

L 11 (13) R 186/05

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 25 RA 26/03
Datum
26.07.2005
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 11 (13) R 186/05
Datum
29.11.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 26.07.2005 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die Beigeladene zu 1) nicht bei der Klägerin abhängig beschäftigt ist. Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens über die Frage, ob die Beigeladene zu 1) bei der Klägerin beschäftigt war.

Die Beigeladene zu 1) führte in der Zeit von Februar 2002 bis 30.06.2003 Produkte der Klägerin (Töpfe, Pfannen etc.) in Kaufhäusern zu Werbe- und Verkaufszwecken vor. Im Zusammenhang mit der Aufnahme dieser Tätigkeit als Propagandistin schlossen die Klägerin und die Beigeladene zu 1) eine schriftliche Vereinbarung, die in den hier maßgeblichen Teilen folgenden Wortlaut hatte:

"§ 1

Gegenstand des Vertrages

1)Der freie Mitarbeiter übernimmt als selbständiger Berater im Auftrag der Firma die Bearbeitung bestimmter Sonderaufgaben im Bereich der Verkaufsförderung. Der freie Mitarbeiter berät und verkauft im Rahmen von Kochvorführungen, Sortimentsberatungen die Produkte der Firma. Ob, in welchem Umfang und an welcher Stelle und insbesondere in welchen Einzelhandelsunternehmen der freie Mitarbeiter seine Tätigkeit durchführt, ergibt sich aus etwaig zustandegekommenen Zusatzvereinbarungen zu diesem Vertrag, die im Falle des gegenseitigen Einverständnisses getroffen werden können. Der freie Mitarbeiter führt im Falle des Zustandekommens dieser Zusatzvereinbarung die von ihm übernommene Beratung und Vermittlung eigenverantwortlich durch. Aus diesem Vertrag über freie Mitarbeit entsteht weder eine generelle Tätigkeitsvermittlung, noch ein Beschäftigungsanspruch des freien Mitarbeiters. Ort, Umfang und Inhalt der Tätigkeit des freien Mitarbeiters ergibt sich aus den im Einzelnen zu erteilenden Einzelaufträgen und den dort vereinbarten Bedingungen. Kommt es zu Zusatzvereinbarungen, bezieht sich die Beratungstätigkeit des freien Mitarbeiters, sofern eine anderweitige Vereinbarung nicht getroffen ist, insbesondere auf

- a) Beratung der Endkunden (Laufkundschaft) im Einsatzhaus, bezogen auf die Produkte der Firma,
- b) Präsentationen und Vorführungen der Produkte der Firma.

2)Der freie Mitarbeiter wird die übernommenen Aufgaben selbst oder durch ausreichend qualifizierte Mitarbeiter durchführen, Unteraufträge dürfen vergeben werden. Der Einsatz von geringfügig Beschäftigten ist ausdrücklich erlaubt.

3)Der freie Mitarbeiter verpflichtet sich, der Firma über seine Tätigkeit einen monatlichen Umsatzbericht zu erstellen.

4)Überlassene Unterlagen werden nach wirksamer Beendigung des Vertragsverhältnisses unverzüglich an die Firma zurückgegeben.

§ 2

Zeit und Ort der Dienstleistung

1) Der freie Mitarbeiter ist hinsichtlich der Art der Durchführung der ihm erteilten Aufträge und der Verwendung seiner Zeit frei. Er unterliegt keinen Weisungen seitens der Firma.

2) Der freie Mitarbeiter ist in der Bestimmung seines Arbeitsortes frei. Die Durchführung der Tätigkeit erfolgt - sofern eine Zusatzvereinbarung nach § 1 Abs. 1 zustandekommt - in den Geschäftsräumen des jeweiligen Einsatzhauses. In die Arbeitsorganisation des Einsatzhauses ist er nicht eingegliedert. Im Falle des Zustandekommens einer Zusatzvereinbarung stehen dem freien Mitarbeiter in dem vereinbarten Einsatzhaus für die Dauer der Zusatzvereinbarung die der Firma durch das Einsatzhaus zugewiesenen räumlichen und technischen Mittel, nämlich der Beratungs- und/oder Kochstand, zur Verfügung.

3) Ist der freie Mitarbeiter an der Ausübung der Tätigkeit verhindert, ist dies der Firma anzuzeigen, damit diese einen anderen Unternehmer beauftragen kann.

