

L 8 R 976/16

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung

8
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)

Aktenzeichen
S 15 R 1019/13

Datum
12.10.2016

2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen

L 8 R 976/16
Datum

19.12.2018

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 12.10.2016 geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 21.12.2009 in der Fassung der Bescheide vom 04.07.2012 und 28.02.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.05.2013 wird hinsichtlich der Nachforderung für die Beigeladene zu 1) in Höhe von 10.040,09 EUR inkl. Säumniszuschläge von 3.183,50 EUR aufgehoben. Die Beklagte trägt in beiden Rechtszügen die Kosten jeweils mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird im Berufungsrechtszug endgültig auf 10.040,09 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Betriebsprüfungsverfahrens über die Rechtmäßigkeit des nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) ergangenen Bescheides, mit welchem die Beklagte u.a. Sozialversicherungsbeiträge für die Beigeladene zu 1) nachgefordert hat.

Der Kläger betreibt eine Generalagentur für Versicherungsprodukte des B Konzerns. Sein Geschäftsbereich umfasst daneben die Immobilienvermarktung und Baufinanzierung. Er firmiert unter Büro für Immobilien, Finanzdienstleistungen und Versicherungen (IFV). Die am 00.00.1950 geborene Beigeladene zu 1) ist seine Ehefrau. Am 15.12.1993 schlossen der Kläger und die Beigeladene zu 1) einen Arbeitsvertrag mit im Wesentlichen folgenden Inhalt, auf den im Übrigen Bezug genommen wird:

"§ 1 Beginn und Art der Beschäftigung

Der Ehegatte Q B verpflichtet sich, ab 1.1.1994 im Betrieb der Firma siehe oben entgeltlich mitzuarbeiten und zwar als Bürogehilfin (Post, Termine, Telefon, Ablage, Abrechnungen).

§ 2 Arbeitszeit

Die regelmäßige Arbeitszeit beträgt 8 Stunden in der Woche. Sie richtet sich nach dem Tarifvertrag und den betrieblichen Regelungen. Der Ehegatte/Angehörige ist im Rahmen des gesetzlich zulässigen Umfangs auch verpflichtet, Überstunden zu leisten, soweit es die Verhältnisse des Betriebs erfordern.

§ 3 Arbeitsvergütung

Das Bruttogehalt beträgt 700 DM, zahlbar am letzten Werktag jedes Kalendermonats. Das Gehalt wird bar ausgezahlt (auf das Konto bei der Sparkasse I überwiesen). Die Vergütung der Überstunden erfolgt aufgrund der jeweiligen betrieblichen Bestimmungen.

§ 4 Lohn-/Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfalle [...]

§ 5 Nebenleistungen [...]

§ 6 Weihnachtsgratifikation [...]

§ 7 Urlaub [...]

§ 8 Kündigung

Dieser Arbeitsvertrag kann von beiden Seiten zum Ende des Kalendervierteljahres mit einer Frist von sechs Wochen gekündigt werden. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes oder in beidseitigem Einvernehmen kann das Arbeitsverhältnis jederzeit mit sofortiger Wirkung gelöst werden.

§ 9 Änderungen des Vertrags

Die Vertragsschließenden behalten sich vor, einzelne Bestimmungen dieses Vertrags zu ändern, wenn besondere Gründe dies erfordern. Derartige Änderungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

§ 10 Güterstand (bei Ehegatten)

Der Inhaber der Firma K B, I und sein Ehegatte Q B, F-straße 00, I leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft."

Auf dieser Basis führte die Beigeladene zu 1) seither und damit auch im Streitzeitraum Büroarbeiten für den Kläger aus. Nach den für sie geführten Lohnkonten erhielt sie in den Jahren 2004 bis 2007 ein Arbeitsentgelt von monatlich 440,00 EUR und jährlich 5.280,00 EUR. Das entspricht einem meldepflichtigen Arbeitsentgelt von 3.531,00 EUR in den Jahren 2004/2005, 3.795,00 EUR in 2006 und 4.275,00 EUR im Jahr 2007 (Gleitzone).

Am 15.11.2004 schlossen der Kläger und die Beigeladene zu 1) zudem folgenden Untervertreter-Vertrag - Handelsvertretervertrag -, in dem es u.a. wie folgt heißt und auf den im Übrigen Bezug genommen wird:

"[...] wird folgender Handelsvertreter-Vertrag geschlossen:

§ 1 Rechtsstellung der Parteien

Der Unternehmer vermittelt hauptberuflich als Generalagent für die folgenden (Versicherungs)unternehmen Versicherungsverträge:

1. B Lebensvers.
2. I oK
3. B Vers. AG
4. Rechtsschutz V Vers. AG
5. B Bauspar AG
6. B U Investment

Der Handelsvertreter wird hauptberuflich als selbständiger Versicherungs- und Bausparkassenvertreter nach [§§ 84 Abs. 1, 92ff.](#) HGB tätig und ist Vermittlungsagent iSd [§§ 43ff. VVG](#). Vertragliche Beziehungen zwischen ihm und den vom Unternehmer vertretenen Unternehmen (Versicherungsgesellschaften) werden durch diesen Vertrag nicht begründet. Demgemäß entstehen aufgrund dieses Vertrags Verpflichtungen und Ansprüche nur zwischen den im Rubrum genannten Parteien.

§ 2 Aufgaben und Pflichten des Handelsvertreters Der Handelsvertreter konzentriert seine Arbeitskraft auf die Führung der Agentur als Hauptberuf, wobei er die Art der Durchführung seiner Tätigkeit im Wesentlichen frei bestimmen kann.

Er ist ständig damit betraut, an den Unternehmer Versicherungs-, Darlehens- und Bausparverträge auf der Grundlage der jeweils maßgeblichen Tarifbestimmungen und Vertragsbedingungen zu vermitteln, den Kundenstamm zu pflegen, zu erhalten und zu erweitern sowie Neukunden zu gewinnen. Der Handelsvertreter übersendet dem Unternehmer vermittelte (Versicherungs-)anträge im wöchentlichen Turnus.

[...]. Der Handelsvertreter ist zur rechtsgeschäftlichen Vertretung des Unternehmers und zum Inkasso nicht berechtigt. Der Handelsvertreter hat die Interessen des Unternehmers zu wahren und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrzunehmen. Der Handelsvertreter ist verpflichtet, dem Unternehmer alle erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere ihm bekannt gewordene Tatsachen, die Zweifel an der Kreditwürdigkeit von Kunden begründen, unverzüglich mitzuteilen.

Der Vertreter ist nicht sozialversicherungspflichtig und hat seine öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nach [§§ 14, 34c](#) Gewerbeordnung selbst zu erfüllen.

§ 3 Pflichten des Unternehmers

Der Unternehmer hat den Handelsvertreter bei der Ausübung seiner Tätigkeit zu unterstützen und ihm die erforderlichen Arbeitsunterlagen (Tarif, Vertragsbedingungen, Antragsformulare und dergleichen) - insbesondere während der Einarbeitungszeit - zur Verfügung zu stellen und dem Handelsvertreter stets alle für die Vermittlungstätigkeit wichtigen Informationen zu geben.

Die von dem Unternehmer zur Verfügung gestellten Materialien können jederzeit zurückverlangt werden, soweit sie nicht bestimmungsgemäß verbraucht werden.

Der Unternehmer ist ferner verpflichtet, die ihm von dem Handelsvertreter vermittelten (Versicherung-)anträge zügig zu bearbeiten und an die jeweiligen Versicherungsgesellschaften weiterzuleiten. Von der Annahme oder Ablehnung eines durch den Handelsvertreter vermittelten (Versicherung-)antrages hat er diesen unverzüglich zu informieren.

§ 4 Vergütung des Handelsvertreters

(Alt.: Entsprechend den in der Anlage festgelegten Provisionsätzen) Über den in § 4 Absatz 1 geregelten Provisionsanspruch hinaus steht dem Handelsvertreter für den vermittelten Vertrag kein weiterer Vergütungsanspruch zu.

Der Anspruch entsteht, sobald die von dem Unternehmer vertretenen Versicherungsunternehmen die Versicherungsanträge poliziert haben und der Einlösungsbeitrag durch den Versicherungsnehmer (Kunden) gezahlt ist.

Der Anspruch entfällt, wenn feststeht, dass der Versicherungsnehmer (Kunde) nicht leistet. Gezahlte Vorschüsse sind an den Unternehmer zurückzuzahlen.

Der Unternehmer hat dem Handelsvertreter über die Provision jeweils am Monatsende Abrechnung zu erteilen. Mit Entstehung der Abrechnung werden die Ansprüche fällig.

