

L 1 KR 175/12

Land

Freistaat Sachsen

Sozialgericht

Sächsisches LSG

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

1

1. Instanz

SG Leipzig (FSS)

Aktenzeichen

S 8 KR 94/10

Datum

26.06.2012

2. Instanz

Sächsisches LSG

Aktenzeichen

L 1 KR 175/12

Datum

10.09.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Zum Bestehen eines der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und im Recht der Arbeitsförderung unterliegenden Beschäftigungsverhältnisses eines Merchandisers

2. Zum Vorliegen eines Unternehmerrisikos

I. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Leipzig vom 26. Juni 2012 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass sie die außergerichtlichen Kosten des Klägers zu tragen hat.

II. Die Beklagte trägt auch die außergerichtlichen Kosten des Klägers im Berufungsverfahren.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger und Berufungsbeklagter (im Folgenden: Kläger) in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 in der Zeit vom 1. Januar bis 4. September 2009 im Bereich Merchandising und Außendienst wegen Beschäftigung der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

Am 18. Februar 2009 beantragten der 1952 geborene Kläger und die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1, die CHC C H S & Services GmbH & Co KG, bei der Beklagten und Berufungsklägerin (im Folgenden: Beklagte) die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers für die von diesem bei der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 ausgeübten Tätigkeit "Merchandising und Außendienst". Im Antragsformular wurde die Tätigkeit mit "Betreuung von Kundengruppen, Neueinrichtung, Umbau von Einrichtungen" umschrieben sowie angeführt, dass dem Kläger die eigenständige Betreuung von Kundengruppen, eigene Rechnungslegung, die freie Wahl der Servicetätigkeiten, eigener Kapitaleinsatz und eigene Investitionen oblägen. Außerdem wurden zwei weitere Auftraggeber benannt. Auf Nachfrage der Beklagten gab der Kläger weiter an, er sei als freier Mitarbeiter für den Vertriebspool der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 tätig. Seine Tätigkeit beinhalte Umbauten/Neueinrichtungen und Leasingaußendienst für verschiedene Lieferanten. Seine Daten seien der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 mittels eines Agenturfassungsbogens übergeben worden. Seine Aufträge erhalte er per telefonischer oder elektronischer Anfrage aus dem Vertriebspool. Über bestimmte Arbeitsaufgaben werde dann eine Honorarvereinbarung abgeschlossen, für bestimmte Betreuungsaufgaben im Außendienst seien Festsätze vereinbart. Arbeitsmittel würden ihm nicht zur Verfügung gestellt. Er benötige für seine Tätigkeit einen PKW und einen Laptop, die in seinem Eigentum stünden. Alle Arbeiten würden von ihm persönlich und im gesamten Bundesgebiet durchgeführt. Er rechne direkt gegenüber der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 ab. Er habe ein Gewerbe auf "Handelsvertretung und Merchandising D G " angemeldet. Entsprechende Belege (Rechnungen, Gewerberegisterauszug) waren beigelegt.

Unter dem 17. Juni 2009 hörte die Beklagte sowohl den Kläger als auch die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 zur beabsichtigten Feststellung einer abhängigen Beschäftigung an. Im Anhörungsverfahren machte der Kläger geltend, dass er als Selbstständiger in der Branche Merchandising tätig und nicht persönlich abhängig sei. Er unterliege keinerlei Weisungen. Aufträge führe er für verschiedene Auftraggeber, die er bereits benannt habe, aus. Für Aufträge dieser Firmen bewerbe er sich. Die Firmen seien ihm gegenüber nicht weisungsberechtigt, er könne jederzeit Aufträge ablehnen. Nachdem er einen Auftrag erhalten habe, werde der Zeitpunkt der Durchführung gemeinsam abgestimmt. Die Durchführung selbst lege er fest. Nach Erledigung des Auftrags erfolge eine Abnahme, die protokolliert werde. Danach stelle er gegenüber der jeweiligen Firma auf seinen Namen eine Rechnung aus. Bei nicht ordnungsgemäßer Ausführung des Auftrags erfolge keine Bezahlung. Für die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 habe er bislang nur einen Auftrag ausgeführt. Die für

seine Tätigkeiten benötigten Arbeitsmittel – PKW, Laptop sowie verschiedene Werkzeuge – stünden in seinem Eigentum. Er setze daher für seine Tätigkeit eigenes Kapital ein. Alle Aufträge führe er auf eigenes Risiko aus und trage alle Kosten vorher. Er sei privat krankenversichert und bediene zur Altersvorsorge einen Fondssparplan.