§ 3

Honorar

1) Sofern im Rahmen der möglicherweise abzuschließenden jeweiligen Zusatzvereinbarung keine andere Bestimmung getroffen wird, erhält der freie Mitarbeiter für seine Tätigkeit ein erfolgsabhängiges Honorar. Die Höhe wird

- a) bezogen auf den nachgewiesenen Umsatz für gelistete Normsortimentsware und
- b) bezogen auf den nachgewiesenen Umsatz von Aktionsware festgesetzt, in der noch gegebenenfalls abzuschließenden Zusatzvereinbarung geregelt und ausgeführt. In den gegebenenfalls abzuschließenden Zusatzvereinbarungen wird jedenfalls auch festgelegt, was unter Normal- bzw. Aktionsware zu verstehen ist.

2) Steuern und Abgaben sind Angelegenheit des freien Mitarbeiters. Sie sind von ihm unmittelbar zu entrichten. Dieser Vertrag wird unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass der freie Mitarbeiter eine Gewerbeanmeldung vorgenommen hat. Diese ist durch Vorlage bei der Firma nachzuweisen. Soweit der Mitarbeiter Kochvorführungen durchführt, ist der Firma ein Gesundheitszeugnis vorzulegen".

Im Oktober 2001 beantragte die Beigeladene zu 1) bei der Beklagten (damals Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA)), ihren sozialversicherungsrechtlichen Status festzustellen.

In ihrem Bescheid vom 18.09.2002 (gerichtet an die Klägerin und Beigeladene zu 1)) gelangte die Beklagte zu dem Ergebnis, die für die Klägerin verrichtete Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) erfolge in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und sei aus diesem Grunde sozialversicherungspflichtig. Beschäftigt nach [§ 7 Abs. 1](#) des Sozialgesetzbuches (SGB) IV sei, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Letzteres erfordere die Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung. Umgekehrt seien Kennzeichen der selbständigen Tätigkeit die im Wesentlichen freie Einteilung der Arbeitszeit und die freie Gestaltung der Arbeitsleistung. Darüber hinaus trage der Selbständige in der Regel auch ein eigenes erhebliches Unternehmerrisiko, dem auf der anderen Seite größere Unternehmenschancen als bei einer abhängigen Beschäftigung gegenüber stünden. Entscheidend sei für die Beurteilung letztlich das Gesamtbild der Tätigkeit nach Maßgabe der den Einzelfall bestimmenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse. Die Beigeladene zu 1) sei in die Arbeitsorganisation ihres Auftraggebers eingebunden. Dieser erteile arbeitgeberseitig im Wege des Direktionsrechts Weisungen, die Zeit, Dauer, Ort und Art und Weise der zu verrichtenden Tätigkeiten betreffen. Aus diesem Grunde bestehe eine persönliche Abhängigkeit zu dem Auftraggeber.

Zur Begründung ihres dagegen gerichteten Widerspruchs vom 27.09.2002 führte die Klägerin aus, bei der Ausübung der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) unterliege diese weder in zeitlicher noch in örtlicher noch in inhaltlicher Hinsicht Weisungen der Klägerin. Nach § 1 Ziffer 1 der getroffenen Vereinbarung stehe es der Beigeladenen zu 1) frei, wann sie im Einzelnen Vorführungen und Beratungen vornehme. Aus den Bestimmungen des Ladenschlussgesetzes seien keine hierzu gegenteiligen Schlussfolgerungen zu ziehen, weil es sich hierbei nicht um eine Vorgabe der Klägerin, sondern um eine gesetzliche Regelung handele. Es stehe der Beigeladenen zu 1) auch frei, ob und wo sie im Einzelnen Vorführungen und Beratungen übernehme, das könne auch weder durch die möglichen Einzelvereinbarungen noch durch Absprachen zwischen einem Auftraggeber und einem Kaufhaus abweichend geregelt werden. Gegen die Annahme einer Weisungsgebundenheit hinsichtlich des Arbeitsortes spreche die Tatsache, dass sie jederzeit einen Auftrag ablehnen könne. Gegen eine inhaltliche Weisungsgebundenheit spreche, dass sie Beratungen und Vorführungen nach eigenen Vorstellungen gestalten könne. Darüber hinaus sei die Beigeladene zu 1) auch nicht in die Betriebsabläufe der Klägerin eingegliedert, dagegen spreche schon die räumliche Distanz zwischen dem Firmensitz der Klägerin und den Einsatzorten der Beigeladenen zu 1). Gegen eine solche Eingliederung spreche auch der Umstand, dass diese keine Anwesenheitszeiten zu dokumentieren habe. Sie trage auch sehr wohl ein unternehmerisches Risiko, denn, darauf gehe der angefochtene Bescheid überhaupt nicht ein, sie erhalte keine arbeitnehmertypischen Leistungen wie ein Fixgehalt, Urlaubsgeld bzw. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und an Feiertagen. Die mit der Durchführung einer Verkaufsveranstaltung verbundenen Verwaltungsaufgaben müsse sie selbst bewerkstelligen und finanzieren. Nach Kenntnis der Klägerin verfüge die Beigeladene zu 1) auch über ein eigenes Büro.