Der Handelsvertreter hat die Provisionen insoweit zurückzuzahlen, als der Kunde die vereinbarten (Prämien) Zahlungen nicht erbringt oder die auf den vermittelten Vertrag erbrachten (Prämien) Zahlungen an ihn erstattet werden müssen.

Auf Verlangen des Unternehmers hat der Handelsvertreter hierfür eine ausreichende Sicherheit zu stellen.

Der Vertreter ist nicht berechtigt, Provisionen an Kunden bzw. Dritte abzugeben.

§ 5 Nebentätigkeiten des Handelsvertreters

Der Handelsvertreter wird ausschließlich für den Unternehmer tätig. Der Handelsvertreter verpflichtet sich, während des Bestehens des Vertragsverhältnisses Vertretungen für andere Unternehmen nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung des Unternehmers zu übernehmen oder sich an anderen Unternehmen, die in der gleichen Branche tätig sind, weder direkt noch indirekt zu beteiligen noch derartige Unternehmen in sonstiger Weise zu fördern oder zu unterstützen.

Andere Tätigkeiten dürfen nur ausgeübt werden, soweit sie mit den Verpflichtungen aus diesem Vertrag vereinbar sind.

§ 6 Wettbewerb [...]

§ 7 Datenschutz, Geldwäsche, Verschwiegenheit [...]

§ 8 AVAD [...]

§ 9 Vertragsdauer und Probezeit

Der Handelsvertretervertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die ersten drei Monate gelten als Probezeit. Der Vertrag endet durch Kündigung, durch Erreichen der Altersgrenze oder durch den Tod des Handelsvertreters.

Während der Probezeit ist das Vertragsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen, jeweils zum Monatsende kündbar, nach Ablauf der Probezeit gelten die gesetzlichen Kündigungsbestimmungen nach [§ 89 HGB](#).

Das beidseitige Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund bleibt unberührt. Kündigungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses erlischt jeder Anspruch des Vertreters gegen den Unternehmer auf Provision oder sonstige Vergütungen irgendwelcher Art. [...].

§ 10 Ansprüche nach Vertragsbeendigung

Dem Handelsvertreter steht im Fall der Vertragsbeendigung ein Ausgleichsanspruch nach [§ 89b HGB](#) zu, soweit die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind. [...]

§ 11 Wettbewerbsverbot [...]

§ 12 Verjährung [...]

§ 13 Schlussbestimmungen Mündliche Nebenabreden zu diesem Vertrag bestehen nicht. Ergänzungen oder Vertragsänderungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dieses Formerfordernis kann nur durch eine gesonderte Vereinbarung aufgehoben werden, die ihrerseits der Schriftform bedarf. [...].

Anlage zu § 4 Vergütung des Untervertreter-Vertrages

1. B

- a) Leben 23% der Wertungssumme
- b) Sach- und Rechtsschutz 40% der Nettoprämie
- c) Bauspar easy, Wahl 1% der Bausparsumme
- d) Bauspar fest 0,7% der Bausparsumme
2. Krankenversicherung drei Monatsbeiträge
3. Finanzierung eigene Akquisition 50% der Vermittlungsprovision"

Unter Bezugnahme auf diesen Vertrag wurden in der Finanzbuchhaltung des klägerischen Betriebes zu Gunsten der Beigeladenen zu 1) folgende Provisionszahlungen verbucht:

Dezember 2004: 5.705,00 EUR

2005: 3.819,00 EUR

2006: 4.130,00 EUR

2007 - Mai 2007: 1.730,00 EUR.

Die Vermittlungstätigkeit und die Zahlung der Provisionen an die Beigeladene zu 1) bestätigte der Kläger jedenfalls im Zeitraum Januar 2006 bis Mai 2007 schriftlich. Auf den Inhalt der klägerischen Schreiben an die Beigeladene zu 1) v. 12.1.2006, 27.10.2006, 27.12.2006, 8.3.2007, 19.3.2007 und 30.5.2007 wird insofern Bezug genommen.

Im Jahr 2007 fand bei dem Kläger zunächst eine Betriebsprüfung des Finanzamtes I für den Prüfzeitraum 2002 bis 2005 statt. Im anschließenden Bericht des Finanzamtes v. 25.6.2007 wurde unter Ziffer 2.3 zu "Provisionszahlungen an die Ehefrau" folgendes ausgeführt:

"Am 15.11.2004 wurde ein Untervertreter-Vertrag mit Frau Q B, der Ehefrau des Herrn B, geschlossen. Dieser Vertrag enthält genaue Berechnungsvereinbarungen zur Höhe der zu zahlenden Provisionen. Für die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen nahen Angehörigen ist erforderlich, dass die Vereinbarung dem Fremdvergleich standhalten können sowie deren Durchführung wie unter fremden Dritten erfolgt. Die ab Dezember 2004 gezahlten Provisionen wurden nicht nach den Vereinbarungen des Vertrages berechnet. Die Zahlungen an Frau B können daher nicht als Betriebsausgaben berücksichtigt werden. Die Provisionen wurden in den

Einkommensteuerbescheiden für die Jahre 2004 und 2005 als Gewinn aus sonstiger selbständiger Tätigkeit durch Frau B versteuert. Da das Vertragsverhältnis zwischen den Eheleuten steuerlich nicht anerkannt wird, stellen diese Zahlungen Vorgänge auf der privaten Vermögensebene der Eheleute dar. Entsprechend liegen bei Frau B keine steuerlichen Einkünfte vor."

Jahr - 2004 - 2005

Kürzung der Betriebsausgaben - 5.705 - 3.819

Privatentnahme - 5.705 - 3.819

Gewinn § 18 EStG Ehefrau - 0 - 0

In der Zeit vom 30.6.2009 bis zum 20.11.2009 führte sodann die Beklagte in den Räumlichkeiten des Steuerberaters des Klägers, des Zeugen T, eine Betriebsprüfung des klägerischen Betriebes für den Prüfzeitraum vom 1.1.2005 bis zum 31.12.2008 durch.

Nach Durchführung der Schlussbesprechung, an welcher u.a. der Zeuge T für den Kläger teilnahm, erließ die Beklagte am 21.12.2009 einen Betriebsprüfungsbescheid, mit welchem sie zunächst eine Nachforderung i.H.v. 15.820,14 EUR inklusive darin enthaltener Säumniszuschläge i.H.v. 4.617,50 EUR festsetzte. Darin führte sie zur Begründung aus, dass die Beigeladene zu 1) zusätzlich zu ihrem Arbeitsentgelt aus dem Beschäftigungsverhältnis Provisionszahlungen erhalten habe. Eine Berücksichtigung als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt sei nicht erfolgt. Grundlage für die Provisionszahlungen sei ein am 15.11.2004 geschlossener Untervertreter-Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und ihr gewesen. Im Rahmen einer Betriebsprüfung durch das Finanzamt I sei festgestellt worden, dass die Provisionen nicht nach den Vereinbarungen des Vertrages berechnet worden seien. Das Vertragsverhältnis sei aus diesem Grund steuerlich nicht anerkannt worden. Da die Provision jedoch de facto seitens des Arbeitgebers geleistet worden sei, handele es sich hierbei um Arbeitsentgelt im Sinne des § 14 SGB IV. Die Berechnung der Säumniszuschläge erfolge in analoger Anwendung des Urteils des Bundessozialgerichts vom 30.3.2000 (B 12 KR 14/99 R).

Dagegen erhob der Kläger, vertreten durch den Steuerberater T, am 15.1.2010 Widerspruch. Bei den als Provisionen bezeichneten Beträgen handele es sich nicht um zusätzlichen Arbeitslohn, sondern um Privatentnahmen, die weder steuer- noch sozialversicherungspflichtig seien. Das Finanzamt habe festgestellt, dass die mit den Provisionszahlungen abgerechneten Leistungen tatsächlich nicht erbracht worden seien. Die Provisionszahlungen seien deshalb nicht als Betriebsausgaben zugelassen und stattdessen den Privatentnahmen zugerechnet worden. Ein Abzug als zusätzlicher Arbeitslohn sei ausgeschlossen, weil die abgerechneten Provisionen ohne Gegenleistung der Beigeladenen zu 1) berechnet worden seien. Die Beigeladene zu 1) übe im Büro des Klägers laut Arbeitsvertrag eine Bürotätigkeit mit wöchentlich acht Stunden Arbeitszeit aus. Das Gehalt habe nach Ansicht des Finanzamtes einem Fremdvergleich genügt und sei anerkannt worden. Die Eheleute hätten die Feststellung des Finanzamtes akzeptiert und keinen Rechtsbehelf gegen die Prüfungsfeststellungen eingelegt. Behandle man die als Provisionen deklarierten Beträge als zusätzlichen Arbeitslohn, passe der Arbeitslohn nicht mehr mit der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit überein. Hinsichtlich der Sozialversicherungspflicht könne kein anderer als der vom Finanzamt ermittelte Sachverhalt gelten. Die als Provisionen deklarierten Betriebsausgaben seien danach verdeckte Eigenentnahmen gewesen. Die Feststellung der Beklagten, es handele sich um zusätzlich gezahlten Arbeitslohn, entbehre einer Grundlage. Die Tatsache, dass die Ehefrau bei dem Kläger beschäftigt sei, könne nicht begründen, dass sämtliche Zuwendungen an sie zusätzlichen Arbeitslohn darstellten. Zahlungen an Ehegatten seien überwiegend privat veranlasst.