Mit Bescheiden vom 1. September 2009 stellte die Beklagte sowohl gegenüber der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 als auch gegenüber dem Kläger fest, dass dessen Tätigkeit im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Dem Grunde nach bestehe Versicherungspflicht mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche, dass nach Auftragserteilung der Aktionszeitraum, die Aktionszeiten und der Aktionsort vorgegeben seien. Die Wahl der Arbeitszeit werde nicht nur durch die Vorgaben der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1 oder deren Kunden vorgegeben, sondern auch durch den zeitlichen Rahmen der Geschäfts- oder Öffnungszeiten der Unternehmen bzw. Messen oder Kongresse bestimmt. Vorgaben des Auftraggebers bzw. dessen Kunden seien einzuhalten. Ein eigener Gestaltungsspielraum hinsichtlich Art und Weise der Ausführung der Tätigkeit bestehe nicht. Die Vergütung werde als Pauschale gezahlt, welche kein Gewinn- oder Verlustrisiko beinhalte. Ein höherer Gewinn könne nur durch Mehrarbeit verwirklicht werden. Kosten für tätigkeitsbedingte Übernachtungen würden ersetzt. Der Kläger setze kein eigenes Kapital ein, für das bei Erzielung geringerer Umsätze eine Verlustgefahr bestehe. Es fehle daher an einem typischen Unternehmerrisiko. Grundlage der Honorarauszahlung sei eine vom Auftraggeber vorzulegende Bestätigung der Tätigkeit am Erfüllungsort. Auch wenn für eine selbstständige Tätigkeit spreche, dass der Kläger für weitere Auftraggeber tätig sei und auch Aufträge ablehnen könne, überwögen bei einer Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Am 11. September 2009 legte der Kläger Widerspruch ein und machte geltend, für seine Selbstständigkeit spreche, dass er ohne jedwede Information der Beigeladenen zu 1 andere Berufe und gewerbliche Aktivitäten ausüben könne. Ein Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit ergebe sich lediglich durch Rücksichtnahmen auf die Erfordernisse, die sich aus der Tätigkeit in Räumlichkeiten Dritter ergäben. Dies liege in der Natur der Sache, denn Arbeiten in einem Verbrauchermarkt seien nur während dessen Öffnungszeiten möglich. Auch bestehe für ihn ein unternehmerisches Risiko, wenn er einen Auftrag ablehnen müsse oder gar keine Aufträge erhalte. Er setze eigene Betriebsmittel wie sein Kraftfahrzeug und notwendige Kommunikationsmittel ein. Auch die Vergütung als Pauschale spreche für eine selbstständige Tätigkeit.