Mit Widerspruchsbescheid vom 30.01.2003 wies die Beklagte den Widerspruch aus den Gründen des angefochtenen Bescheides zurück. Ergänzend führte sie aus, hinsichtlich der Arbeitszeit seien der Beigeladenen zu 1) nur scheinbar Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt, denn die freie Entscheidung über den zeitlichen Rahmen der Tätigkeit erfahre durch die vom jeweiligen Kaufhaus vorgegebene Einhaltung der gesetzlichen Ladenschlusszeiten eine zeitliche Begrenzung. Die Beigeladene zu 1) trage auch kein Unternehmerrisiko. Dieses sei unter anderem auch durch das Risiko des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gekennzeichnet, wenn offen bleibe, ob der Arbeitende für seine Tätigkeit überhaupt Entgelt erhalte. Die eigene Arbeitskraft werde von der Beigeladenen zu 1) nicht mit ungewissem Erfolg eingesetzt, da eine Vergütung nach Abnahme der Arbeit gezahlt werde. Dies sei nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) kein zwingender Grund für den Ausschluss einer persönlichen Abhängigkeit des Beschäftigten. Gegen eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) spreche auch nicht die Tatsache, dass sie berechtigt sei, ihre Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen, solange die persönliche Leistungserbringung, so wie vorliegend, der Regelfall sei. Auch aus dem Umstand, dass gegebenenfalls in anderen Fällen Propagandisten/innen als freie Mitarbeiter angesehen worden seien, könne im Falle der Beigeladenen zu 1) nichts Abweichendes abgeleitet werden, denn die Statusfeststellung sei eine Frage des jeweiligen Einzelfalls.