Im Zuge weiterer Ermittlungen teilte das Finanzamt I mit (Schreiben v. 6.9.2010), bei der Betriebsprüfung für die Jahre 2002 bis 2005 sei festgestellt worden, dass die Berechnung der Provisionszahlungen an die Ehefrau nicht den getroffenen Vereinbarungen im Untervertreter-Vertrag entsprochen hätten. Deshalb sei das Vertragsverhältnis zwischen den Eheleuten steuerlich nicht anerkannt und die Zahlung als Privatentnahme behandelt worden. Eine weitere Prüfung, ob tatsächlich Vermittlungen erfolgten oder den Zahlungen Scheingeschäfte zu Grunde lagen, habe nicht stattgefunden, da die steuerliche Anerkennung bereits an der nicht ordnungsgemäßen Umsetzung der getroffenen Vereinbarung gescheitert sei. Sodann holte die Beklagte eine Auskunft aus dem Gewerbeverzeichnis der Stadt I v. 1.6.2011 ein, wonach auf den Namen der Beigeladenen zu 1) eine Versicherungsagentur zum 1.12.2004 im I-weg 00 in I, ihrer damaligen Wohnanschrift, angemeldet wurde (vollständige Aufgabe 3.9.2008).

Mit Teilabhilfebescheid vom 4.7.2012 setzte die Beklagte die Nachforderung inklusive Säumniszuschlägen auf 10.956,54 EUR fest, da die ursprünglich vorgenommene Hochrechnung des Entgeltes nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV nach den Grundsätzen des Urteils des Bundessozialgerichtes (BSG) vom 9.11.2011 (B 12 R 18/09 R) nicht mehr in Betracht komme. Mit weiterem Teilabhilfebescheid vom 28.2.2013 verminderte die Beklagte ihre Forderung nochmals auf 10.502,54 EUR. Von diesem Betrag entfiel eine Nachforderung von 6.856,59 EUR zzgl. Säumniszuschlägen i.H.v. 3.183,50 EUR auf die Beigeladene zu 1). Auf die Begründung der Bescheide wird Bezug genommen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 23.5.2013 wies die Beklagten den Widerspruch, soweit sie ihm nicht abgeholfen hatte, als unbegründet zurück. Die Provisionszahlungen stellten Arbeitsentgelt dar. Die Beigeladene zu 1) sei unbestritten auf der Grundlage des Arbeitsvertrages vom 15.12.1993 versicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Die streitigen Provisionen seien nicht auf der Grundlage des Untervertreter-Vertrages vom 15.11.2004 gezahlt worden, denn die Beigeladene zu 1) sei nicht tatsächlich selbstständig tätig gewesen. Die Beigeladene zu 1) sei nicht als selbstständige Handelsvertreterin tätig geworden, denn sie habe nicht über einen eigenen Betrieb (eigene Agentur) mit einer eigenen Arbeitsorganisation verfügt. Sie habe mithin Vermittlertätigkeit nur durchführen können, indem sie in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert gewesen sei. Es möge zwar sein, dass der Kläger als Ehemann keine Weisungen hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsausführung habe erteilen müssen. Dies gelte schon deshalb, weil sich die Beigeladene zu 1) dem Unternehmen, welches als Lebensgrundlage der Familie diene, verpflichtet gefühlt habe. Entscheidend sei jedoch nicht, ob der Arbeitgeber seiner Ehefrau Weisungen erteilen könne, sondern vielmehr, dass er das Recht dazu habe. Dies sei aufgrund seiner Stellung als Betriebs- und Unternehmensinhaber ohne Zweifel der Fall. Insofern sei anzunehmen, dass die Beigeladene zu 1) bei ihrer Vermittlungstätigkeit seinem Weisungsrecht ebenso unterlegen habe wie bereits im Rahmen ihrer Bürogehilfentätigkeit auf der Grundlage des Arbeitsvertrages. Die fehlende Stellung der Beigeladenen zu 1) als selbstständige Unternehmerin (Handelsvertreterin) werde auch daran deutlich, dass die gezahlten Provisionen - wie die Finanzbehörde festgestellt habe - nicht nach den Vereinbarungen des Vertrages aus November 2004 berechnet worden seien. Es gebe darüber hinaus keine Zweifel, dass die Beigeladene zu 1) die Vermittlungsprovision tatsächlich erhalten habe, denn die Zahlung der Provisionen sei zum einen durch ihre Finanzbuchhaltung und zum anderen durch die regelmäßig an die Beigeladene zu 1) gerichteten Mitteilungen belegt. Das Finanzamt habe auch nicht etwa festgestellt, dass die mit den Provisionszahlungen

abgerechneten Leistungen tatsächlich nicht erbracht worden seien. Stattdessen zeige sich in dem Schreiben des Finanzamtes vom 6.9.2010, das dort nicht geprüft worden sei, ob tatsächlich Vermittlungen erfolgt seien oder ob den Zahlungen Scheingeschäfte zugrunde gelegen hätten. Vorliegend komme hinzu, dass für die Provisionszahlungen Mitteilungen des Arbeitgebers an die Beigeladene zu 1) über die Provisionszahlung vorgelegen hätten. Der Verbeitragung als Arbeitsentgelt stehe auch nicht entgegen, dass die Finanzbehörde die Zahlungen für die Jahre 2004 und 2005 nicht als Betriebsausgaben anerkannt habe. Insofern werde auf das Urteil des BSG vom 7.2.2002 ([B 12 KR 13/01 R](#)) verwiesen. Im Hinblick auf die Säumniszuschläge sei das Verschulden entsprechend [§ 276](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zu beurteilen. Es umfasse neben Vorsatz auch Fahrlässigkeit.

Dagegen hat sich der Kläger mit seiner am 24.6.2013 zum SG Dortmund erhobenen Klage gewandt. Es treffe nicht zu, dass die Beträge, die er in der Zeit von Dezember 2004 bis Mai 2007 an die Beigeladene zu 1) gezahlt habe, als Arbeitsentgelt dem beitragspflichtigen Arbeitsentgelt zuzurechnen seien. Die streitigen, von der Beklagten als Provisionen bezeichneten Beträge seien stattdessen auf der Grundlage des Untervertreter-Vertrages vom 15.11.2004 gezahlt worden. Die Beigeladene zu 1) habe sich unter dem 1.12.2004 mit dem Betrieb einer Versicherungsagentur in I selbstständig gemacht. Ihre selbstständige Tätigkeit habe sie vollständig am 3.9.2008 aufgegeben. Sie habe durch die Neugründung ein eigenes Unternehmerrisiko getragen, eine eigene Betriebsstätte eingerichtet, die Arbeitskraft und Arbeitszeit nach eigener Verfügungsmöglichkeit eingesetzt. Sie sei insofern nicht in seine Arbeitsorganisation eingegliedert und nach seinen Weisungen tätig geworden. Selbst wenn sie keine selbstständige Tätigkeit ausgeübt hätte, würde dies nicht zur Beitragspflicht führen. Es möge zwar zutreffen, dass die streitigen Zahlungen an die Beigeladene zu 1) in der Finanzbuchhaltung des Klägers als Provisionszahlungen bezeichnet worden seien. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die streitigen Beträge nun Privatentnahmen darstellten. Diese Privatentnahmen seien nach der Betriebsprüfung des Finanzamtes I als Privatentnahmen verbucht und versteuert worden. Der entsprechende Bescheid sei am 16.9.2007 bestandskräftig geworden. Aufgrund dessen sei eine Heranziehung der Beiträge als versicherungspflichtiges Entgelt rechtswidrig. Schließlich seien die Säumniszuschläge nicht rechtmäßig. Weder ihm noch dem Steuerberater könne fahrlässige Unkenntnis geschweige denn Vorsatz vorgeworfen werden.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid vom 21.12.2009 in der Fassung der Abhilfebescheide vom 4.7.2012 und 28.2.2013, alle in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.5.2013 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat auf ihre Bescheide Bezug genommen.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 12.10.2016 hat das SG die Beigeladene zu 1) befragt und den Zeugen T vernommen. Die durch das SG mit Beschlüssen vom 30.12.2015 und 11.1.2016 am Verfahren beteiligten Beigeladenen zu 1) bis 3) haben keine Anträge gestellt. Im Übrigen wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Sodann hat das SG mit Urteil vom 12.10.2016 die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Gegen das dem Kläger am 21.10.2016 zugestellte Urteil hat dieser am 9.11.2016 Berufung eingelegt. Er nimmt Bezug auf seinen erstinstanzlichen Vortrag und trägt vertiefend vor: Unrichtig sei, dass den Provisionszahlungen an die Beigeladene zu 1) konkrete Vermittlungsleistungen zu Grunde gelegt hätten. Der Untervertreter-Vertrag vom 15.11.2004 sehe Zahlungen von Abschlussprovisionen vor. Die Beigeladene zu 1) habe jedoch im mündlichen Verhandlungstermin erklärt, sie habe im wesentlichen Akquisition betrieben und das Unternehmen des Klägers vorgestellt. Mit diesen Tätigkeiten seien jedoch nicht zugleich Ansprüche auf die Zahlung von Abschlussprovision verbunden gewesen. Der Abschluss des Untervertreter-Vertrages zwischen dem Kläger und der Beigeladene zu 1) habe der Generierung von Betriebsausgaben gedient, um Gewerbesteuer zu reduzieren.