Die zwischenzeitlich unter ihrer jetzigen Firma auftretende Beigeladene zu 1 legte am 1. Oktober 2009 ebenfalls Widerspruch ein. Auch sie verwies auf die Freiheit des Klägers, neben ihr für andere Auftraggeber tätig zu sein. Dieser unterliege weder in fachlicher noch in zeitlicher Hinsicht Weisungen. Der Inhalt der vertraglich geschuldeten Leistungen sei im jeweiligen Auftragsangebot und im Einsatzplan geregelt und damit dem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1 entzogen. Genannt würden der Ort der Aktion, in Stichworten die durchzuführende Tätigkeit sowie der angestrebte Zeitraum und das Honorar. Dem Kläger stehe es frei, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Nehme er den Auftrag an, sei er umgekehrt an den Inhalt der geschuldeten Leistung vertraglich gebunden. Die inhaltliche und zeitliche Vorgabe sei aber keine arbeitgeberseitige Weisung, sondern Inhalt des Auftrags. Außerdem legte die Beigeladene zu 1 sämtliche vom Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum ausgestellten Rechnungen, die von der Beigeladenen zu 1 für deren Kunden an den Kläger vermittelten Aufträge sowie die Umbaupläne für die jeweiligen Märkte vor.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 23. März 2010 wies die Beklagte die Widersprüche des Klägers und der Beigeladenen zu 1 zurück. Die Tätigkeiten des Klägers im Bereich Umbauten und Neueinrichtungen mit entsprechender Präsentation von Waren in Märkten, um die Kaufkraft der Kunden zu fördern, stellten untergeordnete Arbeiten dar, ebenso wie das zum Tätigkeitsbereich zählende regelmäßige Überprüfen der Bestände und das Auffüllen der Regale einschließlich Sonderaufbauten. Bei derartigen Arbeiten sei eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers eher anzunehmen als bei gehobeneren Tätigkeiten. Auch wenn eine unternehmerische Betätigung nicht notwendigerweise eine besondere berufliche Qualifikation voraussetze, stünden die Art der Arbeit und die Weisungsbefugnisse des Auftraggebers doch insofern in einem Wechselverhältnis zueinander, als bei einfachen Arbeiten schon organisatorische Dinge betreffende Weisungen den Beschäftigten in der Ausübung der Arbeit festlegten und damit in den Organismus des Betriebs eingegliedert erscheinen ließen. Die Beigeladene zu 1 lege mit ihren Kunden vertraglich die Modalitäten und Rahmenbedingungen über durchzuführende Warenpräsentationen/Merchandiseaufträge fest und gebe die mit den Kunden vereinbarten konkreten Maßnahmen mit den entsprechenden Vorgaben hinsichtlich Zeit, Art und Umfang der Tätigkeit an den Kläger weiter. Hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort habe er somit nur scheinbar Gestaltungsmöglichkeiten. Der jeweilige Einsatzort stehe bei Annahme des Auftrags nämlich bereits fest und sei somit zwangsläufig durch den Auftraggeber vorgegeben. Zwar habe der Kläger die Möglichkeit, seine Arbeitszeit selbst zu gestalten, doch liege darin keine Weisungsfreiheit. Die Arbeitszeit ergebe sich aus der Ausgestaltung der Tätigkeit und orientiere sich an den Öffnungszeiten der Fachmärkte. Auch sei der Kläger verpflichtet, die Märkte in einem bestimmten Rhythmus aufzusuchen. Der zeitliche Rahmen der Tätigkeit sei somit hinreichend in der Weise eingegrenzt, dass von einer persönlichen Abhängigkeit auszugehen sei. Der Kläger habe somit keinen wesentlichen Gestaltungsspielraum, da sämtliche Modalitäten durch die Beigeladene zu 1 festgelegt würden. Ein Unternehmerrisiko trage der Kläger nicht, denn er setze seine eigene Arbeitskraft nicht mit ungewissem Erfolg ein. Eine Vergütung erfolge nach Abnahme der Arbeit und werde daher erfolgsabhängig gezahlt, was nicht zwingend eine persönliche Abhängigkeit ausschließe. Die Chance, durch Mehrarbeit ein höheres Einkommen zu erzielen, habe jeder Beschäftigte. Der Kläger setze bei seiner Tätigkeit fast ausschließlich die eigene Arbeitskraft ein und sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig. Ein Kapitaleinsatz, der auch mit der Möglichkeit eines Verlustes verbunden sei, liege nicht in erheblichem Maße vor. Der Einsatz eines Kraftfahrzeugs, die Tragung der Anfahrtkosten und die Bereitstellung von Kommunikationsmitteln seien kein Kapitaleinsatz im unternehmerischen Sinne. Der Kläger werde nach einem festgelegten Satz bezahlt. Er könne weder die Größe des Regals noch den Preis der Ware verändern und nur so viele Waren verräumen, wie Platz vorhanden sei. Das ihn treffende Risiko sei nicht mit größeren Freiheiten oder Verdienstmöglichkeiten verbunden. In den Beauftragungen seien Zeit, Ort, Dauer und Art der Arbeitsleistungen hinreichend festgelegt. Zudem sei der Kläger ausschließlich im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers tätig. Nach außen hin erscheine er als dessen Mitarbeiter. Kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sei, wenn zwar die Annahme bestimmter Aufträge abgelehnt werden könne, bei Annahme derselben jedoch – wie vorliegend – eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers erfolge. Dies sei ab der Auftragsannahme, mit der der Kläger dem Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1 unterliege, der Fall. Ein entgegenstehender Wille der Beteiligten könne die tatsächlichen Umstände nicht überwinden. Schließlich begründeten weder die Gewerbeanmeldung noch die Vergütung durch Rechnungstellung – gegebenenfalls inklusive Mehrwertsteuer – eine selbstständige Tätigkeit.

