladene zu 1) habe das unternehmerische Risiko für ihre Tätigkeit getragen, indem sie nunmehr objektbezogen auf den Einzelfall und den Umfang ihres Einsatzes ihre Vergütung erhalten habe. Sie sei auch nicht gehindert gewesen, für andere Unternehmen tätig zu sein. Es bestehe auch überhaupt kein Bedarf, die Beigeladene zu 1) als Arbeitnehmerin einzustufen. Die von ihr gestellten Provisionsabrechnungen seien durchaus beachtlich und lägen regelmäßig im deutlich vierstelligen Bereich (Rechnung bzgl Objekt A. und A. vom Januar 2010 mit 5.414,50 EUR). Würde man hier eine Stundenlohnberechnung machen, wäre die Beigeladene zu 1) deutlich überbezahlt. Selbstverständlich habe die Beigeladene zu 1) ihre Verdienstchancen auch durch eigene Anstrengungen erhöhen können. Es habe an ihr gelegen, die Kunden anzubinden, um schnell und effektiv zu Vertragsabschlüssen zu kommen. Dies habe in ihrem eigenen Interesse gelegen.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens des Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie die Akten der Beklagten, des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

Die Berufung der Beklagten ist gemäß [§ 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegt, sie ist auch statthaft ([§§ 143, 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGG](#)) und damit insgesamt zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Das SG hat den angefochtenen Bescheid vom 10.06.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04.12.2014 zu Recht aufgehoben, denn dieser ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die Beigeladene zu 1) war im streitigen Zeitraum 01.12.2009 bis 30.04.2010 bei der Klägerin nicht abhängig

beschäftigt und damit nicht sozialversicherungspflichtig.

Nach [§ 28p Abs 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen. Die Prüfung umfasst ua nach [§ 28p Abs 1 Satz 4 SGB IV](#) auch die Prüfung der Entgeltunterlagen der Beschäftigten, für die keine Beiträge gezahlt wurden. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern ([§ 28p Abs 1 Satz 5 SGB IV](#)). Dies gilt auch in Bezug auf die Nachforderung von Umlagen zum Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen bei Krankheit und Mutterschutz (U 1/U 2) nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz, weil Gegenstand der Betriebsprüfung ebenfalls die Umlagen U 1 und U 2 sind sowie die InsO-Umlage (so in Bezug auf die insoweit vergleichbare Rechtslage nach dem Lohnfortzahlungsgesetz BSG 30.10.2002, [B 1 KR 19/01 R](#), SozR 3-2400, § 28p Nr 1; siehe auch: Roßbach, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hg.), Kommentar zum Sozialrecht, 4. Aufl 2015, [§ 28p SGB IV](#) RdNr 4, 12). Insoweit gelten [§ 28h Abs 2 SGB IV](#) sowie [§ 93 iVm § 89 Abs 5](#) des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) nicht. Zwar entscheidet grundsätzlich gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IV](#) die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Dies gilt aber ausnahmsweise nicht für Entscheidungen im Rahmen einer Arbeitgeberprüfung.

Gemäß [§ 5 Abs 1 Nr 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch, [§ 24](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch, [§ 1 Satz 1 Nr 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch und [§ 20](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus.

Nach [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis; gemäß [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 20.03.2013, [B 12 R 13/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 19) erfordert eine Beschäftigung, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt ist oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht 20.05.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 7).