Es komme auch nicht darauf an, ob das Finanzamt I Feststellungen dazu getroffen habe, dass die mit den Provisionszahlungen abgerechneten Leistungen tatsächlich nicht erbracht worden seien. Das Finanzamt I habe diesen Punkt nicht überprüft und die streitgegenständlichen Provisionszahlungen im Rahmen der Betriebsprüfung deshalb nicht als Betriebsausgaben berücksichtigt, weil die Provisionsabrechnungen nicht dem vereinbarten Berechnungsmodus im Untervertreter-Vertrag entsprochen hätten. Es habe im Prüfbericht vom 25.6.2007 die als Provisionszahlungen gebuchten Zahlungen für den Zeitraum ab Dezember 2004, die die Beigeladene zu 1) in den Einkommensteuerbescheiden für die Jahre 2004 und 2005 als Gewinn aus sonstiger selbständiger Tätigkeit versteuert habe, nicht als Betriebsausgaben des Unternehmens des Klägers anerkannt, sondern steuerlich als Privatentnahme der Eheleute qualifiziert, mit der Folge, dass bei der Beigeladenen zu 1) keine steuerlichen Einkünfte vorgelegen hätten, der Kläger jedoch wegen der Kürzung der Betriebsausgaben Gewerbesteuer und der nachträglichen Privatentnahmen Einkommensteuer habe zahlen müssen. Es werde nicht verkannt, dass eine Bindung der Sozialversicherung an die Beurteilung der Steuerpflicht durch die Finanzbehörden nicht bestehe. Gleichwohl folge die Sozialversicherungspflicht grundsätzlich der Steuerpflicht, womit der Beurteilung der Steuerpflicht durch die Finanzbehörden eine Indizwirkung zukomme.

Ferner könne nicht auf das parallel zum Untervertreter-Vertrag bestehende abhängige Beschäftigungsverhältnis der Beigeladenen zu 1) zum Kläger abgestellt werden. Das SG verkenne hier, dass die Tätigkeitsbereiche im Untervertreter-Vertrag einerseits und dem Anstellungsvertrag als Bürokräft andererseits nicht identisch seien. Im Untervertreter-Vertrag seien der Beigeladenen zu 1) für Versicherungsabschlüsse Provisionen zugesagt worden. Damit habe die Tätigkeit einer Bürokräft nichts zu tun. Dagegen spreche auch nicht die von der vereinbarten Berechnungsweise der Provisionszahlungen abweichende tatsächliche Berechnung. Denn die Berechnungsweise stehe in keinem Zusammenhang mit den unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen. Die abhängige Beschäftigung als Bürokräft sei im Umfang von acht Stunden wöchentlich im Geschäftsbetrieb des Klägers erfolgt. Sie werde von der Beklagten mit der selbstständigen Tätigkeit in anderen Räumlichkeiten insofern zu Unrecht vermengt.

In ihrer Tätigkeit als Handelsvertreterin sei die Beigeladene zu 1) selbstständig gewesen. Sie habe unstreitig ein Gewerbe angemeldet. Es

handele sich bei der Betriebsanschrift zwar um die Wohnanschrift. Die selbstständige Tätigkeit einerseits und die Tätigkeit als Beschäftigte andererseits seien an unterschiedlichen Betriebsorten, also organisatorisch unterschiedlich ausgeübt worden. Zudem sei die selbstständige Nebentätigkeit freiwillig und weisungsfrei erbracht worden und unterscheide sich darüber hinaus als Akquisitionstätigkeit inhaltlich von derjenigen Tätigkeit, die sie im Angestelltenverhältnis zu erbringen gehabt habe. Sie habe weder feste Bezüge noch Ansprüche im Krankheitsfall oder bei Urlaub gehabt. Es habe der übereinstimmende Wille zur Selbstständigkeit bestanden. Die Beigeladene zu 1) sei nicht bezüglich Zeit, Ort der Art der Tätigkeit weisungsgebunden gewesen. Sie habe einem Unternehmerrisiko unterlegen, denn sie habe keine Provisionen erhalten, wenn sie keine Verträge vermittelt habe. Die Voraussetzungen eines einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses lägen zudem nicht vor. Säumniszuschläge seien nicht zu erheben.

Es treffe auch nicht zu, dass die Angaben des Klägers im Hinblick auf die Arbeitsleistungen der Beigeladene zu 1) wenig glaubhaft seien. Insofern habe der Zeuge T vor dem SG erklärt, der Kläger habe die Auffassung des Finanzamtes I, bei den Provisionszahlungen handele es sich steuerlich um Privatentnahmen, notgedrungen akzeptiert, und zwar wegen nach Auffassung des Zeugen T nicht hinreichender Erfolgsaussichten in einem Rechtsbehelfsverfahren.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 12.10.2016 zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 21.12.2009 in der Fassung der Bescheide vom 4.7.2012 und 28.2.2013 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 23.5.2013 aufzuheben, soweit darin eine Nachforderung für die Beigeladene zu 1) in Höhe von 10.040,09 EUR inkl. Säumniszuschläge von 3.183,50 EUR festgesetzt ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend.

Der Senat hat am 20.7.2018 einen Termin zur Erörterung des Sachverhaltes mit den Beteiligten und der Beweisaufnahme durchgeführt, in welchem er den Kläger und die Beigeladene zu 1) angehört und den Zeugen T uneidlich vernommen hat. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen.

Der Senat hat den vollständigen Bericht des Finanzamtes I sowie die auf dieser Basis geänderten Einkommensteuerbescheide angefordert und die Beigeladenen zu 4) bis 6) am Verfahren beteiligt (Beschluss vom 27.8.2018). Diese haben in der mündlichen Verhandlung ebenso wie die Beigeladenen zu 1) bis 3) keine Anträge gestellt.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist durch die Prozessbevollmächtigte des Klägers sowie die Beigeladene zu 1) bestätigt worden, dass den an die Beigeladene zu 1) geleisteten Provisionszahlungen jeweils Akquiseleistungen zugrunde lagen. Die Feststellungen des Finanzamtes, wonach diese Zahlungen allerdings nicht entsprechend der Anlage zum Untervertreter-Vertrag berechnet worden sind, seien zudem zutreffen. Im Übrigen wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten in diesem Verfahren sowie in den beiden beigezogenen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes, die Niederschrift der mündlichen Verhandlung und dem Inhalt der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten. Diese sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2), 4) und 6) in der Sache verhandeln und entscheiden können, da er sie in ordnungsgemäßen Terminmitteilungen auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die am 9.11.2016 schriftlich eingelegte Berufung des Klägers gegen das ihm am 21.10.2016 zugestellte Urteil des SG Dortmund vom 12.10.2016 ist zulässig, insbesondere ohne gerichtliche Zulassung statthaft (§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz [SGG]) sowie form- und fristgerecht erhoben worden (§§ 151 Abs. 1, 3, 64, 63 SGG).