Hiergegen richtete sich die am 13.02.2003 erhobene Klage, die die Klägerin im Wesentlichen mit ihrem Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren begründet hat.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid vom 18.09.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.01.2003 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Mit Urteil vom 26.07.2005 hat das Sozialgericht der Klage stattgegeben. Die Klägerin sei durch den angefochtenen Bescheid beschwert im Sinne des [§ 54 Abs. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG), denn die Beigeladene zu 1) habe ihre Tätigkeit als Propagandistin im Status einer freien Mitarbeiterin ausgeführt. Dies ergebe sich schon aus den zutreffenden Ausführungen der Klägerin zur Begründung ihres Widerspruchs. Darüber hinaus leite die Beklagte aus dem Umstand, dass die Klägerin der Beigeladenen zu 1) im Rahmen der entsprechenden Zusatzvereinbarungen bestimmte Einsatzorte vorgebe, zu Unrecht eine Weisungsabhängigkeit der Beigeladenen zu 1) ab, denn diese grundsätzlich mögliche Vereinbarung setze ein zusätzlich zustandegekommenes Einverständnis zwischen den jeweils an den Vereinbarungen Beteiligten voraus. Selbst für den Fall eines solchen Einverständnisses sei die Beigeladene zu 1) aber nicht verpflichtet, ihre Arbeitskraft an entsprechenden Arbeitsorten einzusetzen, vielmehr bestehe auch in diesen Fällen eine entsprechende freie Verfügbarkeit gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 der vertraglichen Vereinbarung zu Gunsten der Beigeladenen zu 1). Dieser obliege es gemäß § 2 Abs. 3 der vertraglichen Vereinbarung lediglich, die Klägerin hierüber entsprechend zu informieren. Auch aus der zwingend zu beachtenden Einhaltung der Ladenschlusszeiten ergebe sich entgegen der Auffassung der Beklagten keine mittelbare Einschränkung der Arbeitszeit der Beigeladenen zu 1), denn im Verhältnis zur Klägerin sei sie nach § 2 Abs. 1 Satz 2 der vertraglichen Vereinbarung in der Verwendung ihrer Zeit frei. Gleiches ergebe sich für die Art der Durchführung der ihr erteilten Aufträge bzw. die inhaltliche Ausgestaltung der Propagandistinentätigkeit. Hierzu enthalte § 2 Abs. 1 der geschlossenen Vereinbarung auch eine eindeutige Regelung. Ebenso wenig könne entgegen der Ansicht der Beklagten aus den Modalitäten der Zahlung der angepriesenen Produkte Rückschlüsse auf das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) gezogen werden. Die Beklagte erkenne bereits, dass die Zahlungsweise bzw. das Aushandeln der einzelnen Kaufpreise schon inhaltlich nicht vom Gegenstand der zu verrichtenden Propagandistinentätigkeit umfasst werde, abgesehen davon, dass auch die Förderung des Abschlusses kundenfreundlicher Kaufverträge (Rabatte) mittels Verhandlungsgesprächen zwischen der Beigeladenen zu 1) und entsprechend legitimierten Mitarbeitern von Einzelhandelsunternehmen nicht auszuschließen sei. Ein wesentliches Entscheidungskriterium sei auf jeden Fall darin zu erblicken, dass die Beigeladene zu 1) sehr wohl ein unternehmerisches Risiko trage. Es seien ein quantitatives und ein qualitatives Aktionsfeld zu verzeichnen, auf dem die Beigeladene zu 1) nach Gutdünken durch einen möglichst geschickten Einsatz von eigenem Kapital und/oder Einsatz eigener Arbeitskraft den angestrebten Gewinn unverhältnismäßig steigern könne. Das Spektrum der Möglichkeiten bewegen sich von der Planung einer Kochvorführung über die Sortimentsberatung bis hin zur Förderung der Abschlüsse kundenfreundlicher Kaufverträge mit den Einzelhandelsunternehmen im Rahmen der Zusatzvereinbarungen. Außerhalb dieser Zusatzvereinbarungen bestehe ein fast uneingeschränktes Aktionsfeld, beliebige Räumlichkeiten unter effizientem Einsatz eigener finanzieller Mittel anzumieten, um dort eigenständig konzeptionierte verkaufsstrategische Maßnahmen durchzuführen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten vom 23.09.2005. Die Sozialversicherungsträger verträten nach wie vor die Auffassung, dass Propagandisten, die in gewisser Regelmäßigkeit von ihrem Auftraggeber hergestellte Waren gegen Provision in einem Kaufhaus in dessen Namen und für dessen Rechnung anböten und verkauften, grundsätzlich zu den abhängig Beschäftigten zählten. Etwas anderes gelte nur dann, wenn sie lediglich kurzfristig für verschiedene Werbeaktionen eines oder mehrerer Auftraggeber eingesetzt würden. Dies ergebe sich aus der Anlage 4 zum Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungsträger vom 05.07.2004, Stichwort "Verkaufsförderer". Im vorliegenden Fall habe die Beigeladene zu 1) über einen längeren Zeitraum von der Klägerin hergestellte Waren gegen Provision auf Grund einer Zusatzvereinbarung ausschließlich in einem Warenhaus in deren Namen und für deren Rechnung angeboten und verkauft. Die Auffassung des Sozialgerichts, eine Weisungsgebundenheit der Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Einsatzorte bestehe deshalb nicht, weil § 2 Abs. 2 Satz 1 des genannten Vertrages regule, dass der freie Mitarbeiter in der Bestimmung seines Arbeitsortes frei sei, sei nicht nachvollziehbar. Diese Regelung erweise sich bereits deshalb als inhaltsleer, weil § 1 desselben Vertrages ausdrücklich bestimme, dass Ort, Umfang und Inhalt der Tätigkeit sich aus den Einzelvereinbarungen ergäben und § 2 Abs. 2 Satz 2 der Vereinbarung vorsehe, dass die Tätigkeit in den Geschäftsräumen des jeweiligen Einsatzhauses erfolge. Ein Einsatz ohne eine solche Einzelvereinbarung sei aber faktisch unmöglich. Ebenso wenig seien die Ausführungen zum Unternehmerrisiko hinsichtlich des Aktionsfeldes und eines effizienten Einsatzes eigener finanzieller Mittel überzeugend. Das Sozialgericht übersehe, dass für derartige Aktionen keinerlei Waren zur Verfügung stünden und aus dem Vertrag auch keine Provisionsansprüche anwachsen würden. Die Beigeladene habe auch keinerlei unternehmerische Chancen hinsichtlich der Preisgestaltung besessen, die Förderung von Rabatten würde ihre Provision mindern, da diese vom Verkaufspreis abhängig sei.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 26.07.2005 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass festgestellt wird, dass die Beigeladene zu 1) nicht abhängig beschäftigt war.