Am 1. April 2010 hat der Kläger Klage zum Sozialgericht (SG) Leipzig erhoben. Zur Begründung hat er sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft und insbesondere darauf verwiesen, dass es in seinem völlig freien Belieben stehe, Einsätze der Beigeladenen zu 1 zu

übernehmen oder abzulehnen. Es fehle an einer Eingliederung in deren Betrieb. Die von ihr unterbreiteten Aufträge würden nicht an deren Betriebsstätte ausgeführt. Der Kläger ersetze auch keine fest angestellten Arbeitnehmer der Beigeladenen zu 1. Sein unternehmerisches Risiko bestehe darin, dass er nicht wisse, ob er auch Folgeaufträge erhalte. Weiter hat der Kläger darauf hingewiesen, dass die ihm von der Beigeladenen zu 1 offerierten Aufträge angesichts ihrer Inhaltsoffenheit noch keine Arbeitsverträge darstellten. Die in diesen Aufträgen angegebenen Daten und Fakten begründeten kein Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1 bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Aufträge. Es würden lediglich Eckpunkte des jeweiligen Auftrags festgelegt, die dem jeweiligen Projekt immanent seien. Der Kläger sei nicht wie ein Beschäftigter in den Betrieb der Beigeladenen zu 1 eingegliedert. Er halte sich nicht deren Betriebsräumen auf, sondern verfüge als freier Handelsvertreter und Außendienstmitarbeiter über eigene Büroräume. Seine projektbezogenen Aktionen erfolgten bundesweit an unterschiedlichen Orten.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Die mit Beschluss vom 24. November 2010 Beigeladene zu 1 hat auf die vertragliche Ausgestaltung in Form des Auftrags und ihre zugrunde liegenden allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie den übereinstimmenden Willen der Beteiligten, nach dem der Kläger als selbstständiger Gewerbetreibender angesehen und entsprechend der Abrechnung der Aufträge auch behandelt worden sei, verwiesen. Es sei zwischen der Beigeladenen zu 1 und dem Kläger kein dauerhafter Dienstleistungsvertrag abgeschlossen worden, sondern die Tätigkeit habe auf Einzelaufträgen des Klägers für Kunden der Beigeladenen zu 1 sowie deren allgemeinen Geschäftsbedingungen gegründet. Auch die tatsächliche Abwicklung und Durchführung jedes Einzelauftrags spreche für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers. Die Beigeladene zu 1 habe für jeden einzelnen Auftrag ein Angebot an den Kläger abgegeben, dem es freigestanden habe, dieses anzunehmen oder abzulehnen. Die Produktinformationen seien vom jeweiligen Kunden gestellt worden. Eine detaillierte Regelung der Tätigkeit sei gerade nicht vorgegeben gewesen. Die dem Kläger übermittelten Angebote hätten die Daten über den Aktionszeitraum, Einsatzort, Honorar sowie den Hinweis auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beigeladenen zu 1 enthalten. In der Art der Ausführung der Tätigkeit sei der Kläger grundsätzlich frei gewesen. Soweit ihm Vorgaben hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung gemacht worden seien, hätten diese in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vermarktung der Produkte selbst gestanden und zum unternehmerischen Vertriebskonzept der jeweiligen Produzenten gehört. Die Einhaltung dieser Vorgaben spreche nicht für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis, sondern spiegle das berechnete Interesse des jeweiligen Produzenten an der Präsentation seines Produktes wider. Dies sei Teil des Vermarktungskonzeptes, begründe