Die Berufung des Klägers ist zudem begründet. Das SG hat die für das Rechtsschutzbegehren (vgl. § 123 SGG) statthafte (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 SGG) und im Übrigen zulässige, insbesondere nach Maßgabe der §§ 87 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, 90 SGG fristgerecht am 24.6.2013 erhobene Anfechtungsklage zu Unrecht abgewiesen. Der Bescheid vom 21.12.2009 in der Fassung der nach § 86 SGG Gegenstand des Widerspruchsverfahrens gewordenen Bescheide vom 4.7.2012 und 28.2.2013 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23.5.2013 beschwert den Kläger im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG, da er hinsichtlich der auf die Beigeladene zu 1) entfallende Nachforderung rechtswidrig ist. Die Beklagte hat darin gegenüber dem Kläger die Nachentrichtung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen i.H.v. 6.856,59 EUR zzgl. Säumniszuschlägen i.H.v. 3.183,50 EUR (mithin 10.040,09 EUR) bzgl. der Beigeladenen zu 1) zu Unrecht gefordert. Nicht mehr streitgegenständlich sind demgegenüber nach den Erklärungen der Prozessbevollmächtigten des Klägers im Termin zur Erörterung des Sachverhaltes am 20.7.2018 die Nachforderung für T B S, T D C und Herrn Q B i.H.v. insgesamt 462,45 EUR.

I. Ermächtigungsgrundlage für die Feststellung der Versicherungspflicht und Beitragshöhe ist § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV. Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitgebern. Diese Vorschrift ermächtigt den zuständigen Träger der gesetzlichen Rentenversicherung auch zur Erhebung von Säumniszuschlägen gemäß § 24 SGB IV (u.a. Senat, Beschluss v. 20.1.2015, L 8 R 70/14 B ER; im Einzelnen hierzu Scheer in: jurisPK-SGB IV, 3. Auflage 2016, § 28p Rdnr. 213).

II. Der Bescheid ist formell rechtmäßig. Insbesondere ist der Kläger vor Erlass des ihn belastenden Bescheids vom 21.12.2009 ordnungsgemäß angehört worden (§ 24 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch [SGB X]). Ausweislich der Begründung des Bescheides und der Bestätigung des Zeugen T hat vor Erlass des Bescheides eine die Anhörung ersetzende Schlussbesprechung stattgefunden, an welcher

der Zeuge T für den Kläger teilgenommen hat.

III. Der streitgegenständliche Bescheid der Beklagten ist materiell rechtswidrig, soweit die Beklagte darin eine Nachforderung einschließlich Säumniszuschlägen für die Beigeladene zu 1) festgesetzt hat. Die Beigeladene zu 1) ist weder aufgrund eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses für den Kläger tätig geworden (dazu unter 1.) noch kommt eine Verbeibringung der Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit im Rahmen der Grundsätze des einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses in Betracht (dazu unter 2.).

1. Nach [§ 28e Abs. 1 SGB IV](#) hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die bei ihm Beschäftigten, d.h. die für einen versicherungspflichtigen Beschäftigten zu zahlenden Beiträge zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung ([§ 28d](#) Sätze 1 und [2 SGB IV](#)), zu entrichten. Bemessungsgrundlage für die Höhe der Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ist das beitragspflichtige Arbeitsentgelt ([§ 168 SGB VI](#), [§ 227 SGB V](#), [§ 20 SGB XI](#), [§ 342 SGB III](#) i.V.m. [§ 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)). Der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch \[SGB V\]](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch \[SGB XI\]](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \[SGB VI\]](#), [§ 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \[SGB III\]](#)).

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Beschäftigung ist gemäß [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige 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 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 beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.; vgl. BSG, Urteil v. 14.3.2018, [B 12 KR 13/17 R](#), zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen; Urteil v. 16.8.2017, [B 12 KR 14/16 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 31; Urteil v. 31.3.2017, [B 12 R 7/15 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 30; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 23.5.2017, [B 12 KR 9/16 R](#), SozR 4-2400 § 26 Nr. 4).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist regelmäßig vom - wahren und wirksamen - Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Auf dieser Grundlage ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der abhängigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. hierzu im Einzelnen BSG, Urteil v. 24.3.2016, [B 12 KR 20/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 29; Urteil v. 18.11.2015, a.a.O.; Urteil v. 29.7.2015, a.a.O.).

a) Unerheblich ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass es sich bei der Beigeladenen zu 1) um die EheT des Klägers handelt. Nach den o.g. Grundsätzen richtet sich auch, ob ein Beschäftigungsverhältnis zwischen Angehörigen besteht (BSG, Urteil v. 5.4.1956, [3 RK 65/55](#), SozR Nr. 18 [§ 164 SGG](#); BSG, Urteil v. 17.12.2002, [B 7 AL 34/02 R](#), USK 2002-42; BSG, Urteil v. 10.5.2007, [B 7a AL 8/06 R](#), USK 2007-53), wobei es jeweils auf die Umstände des Einzelfalls ankommt (Senat, Urteil v. 29.2.2012, [L 8 R 166/10](#), juris). Größere Freiheiten des als Arbeitnehmer tätigen Familienangehörigen im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern sind dabei unschädlich (BSG, Urteil v. 31.7.1963, [3 RK 46/59](#), SozR Nr. 39 zu [§ 165 RVO](#); vgl. zu Ehegatten BSG, Urteil v. 10.5.2007, [B 7 AL 8/06 R](#), juris). Entscheidend für die Beurteilung der Eingliederung und der Weisungsgebundenheit ist insbesondere, ob die Arbeitskraft im Dienst des Unternehmers eingesetzt und dabei Aufgaben erfüllt werden, die sich aus der Organisation oder der direkten Anweisung des Arbeitgebers ergeben (Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 3. Aufl., [§ 7 Rdnr. 146](#); Senat, Urteil v. 29.2.2012, [a.a.O.](#); jeweils m.w.N.; Senat, Urteil v. 15.1.2014, [L 8 R 42/09](#), Rdnr. 33, juris; Senat, Urteil v. 5.10.2016 [L 8 R 250/14](#), juris).

b) Die Beklagte war auch nicht an die Ergebnisse der durch das Finanzamt I durchgeführten Betriebsprüfung gebunden. Die steuerrechtliche Einordnung als Privatentnahme oder Betriebsausgabe indiziert keine entsprechende Behandlung in der Sozialversicherung (BSG, Urteil v. 26.3.1998, [B 12 KR 17/97 R](#), [SozR 3-2400 § 14 Nr. 15](#)).

c) Es verbleibt dementsprechend bei den o.g. allgemeinen Grundsätzen. Ausgangspunkt der Prüfung ist mithin die Vertragslage.

aa) Im Rahmen der Abwägung gewinnt dabei der am 15.12.1993 zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) geschlossene Arbeitsvertrag keine Relevanz. In diesem verpflichtete sich die Beigeladene zu 1), am Betriebssitz des Klägers entgeltlich als Bürogehilfin mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von acht Stunden tätig zu werden. Ihre Aufgaben bestanden nach [§ 1](#) des Arbeitsvertrages in der Bearbeitung der Post, der Terminvergabe, dem Telefondienst, der Ablage sowie der Durchführung von Abrechnungen. Dies hat die Beigeladene zu 1) im Wesentlichen auch im Termin zur Erörterung des Sachverhaltes vor dem Senat bestätigt. Danach war sie an zwei bis drei Tagen in der Woche jeweils einen halben Tag vor Ort im Büro und habe typische Bürotätigkeiten durchgeführt.

(1) Weder die im Vertrag vom 15.11.2004 niedergelegten Aufgaben und Pflichten der Beigeladenen zu 1) (vgl. [§§ 1, 2](#) des Untervertreter-Vertrages) noch die durch die Beigeladene zu 1) geschilderten tatsächlich durchgeführten Akquisetätigkeiten lassen sich unter die in [§ 1](#) des Arbeitsvertrages definierten Tätigkeiten einer Bürogehilfin subsumieren. Zudem waren sie nach [§ 1](#) des Arbeitsvertrages "im Betrieb" und somit am Betriebssitz des Klägers auszuüben. Die Akquise führte die Beigeladene zu 1) nach ihren unwidersprochenen Erläuterungen im Termin hingegen vereinbarungsgemäß gerade nicht von dort aus durch.