Die Klägerin hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend. Das Sozialgericht habe sich mit seiner Entscheidung auch nicht zur höchstrichterlichen Rechtsprechung in Widerspruch gesetzt. Das von der Beklagten zitierte Rundschreiben vom 05.07.2005 binde weder das Gericht noch die Beteiligten. Hinsichtlich des Arbeitsortes erkenne die Beklagte, dass die Sortimentsberater die Möglichkeit gehabt hätten, ihren Arbeitsort frei zu bestimmen, indem sie einen Einsatzort ablehnten. Stattdessen hätten sie selbst neue Einsatzorte suchen und eigene Verkaufsveranstaltungen durchführen können. Das unternehmerische Risiko der Beigeladenen zu 1) spiegele sich insbesondere in dem Umstand wieder, dass sie eine erfolgsbezogene Vergütung erhalten habe und es allein ihre Sache gewesen sei, ob und mit welchem Einsatz

sie mit den Produkten der Klägerin Geld verdient habe.

Die Beigeladene zu 1), die keinen eigenen Antrag gestellt hat, hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, während ihrer Tätigkeit für die Klägerin auch für weitere Firmen Werbe- und Verkaufsvorfürungen durchgeführt zu haben. Sie habe an wechselnden Einsatzorten gearbeitet, schwerpunktmäßig habe sie ihre Tätigkeit jedoch im Kaufhof in Dortmund verrichtet. Die Dauer ihrer Einsätze habe geschwankt zwischen mehreren Monaten und wenigen Tagen. Die Klägerin habe die Einsatzorte vorgeschlagen, sie - die Beigeladene zu 1) - habe sich jedoch bevor sie den Auftrag angenommen habe, in dem jeweiligen Kaufhaus nach den zu erzielenden Umsätzen erkundigt und die Annahme des Auftrags letztlich von den zu erwartenden Gewinnen abhängig gemacht. In der Regel sei sie in der Zeit von 11:00 Uhr bis 18:00 Uhr bzw. 19:00 Uhr in dem Kaufhaus anwesend gewesen, entscheidend sei aber letztlich die Kundenfrequenz gewesen. Zu Beginn ihrer Tätigkeit habe sie jeweils die Abteilungsleiter der Kaufhäuser darauf hingewiesen, nur so lange anwesend sein zu wollen, wie Kunden im Haus seien. In einem Fall, in dem der Abteilungsleiter sie zu einer längeren Anwesenheitszeit habe zwingen wollen, habe sie den Auftrag zurückgegeben. Ihre Entscheidung hinsichtlich der Anwesenheit sei von den Abteilungsleitern letztlich immer akzeptiert worden. Mit anderen Propagandistinnen habe sie sich nicht abgesprochen. Für Zeiten ihrer Abwesenheit (z. B. Krankheit, Urlaub) habe sie eine Ersatzkraft gestellt. Auf die Preisgestaltung habe sie keinerlei Einfluss nehmen können, Rabattgewährungen seien mit den Abteilungsleitern abgesprochen worden. Ihre Abrechnung habe sie letztlich auf die ihr vom Kaufhaus gemeldeten Umsatzzahlen gestützt.

Wegen der weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes sowie des Vortrags der Beteiligten im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichts- und Verwaltungsakte, die der Senat beigezogen hat und deren Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet.

Zu Recht hat das Sozialgericht den angefochtenen Bescheid vom 18.09.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.01.2003 aufgehoben, denn die Klägerin ist hierdurch beschwert im Sinne des [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#), da die Beigeladene zu 1) bei ihr nicht abhängig beschäftigt war.