aber keine Abhängigkeit des Klägers gegenüber der Beigeladenen zu 1. Die Vorgaben der Kunden der Beigeladenen zu 1 stellten keine arbeitsvertraglichen Weisungen dar. Auch Selbstständige müssten sich üblicherweise an Vorgaben ihrer Kunden halten. Das Unternehmerrisiko des Klägers liege darin, dass der Erfolg des Einsatzes seiner eigenen Arbeitskraft für ihn ungewiss sei. Er habe keine Sicherheit, dass sich sein Einsatz lohnen und er weitere Aufträge erhalten werde. Anders als Stücklohn-, Akkord- oder Heimarbeiter könne er sich gerade nicht darauf verlassen, ständig mit Arbeit versorgt zu werden. Pauschale Festsätze zwischen der Beigeladenen zu 1 und dem Kläger für die von ihm zu erbringenden Tätigkeiten seien nicht vereinbart gewesen. Vielmehr bestimmten sich diese nach dem jeweiligen Kundenauftrag und seien in unterschiedlichen Höhen bemessen gewesen. Der Kläger habe daher die Rentabilität selbst beurteilen müssen, was auch für seine unternehmerische Tätigkeit und sein Kostenrisiko spreche. Aus den vorgelegten Rechnungen gehe auch hervor, dass die Einnahmen des Klägers starken Schwankungen unterlegen hätten, was ebenfalls ein unternehmerisches Risiko darstelle. Die Kontaktpauschale spreche nicht gegen eine unternehmerische Tätigkeit, denn es sei das Risiko des Klägers, welche Zeit er für die Durchführung eines Auftrages benötige und somit seinen Verdienst beeinflusse. Die Anschaffung eines PKW und Büroausstattung sei sehr wohl als Kapitaleinsatz zu werten, da bei einer abhängigen Beschäftigung diese Mittel üblicherweise vom Arbeitgeber gestellt würden. Für das unternehmerische Risiko sprächen auch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beigeladenen zu 1, nach denen der Kläger die Gewährleistung für die ordnungsgemäße Abwicklung des Auftrages und die Haftung für die von ihm eingesetzten Erfüllungsgehilfen übernommen habe. Dass der Kläger keine Hilfskräfte eingesetzt habe, sei unschädlich. Er sei jedenfalls nicht verpflichtet gewesen, ausschließlich persönlich tätig zu werden, wie es von einem Arbeitnehmer verlangt werde. Der Kläger habe die Möglichkeit gehabt, seine Arbeitszeit frei einzuteilen, Termine nach Absprache zu treffen und somit innerhalb der vorgegebenen Zeiträume seine Tätigkeit zu planen. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei insoweit keine Weisungsgebundenheit gegeben. Der zeitliche Rahmen der Tätigkeit werde nur dem (Rahmen-)Datum nach vorgegeben. Eine genauere Fixierung nach Tagen, Stunden oder Minuten werde nicht vorgenommen. Dass die Öffnungszeiten der Märkte einen zeitlichen Rahmen vorgegeben hätten, führe ebenfalls nicht zu einer abhängigen Beschäftigung. Dies liege vielmehr in der Natur der Sache. Angesichts der langen Marktoffenzeiten von oft mehr als zwölf Stunden an sechs Tagen pro Woche habe der Kläger einen flexiblen Gestaltungsspielraum besessen. Vor Ort sei der Kläger nicht in das Weisungsgefüge des jeweiligen Marktes eingebunden oder den Weisungen des dortigen Abteilungsleiters untergeworfen gewesen. Von diesem seien ihm keine Vorgaben gemacht worden. Der Kläger übe seine Tätigkeit zudem temporär aus und könne seine Leistungen beliebigen weiteren Auftraggebern anbieten. Auch das spreche für eine selbstständige Tätigkeit, zumal ein Konkurrenzverbot nicht bestehe. Ob der Kläger nach außen hin als Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1 erscheine, sei unerheblich.