(2) Ferner ist zur Überzeugung des Senats auch nicht davon auszugehen, dass die im Jahr 2004 in [§§ 1, 2](#) des Untervertreter-Vertrages

vereinbarten bzw. durch die Beigeladene zu 1) geschilderten Tätigkeiten im Bereich der Neukundenakquise ursprünglich dem Arbeitsvertrag stillschweigend unterfielen und mit Abschluss des Vertrages vom 15.11.2004 abgespalten wurden. Zwar enthält der Arbeitsvertrag v. 15.12.1993 in § 9 nur eine einfache Schriftformklausel, allerdings bestehen für den Senat keine Anhaltspunkte dahingehend, dass der Arbeitsvertrag mit Rechtsbindungswillen der Vertragsparteien um - nicht artverwandte - Tätigkeiten für die zudem ein abweichendes Vergütungssystem gelten sollte, erweitert worden ist. Bei verständiger Würdigung handelte es sich stattdessen um zwei voneinander getrennte Tätigkeiten. Tatsächlich ist auch nicht belegt, dass die Beigeladene zu 1) entsprechende Tätigkeiten für den Kläger bereits vor Dezember 2004 durchgeführt hat.

bb) Als maßgeblich ist damit der Abwägungsentscheidung der Vertrag vom 15.11.2004 und seine tatsächliche Ausgestaltung zugrunde zu legen.

(1) Nach Ausschöpfung der zur Verfügung stehenden Beweismittel ist nicht mit der für den Vollbeweis notwendigen an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit festzustellen, dass dieser Vertrag nicht den - wahren und wirksamen - Inhalt der zwischen den Beteiligten geschlossenen Vereinbarung widerspiegelt. Die Nichterweislichkeit geht zulasten der Beklagten.

So ist nicht feststellbar, dass der Vertrag im Sinne eines Scheingeschäftes nach [§ 117 Abs. 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nichtig ist. Nach [§ 117 Abs. 1 BGB](#) ist eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben nichtig, wenn sie mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben ist. Dabei ist eine Willenserklärung nur zum Schein abgegeben, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Anschein des Abschlusses eines rechtsgültigen Geschäftes hervorrufen, die mit diesem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen dagegen nicht eintreten lassen wollen. Maßgeblich ist insofern der übereinstimmende Parteiwille. Entscheidende Bedeutung kommt dabei der Frage zu, ob die Parteien die zivilrechtliche Wirksamkeit des Geschäftes ernstlich wollen oder nicht. Hierbei ist zur berücksichtigen, ob die Parteien zur Erreichung des mit dem Rechtsgeschäfts erstrebten Erfolgs ein Scheingeschäft für genügend oder ein zivilrechtlich wirksames, ernst gemeintes Rechtsgeschäft für notwendig erachtet haben. Ersteres spricht für, letzteres gegen das Vorliegen eines Scheingeschäftes. Ferner stellen Geschäfte, die nur im Falle ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit den angestrebten steuerrechtlichen Zweck erfüllen, regelmäßig keine Scheingeschäfte nach [§ 117 Abs. 1 BGB](#) dar. Dieser Grundsatz gilt nur dann nicht, wenn die Parteien eine Steuerhinterziehung begehen wollen (Illmer in: jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 117 Rdnr. 4ff. u.a. mit Verweis auf: Bundesgerichtshof [BGH], Urteil v. 17.12.2002, [XI ZR 290/01](#); BGH, Urteil v. 20.7.2006, [IX ZR 226/03](#), jeweils juris).

Der Vortrag der Beigeladenen zu 1), dass der Untervertreter-Vertrag in wesentlichen Punkten in Vollzug gesetzt worden ist, ist nicht widerlegt. Sie hat ein Gewerbe angemeldet und zumindest Akquiseleistungen im Bereich der Neukundenakquise für den Kläger getätigt. Diese Leistungen wurden im Gegenzug durch Provisionszahlungen des Klägers erfolgsabhängig honoriert, auch wenn die Berechnungsweise nicht den Vereinbarungen in der Anlage zu § 4 des Untervertreter-Vertrages entsprach. Die Zahlungen wurden in der Buchhaltung des Klägers mit der Bezeichnung "Prov." verbucht und an die Beigeladene zu 1) ausgezahlt. Sowohl Leistungen als auch Provisionshöhe wurden durch den Kläger gegenüber der Beigeladenen zu 1) schriftlich bestätigt, wie die aus den Jahren 2006 und 2007 im Rahmen der Betriebsprüfung der Beklagten vorgelegten Anschreiben über Vermittlungsprovisionen für die Vermittlung verschiedener Versicherungs- und Bausparverträge zeigten.

(2) Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung sprechen der zugrunde zulegende Untervertreter-Vertrages vom 15.11.2004 und dessen Umsetzung eher für eine selbständige Tätigkeit.

(a) Schriftliche Ergänzungen oder Vertragsänderungen zu diesem Vertrag liegen ebenso wenig vor wie eine Aufhebung des Formerfordernisses nach § 13 Satz 2 des Untervertreter-Vertrages. Der Senat hat auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Untervertreter-Vertrag nachträglich durch die Vertragsparteien mit Rechtsbindungswillen aufgehoben worden ist.

Den Vertragsparteien ist auch eine konkludente Vertragsänderung durch schlüssiges Verhalten aufgrund der in § 13 Satz 2 des Untervertreter-Vertrages vereinbarten doppelten Schriftformklausel verwehrt gewesen. Bei dieser Klausel hat es sich auch nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gehandelt, die nach [§ 307 BGB](#) unwirksam ist. Zunächst ist nicht ersichtlich, dass der Kläger als Verwender einseitig beabsichtigte, den am 15.11.2004 geschlossenen Vertrag oder Teile von diesem für eine Vielzahl von Verträgen als vorformulierte Vertragsbedingung zu nutzen ([§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB](#)). Stattdessen hat die Beigeladene zu 1) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat darauf hingewiesen, dass der Vertrag von dem Kläger und ihr ausgearbeitet worden sei. Zwar habe der Kläger ein Vertragsmuster mitgebracht. Dieses sei allerdings auf ihre Bedürfnisse angepasst worden. Nach ihren Erkenntnissen sei dieser Vertrag dann auch nur im Verhältnis zu ihr eingesetzt worden. Das spricht gerade für eine individualvertragliche Vereinbarung der Vertragsparteien. Anhaltspunkte dafür, dass der Anwendungsbereich des [§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB](#) eröffnet ist, weil die Beigeladene zu 1) auf die Formulierung der Vertragsbedingungen keinen Einfluss nehmen konnte, bestehen daher nicht. Vor diesem Hintergrund kommt es auf die Frage der wirksamen Vereinbarung eines doppelten Schriftformerfordernis in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht an (dazu Schmidt in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Auflage. 2016, Kap. 41 Rdnr. 7ff.; Senat, Urteil v. 8.2.2017, [L 8 R 497/16](#), juris).

(b) Den Ausführungen der Beklagten, die durch die Beigeladene zu 1) auch zu ihrer Überzeugung durchgeführten Neukundenakquisition seien im Rahmen der Arbeitsorganisation des Klägers nach dessen Weisungen durchgeführt worden, ist bereits nicht zu entnehmen, auf welcher anderen vertraglichen Grundlage die aus ihrer Sicht anzunehmende Beschäftigung gegen Entgelt durchgeführt worden ist.

Der Senat hat bereits ausgeführt, dass ein Rückgriff auf den Arbeitsvertrag v. 15.12.1993 nicht in Betracht kommt. Eine dritte, von diesem und dem Untervertreter-Vertrag unabhängig bestehende und mit Rechtsbindungswillen der Vertragsparteien geschlossene Vereinbarung konnte der Senat nicht feststellen. Stattdessen hat die Beigeladene zu 1) noch im Termin zur mündlichen Verhandlung erklärt, dass der Untervertreter-Vertrag durch den Kläger und sie entsprechend ihren Bedürfnissen angepasst und abgeschlossen worden ist. Weitere Personen waren in den Vertragsschluss nicht involviert.

(c) Die Beigeladene zu 1) ist unter Berücksichtigung des Untervertreter-Vertrages nicht in einem Maß weisungsgebunden in die Arbeitsorganisation des Klägers eingegliedert worden, wie dies für eine abhängige Beschäftigung prägend ist. Angesichts dessen berechtigt das weitgehende Fehlen einer eigenen Betriebsstätte mit eigener Arbeitsorganisation sowie die höchstpersönliche Leistungserbringung in der Gesamtschau nicht zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung (Senat, Urteil v. 28.2.2018, [L 8 R 1033/15](#), juris).