Hierzu verweist der Senat auf die zutreffenden und umfassenden Entscheidungsgründe des sozialgerichtlichen Urteils, die er sich nach Prüfung der Sach- und Rechtslage zu eigen macht ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Auch der Vortrag der Beklagten im Berufungsverfahren führt zu keiner abweichenden Beurteilung des Status der Beigeladenen zu 1) im Verhältnis zur Klägerin. Soweit die Beklagte sich dabei zunächst allgemein auf die Ausführungen in der Anlage 4 zum Gemeinsamen Rundschreiben der Spitzenorganisationen der Sozialversicherungen vom 05.07.2004 Stichwort "Verkaufsförderer" bezieht, vermögen diese - abgesehen davon, dass der Senat an das Rundschreiben nicht gebunden ist - inhaltlich nicht zu überzeugen. Das dort benutzte Abgrenzungskriterium der "gewissen Regelmäßigkeit" der ausgeübten Tätigkeit stellt nach Ansicht des Senats in dieser Absolutheit kein sachgerechtes Abgrenzungskriterium dar. Die Regelmäßigkeit einer Tätigkeitsausübung betrifft deren äußeren Ablauf, ohne Rückschlüsse auf den Inhalt der Ausgestaltung des Tätigkeitsbereichs zuzulassen. So kann z. B. eine Tätigkeit, selbst wenn sie nur einmal wöchentlich ausgeübt wird, bei Fehlen jeglichen unternehmerischen Risikos und vorhandener Weisungsgebundenheit als abhängige Beschäftigung zu qualifizieren sein, während eine täglich ausgeübte Beschäftigung bei fehlender Weisungsgebundenheit und vorhandenem unternehmerischen Risiko eine selbständige Beschäftigung darstellen kann. Die Regelmäßigkeit der Tätigkeitsausübung kann daher nur *colorandi causa* zur Statusfeststellung herangezogen werden. Da in dem Rundschreiben weiter ausgeführt wird, im Einzelfall könne auch eine selbständige Tätigkeit vorliegen, führen die dort gemachten Ausführungen nicht weiter und sind daher nicht geeignet, die Richtigkeit der von der Beklagten angegriffenen sozialgerichtlichen Entscheidung in Frage zu stellen.

Gleiches gilt für den einzelfallbezogenen Sachvortrag der Beklagten. Eine Weisungsgebundenheit der Beigeladenen zu 1) gegenüber der Klägerin kann aus dem Merkmal einer einsatzortbezogenen Weisungsgebundenheit nicht abgeleitet werden, denn eine solche existiert nicht. Die Beklagte weist zwar zu Recht darauf hin, dass hinsichtlich der Einsatzorte Einzelvereinbarungen zu treffen seien, die Beklagte übersieht jedoch, dass die Beigeladene zu 1) zum Abschluss einer solchen Einzelvereinbarung nach dem Wortlaut des bestehenden Vertrages mit der Klägerin nicht verpflichtet war. § 1 Abs. 1 Satz 2 lautet: "Ob, in welchem Umfang und an welcher Stelle und insbesondere in welchen Einzelhandelsunternehmen der freie Mitarbeiter seine Tätigkeit durchführt, ergibt sich aus etwaig zustande gekommenen Zusatzvereinbarungen zu diesem Vertrag, die im Falle des gegenseitigen Einverständnisses getroffen werden können". Der eindeutige Wortlaut des Vertragstextes lässt keine Zweifel daran aufkommen, dass zwar durch eine Einzelvereinbarung der Einsatzort festgelegt wird, die Beigeladene zu 1) aber dadurch ihren Einsatzort bestimmt, dass diese Einzelvereinbarung nur mit ihrem Einverständnis getroffen werden kann. Bei Streit über eine Vertragsauslegung würde auch § 2, der Zeit und Ort der Dienstleistung regelt, als *lex specialis* gegenüber § 1 anzusehen sein, der lediglich den Gegenstand des Vertrages umreißt. § 2 hingegen regelt, worauf das Sozialgericht zutreffend hingewiesen hat, mit "wünschenswerter Eindeutigkeit", dass der freie Mitarbeiter keinen Weisungen seitens der Firma unterliegt und in der Bestimmung seines Arbeitsortes frei ist.