Mit Bescheid vom 27. April 2012 stellte die Beklagte unter Abänderung ihres Bescheides vom 1. September 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2010 fest, dass die vom Kläger vom 1. Januar 2009 bis 4. September 2009 ausgeübte Beschäftigung im Bereich Umbauten und Neueinrichtungen bei der Beigeladenen zu 1 der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt, hingegen in der Krankenversicherung keine Versicherungspflicht besteht, weil der Kläger hauptberuflich selbstständig erwerbstätig sei (§ 5 Abs. 5 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch [SGB V]).

Mit in der mündlichen Verhandlung vor dem SG am 26. Juni 2012 ergangenem Beschluss ist die Beigeladene zu 2 beigeladen worden. Außerdem ergänzte die Beklagte ihren Bescheid vom 27. April 2012 dahingehend, dass der Kläger auch nicht der Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung unterliegt. Des Weiteren hat der Kläger auf Befragung des Gerichts angegeben, dass er ein Gewerbe als Handelsvertretung und Merchandising angemeldet habe. Er bewerbe sich entweder bei Vertriebsgesellschaften um Aufträge oder bekomme direkte Anfragen von Unternehmen, bei denen er bereits bekannt sei. Bei der Beigeladenen zu 1 sehe es meistens so aus, dass er von dieser einen Auftrag erhalte und einen Einrichtungsplan vom Auftraggeber. Dieser lasse sich in der Regel aber nur zu ca. 80 % umsetzen, den Rest müsse er frei gestalten. Seine Tätigkeit bestehe dann im Auf- und Abbau von Regalen und der Sortierung von Material zu einer Verkaufspräsentation. Wenn er den Auftrag beendet habe, informiere er seine Vertriebsfirma, z.B. die Beigeladene zu 1, über den Abschluss des Auftrages. Die Endabnahme erfolge dann durch den jeweiligen Marktleiter. Habe dieser andere Vorstellungen, würden diese noch vor Ort von ihm, dem Kläger, neu umgesetzt. Auf Nachfrage des Gerichts hat er weiter angegeben, dass er, um sein Honorar zu erhalten, den Auftrag endgültig abschließen müsse. Wenn die Einrichtungspläne nicht 100 %ig umsetzbar seien, müsse er selbstständig Lösungen – natürlich in Absprache mit der Marktleitung – erarbeiten und umsetzen. Er werde nach Stundenaufwand bezahlt, wobei seine Einsätze

vorher zeitlich mit der Marktleitung abgestimmt würden. Diese fänden innerhalb eines vorgegebenen zeitlichen Rahmens statt, der mit der Vertriebsfirma abgestimmt sei.

Mit Urteil vom 26. Juni 2012 hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 1. September 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2010 und den Bescheid vom 27. April 2012 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger in seiner vom 1. Januar bis 4. September 2009 ausgeübten Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat. Unter Beachtung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze und in Abwägung der Umstände des Einzelfalls überwiegen die für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Umstände. Zwar habe die Beklagte den zutreffenden Beurteilungsmaßstab angewandt, sei aber im Ergebnis unzutreffend zu der Entscheidung gelangt, dass der Kläger in seiner Tätigkeit als Merchandiser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe und deshalb der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliege. Nach der vertraglichen Ausgestaltung sei der Kläger als selbstständiger Gewerbetreibender anzusehen. Er habe auch ein eigenes Gewerbe angemeldet. Zutreffend habe die Beklagte deshalb festgestellt, dass der Kläger wegen dieser hauptberuflich selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht der Versicherungspflicht in der Krankenversicherung unterliege. Er habe mit der Beigeladenen zu 1 weder dauerhaft Dienstleistungsverträge abgeschlossen noch in sonstiger Weise ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründet. Vielmehr habe die vertragliche Ausgestaltung, wie sich an der Vereinbarung von Honoraren zeige, eine nicht abhängige Beschäftigung vorgesehen. Nach den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beigeladenen zu 1 sei der Kläger auch verpflichtet gewesen, vor Auftragsannahme in geeigneter Weise seinen Status als selbstständiger Gewerbetreibender nachzuweisen, ebenso die Anmeldung eines selbstständigen Gewerbes. Er sei auch nicht wie ein Arbeitnehmer zur höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet gewesen, sondern habe die Möglichkeit gehabt, andere (Sub)Auftragnehmer einzusetzen. Er habe lediglich für deren Qualität Sorge tragen müssen. Die Beigeladene zu 1 sei nur einer von weiteren zahlreichen Auftraggebern des Klägers gewesen. Dieser habe auch keinen Anspruch darauf gehabt, von der Beigeladenen zu 1 eingesetzt zu werden, Folgeaufträge seien ungewiss gewesen. Er sei deshalb auf Selbstakquise angewiesen gewesen und habe ein eigenes Unternehmerrisiko im Hinblick auf das von ihm zur selbstständigen Gewerbeausübung eingesetzte Kapital getragen. Auch habe er direkte Anfragen von Unternehmen, bei denen er bereits bekannt gewesen sei, erhalten und sei keinem Konkurrenzverbot unterworfen gewesen. Dass der Einsatz des Klägers nur zu marktüblichen Zeiten möglich gewesen sei, ergebe sich aus der Natur der Sache und sei kein Indiz für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Auch sei nicht davon auszugehen, dass der Kläger lediglich untergeordnete Tätigkeiten wahrgenommen habe, was für eine Eingliederung in das Unternehmen des Auftraggebers spräche. Er habe den ihm von der Marktleitung zur Umsetzung übergebenen Plan in der Regel nur zu 80 % verwirklichen können und den Rest frei gestalten müssen. Seine Tätigkeit habe hierbei dem Auf- und Abbau von Regalen und der Sortierung von Material für eine Verkaufspräsentation entsprochen. In Absprache mit dem Marktleiter habe er den von der Marktleitung ausgearbeiteten Plan entsprechend umgeändert. Anders als ein bloßer Regalauffüller, bei dem überwiegende Kriterien für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen, habe er selbst über die Platzierung der Waren in den Regalen bestimmt und das Regallayout, d.h. die Verteilung der Ware im Regal, und über die absatzgünstige Positionierung der Ware entschieden. Hierfür bedürfe es eines gewissen Erfahrungsschatzes, den der Kläger im Laufe seiner mehrjährigen Tätigkeit gewonnen habe, ohne aber in das Weisungsgefüge der jeweils beauftragenden Märkte eingebunden zu sein. Die pauschale Aufwandsentschädigung nach Stunden und die zeitliche Abstimmung der Einsätze mit der Marktleitung hätten daher auf den Erfordernissen des Auftrags beruht, ohne ein Indiz für eine weisungsabhängige Tätigkeit zu sein, zumal der Kläger einen eigenen Spielraum bei der Umsetzung seines Auftrags in Absprache mit der Marktleitung gehabt habe.