So schlossen die Vertragsparteien schriftlich einen Untervertreter-Vertrag, der im Wesentlichen dem gesetzlichen Leitbild des Handelsvertretervertrages i.S.d. [§§ 84ff HGB](#) entspricht und auch in der tatsächlichen Ausführung keine maßgeblichen Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung liefert. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, diesem Willen keine oder nur eine ganz untergeordnete Bedeutung beizumessen ist, weil zwischen den Vertragsparteien ein erhebliches Ungleichgewicht der Verhandlungspositionen in dem Sinne bestand, dass die Beigeladene zu 1) ggf. keine Möglichkeit gehabt hätte, ihren Wunsch nach Begründung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses durchzusetzen (BSG, Urteil v. 18.11.2015, a.a.O.). Denn die Beigeladene zu 1) führte parallel unstreitig im Rahmen eines Arbeitsvertrages Bürotätigkeiten für den Kläger aus.

(aa) Rechtlich verankerte Weisungsbefugnisse, kraft derer der Kläger befugt war, gegenüber der Beigeladenen zu 1) - zumindest im Sinne einer funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess - Anordnungen in inhaltlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht zu erteilen, haben die an der Auftragsbeziehung Beteiligten nicht wirksam vereinbart. Auch die tatsächliche Umsetzung des Vertragsverhältnisses ergibt keine Anhaltspunkte für eine rechtlich gewollte Befugnis des Klägers, der Beigeladenen zu 1) einseitig konkretisierende Anordnungen zu erteilen.

In § 2 Abs. 1 des Untervertreter-Vertrages haben die Vertragsparteien die im Wesentlichen freie Bestimmung der Art der Durchführung ihrer Tätigkeit vereinbart. Die der Beigeladenen zu 1) im Übrigen vertraglich auferlegten Pflichten ergeben sich im Wesentlichen aus [§ 86 Abs. 1 bis 3 HGB](#), die nach [§ 86 Abs. 4 HGB](#) auch nicht abdingbar sind, und insofern der Annahme einer selbständigen Tätigkeit bereits nach der gesetzgeberischen Wertung des [§ 84 Abs. 1 Satz 1 HGB](#) nicht entgegenstehen.

In tatsächlicher Hinsicht sind Weisungen bzw. Weisungsrechte des Klägers an die Beigeladene zu 1), welche Kundenkreise sie anzusprechen oder in welcher Form sie welche Produkte anzubieten hatte, nicht erkennbar.

In örtlicher Hinsicht ist dem Untervertreter-Vertrag nicht zu entnehmen, wo die Beigeladene zu 1) ihre Tätigkeit auszuüben hatte. Sie durfte demnach ihren Arbeitsort eigenverantwortlich bestimmen. Tatsächlich meldete sie ihr Gewerbe nicht am Unternehmenssitz des Klägers sondern unter ihrer damaligen Wohnanschrift an. Sie führte - wie bereits ausgeführt - die Neukundenakquise auch nicht am Betriebssitz des Klägers durch. Potentielle Neukunden, die sich nicht bereits aus eigenem Antrieb an den Kläger wandten, wurden von der Beigeladenen zu 1) im Rahmen einer "Kaltakquise" generiert. Nach ihren Erläuterungen war diese allenfalls im Rahmen eines persönlichen Gesprächs erfolgversprechend. Daher hatte sie die Orte aufzusuchen, an denen sie mögliche Kunden treffen konnte. Dass diese Orte ihr einseitig durch den Kläger vorgegeben wurden, dafür bestehen keine Anhaltspunkte.

Nicht maßgeblich für ein Weisungsrecht in zeitlicher Hinsicht sprechen die §§ 1 Abs. 2, 2 Abs. 1 des Untervertreter-Vertrages. Zwar hat sich die Beigeladene zu 1) darin verpflichtet, ihre Arbeitskraft auf die Führung der Agentur als Hauptberuf zu konzentrieren. Damit korrespondiert § 5 Abs. 1 Satz 1 des Untervertreter-Vertrages, wonach die Beigeladene zu 1) ausschließlich für den Kläger tätig wurde und andere Tätigkeiten nur ausgeübt werden durften, soweit sie mit den Verpflichtungen aus dem Vertrag vereinbar waren, § 5 Abs. 2 des Untervertreter-Vertrages.

Allerdings führt dies aus Sicht des Senats nicht dazu, dass entgegen [§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB](#) die Arbeitszeit der Beigeladenen zu 1) nicht mehr frei bestimmbar gewesen ist. Zunächst haben die Vertragsparteien zwar eine hauptberufliche Ausführung aber kein konkretes zeitliches Arbeitsvolumen vereinbart. Ein daraus resultierendes einseitiges Heranziehungsrecht des Klägers gegenüber der Beigeladenen zu 1) ist demgemäß nicht erkennbar. Tatsächlich hat die Beigeladene zu 1) nach ihren Erläuterungen auch mehr Stunden auf die Neukundeakquise verwandt als auch ihre Bürotätigkeit.

(bb) Indizien, die die Annahme einer Eingliederung der Beigeladenen zu 1) in die Arbeitsorganisation des Klägers tragen, sind in der schriftlichen Vereinbarung nicht in einem eine abhängige Beschäftigung prägenden Umfang statuiert worden. Nach den getroffenen gerichtlichen Feststellungen lässt auch die tatsächliche Umsetzung der Vereinbarung eine wesentliche Eingliederung in die Organisation des Klägers nicht erkennen.

Dass der Kläger die Beigeladene zu 1) nach § 3 des Untervertreter-Vertrages in der Ausübung ihrer Tätigkeit zu unterstützen und ihr Arbeitsmaterialien zur Verfügung zu stellen hatte, ist kein Merkmal der Eingliederung sondern folgt aus [§ 86a HGB](#). Vergleichbares gilt für die grundsätzliche Einbindung eines Untervertreters in die Vertriebsstruktur des Generalagenten (zum Untervertreter vgl. [§ 84 Abs. 3 HGB](#)). Es war zudem nicht feststellbar, dass die Beigeladene zu 1) in tatsächlicher Hinsicht maßgeblich die betriebliche oder personelle Infrastruktur des Klägers zur Neukundeakquise nutzte. Sie verwandte lediglich Flyer seines Geschäftsbetriebes. Dass sie den Kläger über eine erfolgreiche Neukundengewinnung informierte, beinhaltet bereits die vertraglich geschuldete Leistung.

(cc) Angesichts des Umstandes, dass sich die in [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) gesetzlich ausdrücklich hervorgehobenen ("insbesondere") Kriterien für eine abhängige Beschäftigung einer Weisungsgebundenheit und Eingliederung in einen fremdem - nämlich den klägerischen - Betrieb nicht bzw. allenfalls in geringem Maße feststellen lassen, gewinnt es im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung nicht an entscheidender Bedeutung, dass die Beigeladene zu 1) im Streitzeitraum nicht über eine eigene Betriebsstätte in dem zu fordernden Ausmaß (vgl. BSG, Urteil v. 18.11.2015, a.a.O.; Senat, Urteil v. 14.3.2018, [L 8 R 1052/14](#), juris) verfügte und die Tätigkeit höchstpersönlich ausgeübt hat (vgl. Senat, Urteil v. 8.2.2017, [L 8 R 162/15](#), juris). Zudem hatte Beigeladene zu 1) die Möglichkeit, über ihre eigene Arbeitskraft und -zeit selbst zu entscheiden.

Darüber hinaus hat die Beigeladene zu 1) wesentliches unternehmerisches Risiko getragen. Maßgebendes Kriterium für ein unternehmerisches Risiko ist nach den von dem BSG entwickelten Grundsätzen (vgl. etwa BSG, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#) S. 36 m.w.N.; BSG, Urteil v. 25.1.2011, [B 12 KR 17/00 R](#), SozR 2001, 329, 331; BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris, Rdnr. 27; BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), USK 2011-125, juris Rdnr. 25 f.), der sich der Senat in seiner ständigen Rechtsprechung bereits angeschlossen hat (vgl. nur Senat, Urteil v. 22.4.2015, [L 8 R 680/12](#)), ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft (vgl. schon BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 17 S. 37; BSG SozR -3-2400 § 7 Nr. 13 S. 36 m.w.N.; BSG Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris Rdnr. 27; BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), USK 2011-125, juris Rdnr. 25 f.)

oder größere Verdienstmöglichkeiten gegenüberstehen (vgl. BSG [SozR 2400 § 2 Nr. 19](#), S. 30; BSG, Urteil v. 25.1.2001, [B 12 KR 17/00 R](#), SozVers. 2001, 329, 332; BSG, Urteil v. 31.3.2015, [B 12 KR 17/13 R](#), juris, Rdnr. 27).