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, 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 sich hieraus ergebende 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 (BSG 08.08.1990, [11 RAr 77/89](#), SozR 3-2400 § 7 Nr 4; BSG 08.12.1994, [11 RAr 49/94](#), SozR 3-4100 § 168 Nr 18). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG 01.12.1977, 12/3/12 RK 39,74, [BSGE 45, 199](#), 200 ff; BSG 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr 13; BSG 10.08.2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [BSGE 87, 53](#), 56 = SozR 3-2400 § 7 Nr 15; jeweils mwN). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl hierzu insgesamt BSG 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 17 und [B 12 KR 14/10 R](#), juris).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist nach dem Vertragsverhältnis davon auszugehen, dass die Beigeladene zu 1) ab Dezember 2009 keine abhängige Beschäftigung mehr ausgeübt hat. Der ursprüngliche Vertrag ist mit Wirkung ab 01.12.2009 wirksam geändert worden durch mündliche Abrede, teilweise schriftlich fixiert in der Vereinbarung vom 21.11.2009. Ursprünglich war die Beigeladene zu 1) nur im Verwaltungsbereich (Büroorganisation/Bürosoftware) mit einer festen Vergütung nach Stundensätzen tätig gewesen und hatte in diesem Arbeitsfeld als in den Betrieb der Klägerin integrierte Arbeitnehmerin (Angestellte) fremdbestimmte und damit abhängige Arbeit geleistet (LSG Baden-Württemberg 21.11.2011, [L 5 R 394/13](#)). Ab Dezember 2009 hatte sich sowohl das Tätigkeitsgebiet - jetzt nur noch im operativen Bereich der Immobilienvermittlung - als auch die Art der Vergütung verändert.

Der Vertrag zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) war über eine freie Mitarbeit geschlossen worden und sah vor, dass die Beigeladene zu 1) bei der Durchführung der Tätigkeit keinen Weisungen der Klägerin unterlag. Die Beigeladene zu 1) konnte vertraglich zudem für andere Auftraggeber tätig werden. Hinsichtlich der zeitlichen Einteilung konnte die Beigeladene zu 1) selbst bestimmen, an welchen Tagen und in welchem Umfang sie tätig sein wollte. Es war einvernehmlich zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) eine Tätigkeit als freie Mitarbeiterin gewollt. Allerdings ist der Wille für die Begründung einer freien Mitarbeit allein für die Beurteilung nicht maßgeblich, denn die sozialversicherungsrechtlichen Rechtsfolgen einer Beschäftigung ergeben sich aus dem Gesetz und sind nicht abdingbar. Auch die Vorenthaltung der (gesetzlichen) Arbeitnehmerrechte (wie Urlaubsanspruch, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall oder Kündigungsschutz) macht den Beschäftigten nicht zum Unternehmer. Deren Fehlen deutet allein darauf hin, wie die Beteiligten selbst die Tätigkeit beurteilen.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines

Unternehmerrisiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (BSG 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), juris). Anders als im vorangegangenen Zeitraum wurde die Beigeladene zu 1) hier erfolgsabhängig bezahlt nur dann, wenn es auch zum Vertragsschluss kam. Blieben ihre Bemühungen ohne Erfolg, hat sie zeitlichen Einsatz erbracht, der nicht vergütet wurde. Der Senat entnimmt dies den insoweit glaubhaften Angaben der Beigeladenen zu 1) in der mündlichen Verhandlung. Die Beigeladene zu 1) hat auf Nachfrage ausdrücklich bestätigt, dass streng projektbezogen abgerechnet wurde und keine "Querfinanzierung" erfolgloser Anbahnungen erfolgte. Hierin liegt ein erhebliches Unternehmerrisiko, denn bei der betriebsmittelarmen Tätigkeit kommt es im Wesentlichen auf das persönliche Engagement an. Die letztlich erfolglos aufgewendete Arbeitszeit kann nicht anderweitig eingesetzt werden, etwa für andere Auftraggeber. Auf der anderen Seite hatte es die Beigeladene zu 1) auch in der Hand, durch eigenen Einsatz ihre Verdienstchancen zu steigern. Insoweit hing es sehr wohl von ihrem eigenen Verhandlungsgeschick und ihrer Akquise ab, möglichst schnell und effektiv hinsichtlich des Vorbereitungsaufwands zu einem Vertragsschluss zu kommen und entsprechend Vergütungsansprüche zu generieren. Die Anmietung des eigenen Büroraums ist insoweit auch ein Indiz für Selbstständigkeit, aber vom Kostenaufwand eher nebensächlich. Die Beigeladene zu 1) verfügte auch über keinen eigenen (kostenpflichtigen) Zugang zu Immobilienscout, hier verwendete sie die Registrierung der Klägerin, so dass weitere Fixkosten nicht bestanden.