Der Ort der Tätigkeit war Inhalt der vertraglichen Vereinbarung und konnte nicht - wie bei einem Arbeitnehmer - einseitig von der Klägerin zugewiesen oder geändert werden. Das unternehmerische Risiko der Beigeladenen zu 1) war in ihrem quantitativen und qualitativen Aktionsfeld zu sehen. Wenn die Beigeladene zu 1) auch an die vorgegebenen Preise und an das ihr zur Verfügung gestellte Sortiment gebunden war, vermag dies nichts an der Tatsache zu ändern, dass sie innerhalb dieses Rahmens durch ein besonderes Engagement ihr umsatzbedingtes Honorar steigern konnte. Durch ein erweitertes und vertieftes Fachwissen, welches sie durch von der Klägerin angebotene Fortbildungsmaßnahmen, deren Teilnahme freiwillig ist, erwerben kann, hat sie im Gegensatz zu einem Arbeitnehmer, der einen feststehenden Lohn bzw. ein Gehalt bezieht, die Möglichkeit, ihren Umsatz und damit ihr erfolgsabhängiges Honorar unmittelbar zu steigern bzw. im gegenteiligen Fall stagnieren oder rückläufig werden zu lassen. Angesichts dessen spielt der Umstand, dass die Beigeladene keinerlei Einfluss auf die Preisgestaltung hatte, nur eine untergeordnete Rolle.

Eine abweichende Beurteilung ergibt sich auch nicht aus den Ausführungen der Beigeladenen zu 1) vor dem erkennenden Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung. Die Schilderung ihrer Propagandistinnentätigkeit für die Klägerin hat vielmehr die Richtigkeit der

sozialgerichtlichen Entscheidung bestätigt. Im Rahmen der gebotenen Einzelfallbetrachtung und der dabei vorzunehmenden Abwägung aller Umstände ist die Propagandistinnentätigkeit der Beigeladenen zu 1) von Merkmalen geprägt, die nicht arbeitnehmertypisch sind. So hat die Beigeladene zu 1) von der ihr vertraglich eingeräumten Möglichkeit, über die Annahme eines Auftrags zu entscheiden, auch tatsächlich Gebrauch gemacht. Sie hat die Annahme eines Auftrags letztlich davon abhängig gemacht, wie hoch die zu erwartenden Gewinne sein würden. Dazu hat sie sich zunächst mit dem avisierten Kaufhaus in Verbindung gesetzt und Erkundigungen eingeholt. Bei zu geringer Gewinnerwartung wurde der Auftrag zurückgegeben. In gleicher Weise hat die Beigeladene zu 1) über ihre Arbeitszeit frei bestimmt und diese letztlich nach persönlichen Kriterien gewählt. So hat sie angegeben, mit öffentlichen Verkehrsmitteln anzureisen und aus diesem Grunde nicht vor 11:00 Uhr ihre Tätigkeit aufzunehmen. Die Entscheidung über die Frage, wann sie ihre Tätigkeit einstellte, hing von der Kundenfrequenz im jeweiligen Kaufhaus ab. War diese gering, hat sie ihre Tätigkeit eingestellt, bei entsprechender Erhöhung der Kundenfrequenz hat sie länger gearbeitet. Eine Anwesenheitspflicht hat sie sich nicht auferlegen lassen, denn hierzu hat sie ausgeführt, in einem Fall, in dem ein Abteilungsleiter sie habe zwingen wollen, länger zu bleiben, habe sie sich gegen die Auftragsannahme entschieden. Auch in ihrer Urlaubsgestaltung war die Beigeladene zu 1) frei, denn diese hat sie nicht abgestimmt, vielmehr für die Dauer ihrer Abwesenheit eine Ersatzkraft gestellt. Gleiches gilt in den Fällen, in denen sie andernorts einen lukrativeren Auftrag ausführen konnte. Die Tatsache, dass die Beigeladene zu 1) auf die Preisgestaltung keinen Einfluss nehmen und Rabatte nur nach Rücksprache mit dem Abteilungsleiter nehmen konnte, vermag an dem Status der Beigeladenen zu 1) als freier Mitarbeiterin der Klägerin nichts zu ändern, denn hierbei handelt es sich in erster Linie um ein Kriterium, welches in dem zwischen der Beigeladenen zu 1) und dem jeweiligen Kaufhaus als Einsatzort bestehenden Vertragsverhältnis anzusiedeln ist. Darüber hinaus hat die Beigeladene zu 1), wie bereits ausgeführt, durch die Möglichkeit, ihren Umsatz zu steigern, direkten Einfluss auf die ihr letztlich zufließende Provision.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2007-01-30