Als Vergütung erhielt die Beigeladene zu 1) allein erfolgsabhängige Provisionszahlungen, die untypisch im Rahmen abhängiger Beschäftigungen sind. Dass deren Berechnung nicht der Anlage zu § 4 des Untervertreter-Vertrages entsprach, steht dem nicht entgegen. Insofern setzte die Beigeladene zu 1) ihre Arbeitskraft ein, ohne eine garantierte Vergütung dafür zu erhalten. Legt man zudem § 4 des Untervertreter-Vertrages zugrunde, entfiel der Provisionsanspruch zudem oder musste zurückgezahlt werden, wenn der Versicherungsnehmer nicht leistete bzw. Prämienzahlungen nicht erbracht wurden. Auf Verlangen des Klägers war entsprechende Sicherheit zu stellen. Andererseits konnte die Beigeladene zu 1) durch einen erfolgreichen Einsatz ihrer Arbeitskraft ihre Vergütung erheblich steigern.

2. Eine Beitragspflicht der für die selbstständige Tätigkeit erhaltenen Entgelte kommt auch nach den Grundsätzen eines einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses nicht in Betracht.

a) Ein solches ist anzunehmen, wenn die selbstständige Tätigkeit aufgrund der abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird, in diese zeitlich, örtlich, organisatorisch und inhaltlich eingebunden, im Verhältnis zur Beschäftigung nebensächlich ist und daher insgesamt wie ein Teil der abhängigen Beschäftigung erscheint. Zur Abgrenzung kommt es in erster Linie auf die tatsächlichen Verhältnisse an (BSG, Urteil v. 3.2.1994, [12 RK 18/93](#), [SozR 3-2400 § 14 Nr. 8](#), Rdnr. 18; BSG, Urteil v. 26.3.1998, [a.a.O.](#)). Eine Grenze findet die einheitliche Beschäftigung dort, wo der Zusammenhang zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit kein notwendiger mehr ist, insbesondere wenn weder die selbstständige Tätigkeit als solche noch die konkrete Art und Weise ihrer Ausübung vom Bestand der Beschäftigung als solcher abhängig ist (Werner in: jurisPK-SGB IV, 3. Aufl., § 14 Rdnr. 82; BSG, Urteil v. 26.3.1998, [a.a.O.](#); BSG, Urteil v. 31.10.2012; [B 12 R 1/11 R](#), SozR 4-2400 § 14 Nr. 16, Rdnr. 16f.). Dabei liegt eine Abhängigkeit von der Art der Tätigkeit bereits dann vor, wenn aus der Beschäftigung gewonnene Kenntnisse und Erfahrungen für die Tätigkeit genutzt werden (BSG, Urteil v. 31.10.2012, [a.a.O.](#)). Demgegenüber liegt eine gemischte Tätigkeit vor, wenn die selbstständige Tätigkeit im Wesentlichen neben der Beschäftigung und unabhängig von ihr ausgeübt wird (BSG, Urteil v. 3.2.1994, [a.a.O.](#), Rdnr. 18).

b) Nach der vertraglichen Ausgestaltung der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und ihrer tatsächlichen Umsetzung ist nicht von einem einheitlichen Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Beides steht in keinem notwendigen Zusammenhang zu den aufgrund des Arbeitsvertrages v. 15.12.1993 ausgeübten Aufgaben als Bürogehilfin.

Zunächst steht der Untervertreter-Vertrag in keinem rechtlichen Bezug zu dem bestehenden Beschäftigungsverhältnis. Auch eine notwendige Verknüpfung beider Tätigkeiten in tatsächlicher Hinsicht ist nicht ersichtlich. Eingedenk der §§ 1, Abs. 2, 2 Abs. 1 des Untervertreter-Vertrags ("hauptberuflich") kann auch nicht von einer aus Sicht der Vertragsschließenden nur nebensächlichen Tätigkeit ausgegangen werden. Anhaltspunkte für jegliche Art der Einbindung in die artfremde Tätigkeit als Bürogehilfin sind dem Vertrag gleichfalls nicht zu entnehmen und auch nicht vorgetragen worden.

Auch im Rahmen der tatsächlichen Umsetzung ist bereits nicht ersichtlich, weshalb die Gewinnung von Neukunden aufgrund der Beschäftigung als Bürogehilfin ausgeübt werden musste. So begründet insbesondere die zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) bestehende Ehe keine Notwendigkeit, mit der Neukundenwerbung den im Betrieb bereits beschäftigten Ehepartner zu beauftragen. Diese Tätigkeit war auch weder zeitlich, örtlich, organisatorisch oder inhaltlich in das Beschäftigungsverhältnis eingebunden noch im Verhältnis dazu nebensächlich. Stattdessen führte die Beigeladene zu 1) die Akquise für den Kläger weder an dessen Betriebssitz noch während der in § 2 des Arbeitsvertrages geregelten Arbeitszeit als Bürogehilfin von acht Stunden pro Woche durch. Sie nutzte dafür nicht die betriebliche Infrastruktur, um z.B. Werbeevents zu organisieren oder Termine mit potentiellen Neukunden zu vereinbaren. Sie hatte eigene Visitenkarten und benötigte nach eigenen Angaben lediglich Flyer des klägerischen Geschäftsbetriebes. Die Initiative, wo und auf welche Weise sie auf Neukunden zuzuging, lag allein bei ihr.

Es ist auch nicht erkennbar, dass die Beigeladene zu 1) maßgeblich unmittelbar aus ihrer Bürotätigkeit gewonnene Erfahrungen und Kenntnisse für den Neukundeneinsatz genutzt hat. So nutzte es ihr gerade nicht, dass sie ggf. Kenntnisse über den bestehenden Kundenstamm des Klägers hatte, denn dafür war sie nicht zuständig. Auch die weiteren sich aus § 1 des Arbeitsvertrages ergebenden Aufgabengebiete wie die Bearbeitung von Post, die Vereinbarung von Terminen, der Telefondienst und die Ablage lieferten keine zwingend nutzbaren Erkenntnisse, um initiativ Neukunden zu werben. Die Tätigkeit war zudem nicht als solche bzw. in der Art und Weise ihrer Ausübung vom Bestand der Bürotätigkeit i.S.e. notwendigen Zusammenhanges abhängig. Dagegen spricht bereits, dass die Vertragsparteien dafür getrennte Vertragswerke abgeschlossen haben. Die für die Werbung erforderlichen Kenntnisse über sein Unternehmen und sein Produktportfolio hätte der Kläger der Beigeladenen zu 1) auch ohne Abschluss eines Beschäftigungsverhältnisses vermitteln können. Da bereits die Vertragsverhandlungen mit Neukunden - mangels Kenntnissen der Beigeladenen zu 1) - durch den Kläger übernommen wurden, war aus Sicht des Senats für die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) nur ein rudimentärer Informationsfluss erforderlich.

Letztlich stellt sich die Neukundengewinnung auch nicht als gegenüber der ausgeübten Beschäftigung nebensächlich dar. So hat nach Angaben der Beigeladenen zu 1) der zeitliche Aufwand pro Woche über demjenigen gelegen, den sie aufgrund vertraglicher Verpflichtung für Bürotätigkeiten ausübte. Auch in finanzieller Hinsicht sind die Provisionszahlungen gegenüber dem Entgelt aus abhängiger Beschäftigung nicht als untergeordnet zu bewerten. Dem den Lohnkonten der Jahre 2004 bis 2007 zu entnehmenden Arbeitsentgelt von 5.280,00 EUR standen Provisionszahlungen von 5.705,00 EUR (12/2004), 3.819,00 EUR (2005), 4.130,00 EUR (2006) und 1.730,00 EUR (bis 5/2007) gegenüber. Damit beliefen sich selbst im Jahr 2005 die Provisionszahlungen auf ca. 70% ihres Jahresarbeitsentgeltes.

3. Die Säumniszuschläge entfallen vor diesem Hintergrund aufgrund ihrer Akzessorietät zur Hauptforderung.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Eine Übernahme der Kosten der Beigeladenen durch die Beklagte entspricht nicht der Billigkeit, da diese auf eine eigene Antragstellung verzichtet haben (vgl. [§§ 162 Abs. 3](#), [154 Abs. 3 VwGO](#)).

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor, da der Senat seine Entscheidung in einem Einzelfall auf der Grundlage der Rechtsprechung des BSG getroffen hat.

Der Streitwert bestimmt sich gemäß [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 52 Abs. 1](#), 3 Gerichtskostengesetz nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden (wirtschaftlichen) Bedeutung.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2019-04-02