Nach den übereinstimmenden Angaben des Geschäftsführers der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) waren die Provisionsansprüche der Höhe nach nicht im Voraus konkret festgelegt, sondern richteten sich nach der Vereinbarung zwischen der Klägerin und ihrem Kunden sowie auf der anderen Seite nach dem Aufwand der Beigeladenen zu 1) und wurden im Nachhinein mündlich vereinbart. Die Beigeladene zu 1) hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ergänzt, dass sich der zeitliche Aufwand nur "minimal" ausgewirkt habe, es sei noch differenziert worden zwischen Bestandsobjekten der Klägerin (dann geringere Provision) und eigenen Objekten der Beigeladenen zu 1) (dann höhere Provision). Der Beklagten ist zuzugeben, dass diese Unbestimmtheit ungewöhnlich für eine selbstständige Tätigkeit erscheint, sie lässt sich wohl nur aus einem persönlichen Vertrauensverhältnis nachvollziehen. Erst recht ist eine solche Vergütungsregelung aber unüblich bei einer abhängigen Beschäftigung, zumal überhaupt keine Vergütung für die Tätigkeit erfolgte, wenn der Erfolg (Vertragsschluss) ausblieb. Es bleibt daher dabei, dass die Art der Vergütung über Provisionszahlungen ganz deutlich für eine selbstständige Tätigkeit spricht.

Ebenso wie das SG sieht der Senat allerdings Anhaltspunkte für eine Eingliederung in den Betriebsablauf der Klägerin. Der Geschäftsführer der Klägerin legt großen Wert auf ein einheitliches Erscheinungsbild der Klägerin nach außen, so dass schon keine abweichenden E-Mail Accounts oder Telefonnummern für den Kunden erkennbar sein sollen, auch Besprechungen - sofern nicht vor Ort bei dem Objekt - waren in den Räumen der Klägerin durchzuführen. Bestätigt wird dies durch die bereits im Vertrag vom 29.10.2008 festgelegte Bindung an die "Firmenideologie" der Klägerin (§ 2 Abs 2 des genannten Vertrags), die - wie sich aus den Äußerungen des Geschäftsführers der Klägerin im Laufe des Verfahrens entnehmen lässt - auch nach der Vertragsänderung zum 01.12.2009 weiter galt. Nach Angabe der Beigeladenen zu 1) in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat war damit der äußere Rahmen, ein einheitliches Erscheinungsbild gemeint. Nach außen war die Beigeladene zu 1) auch nicht als Selbstständige erkennbar. Auf der anderen Seite war sie jedoch in ihrer zeitlichen Einteilung völlig frei, sie konnte Art und Umfang ihrer Tätigkeit selbst bestimmen. Auch konkrete Weisungen hinsichtlich der Ausübung der Tätigkeit konnte der Senat nicht feststellen.

Gegen eine selbstständige Tätigkeit spricht ferner nicht, dass die Beigeladene zu 1) nicht selbst Vertragspartei der Kunden geworden ist, denn damit ist noch keine Aussage über den sozialversicherungsrechtlichen Status der für die Klägerin Tätigen als Beschäftigte oder Selbstständige getroffen. Aufgabe der Beigeladenen zu 1) war insoweit objektbezogen gerade die Vorbereitung von der ersten Anfrage bis zum Notartermin.

Die Anmeldung eines Gewerbes ist für die sozialversicherungsrechtliche Statusbeurteilung nicht ausschlaggebend. Dagegen ist die Gewerbeerlaubnis des Landratsamts H. vom 16.11.2009 betreffend die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) im operativen Immobiliengeschäft eher ein Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit, da diese nach [§ 34c GewO](#) für die gewerbliche Ausübung der Tätigkeit als Immobilienmaklerin erforderlich ist.

Im Rahmen der Gesamtabwägung überwiegen vor allem im Hinblick auf das Unternehmerrisiko die Merkmale, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen. Dass im Außenverhältnis keine Offenlegung des Status erfolgte, ist demgegenüber nicht von solchem Gewicht, dass deswegen von einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen werden müsste. Der Senat ist daher davon überzeugt, dass die Beigeladene zu 1) im hier streitigen Zeitraum 01.12.2009 bis 30.04.2010 anders als in dem vorangegangenen Zeitraum für die Klägerin selbstständig tätig war.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 63 Abs 1](#), [52 Abs 1](#) Gerichtskostengesetz und entspricht dem Wert der nachgeforderten Beiträge und Umlagen.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-09-06