Gegen das ihr am 9. August 2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 6. September 2012 beim Sächsischen Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt. Die Anmeldung eines eigenen Gewerbes sei für die Frage der abhängigen Beschäftigung unerheblich, weil die Ausstellung des Gewerbescheines ordnungsrechtliche Hintergründe habe und der sozialversicherungsrechtliche Status hierbei nicht geprüft werde. Die Anmeldung des Gewerbes spiegle ausschließlich die eigene Einschätzung des Anmeldenden wider. Entgegen der Auffassung des SG sei der Kläger in die betriebliche Organisation der Beigeladenen zu 1 funktionsgerecht dienend eingegliedert gewesen. Dies setze nicht zwingend eine Betriebsstätte voraus, auch sei nicht erforderlich, dass tatsächlich Weisungen im konkreten Einzelfall erteilt würden. Vielmehr sei es grundsätzlich üblich, dass bei fachlich mit der Arbeit vertrautem Personal fachliche Einzelweisungen entbehrlich seien und sich Weisungen auf organisatorische Fragen beschränkten. Entscheidend sei, dass dem Kläger keine wesentlichen eigenen Entscheidungsbefugnisse zugestanden hätten. Seine Tätigkeit sei gerade nicht durch einen eigenen Gestaltungsspielraum gekennzeichnet, sondern im Wesentlichen durch die praktischen Erfordernisse vorgegeben gewesen. Er habe nicht nach seinen Vorstellungen verfahren können, sondern das zur Verfügung gestellte Layout nutzen müssen. Er habe selbst vorgetragen, dass er die Vorgaben des Layouts zu 80 % habe umsetzen können und die verbleibenden 20 % in Eigenregie durchgeführt habe. Aber auch diese 20 % seien in Absprache mit dem jeweiligen Marktleiter auszuführen gewesen. Es sei davon auszugehen, dass dieser auf Grund der in den Fachmärkten zumeist herrschenden Enge ganz konkrete eigene Vorstellungen gehabt habe. Die Tätigkeit für mehrere Auftraggeber spreche nicht gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Ein Unternehmerrisiko liege nicht darin, dass der Kläger durch Akquise versucht habe, mehrere Auftraggeber zu gewinnen. Dass er durch Mehrarbeit ein höheres Entgelt habe erzielen können, sei ebenfalls nicht ausschlaggebend, weil dies auch bei Beschäftigten mit Stück- oder Akkordlohn der Fall sei. Ein Einsatz eigener Betriebsmittel oder eigenen Kapitals mit der Gefahr des Verlustes als echtem Unternehmerrisiko habe gefehlt. Dass die Beigeladene zu 1 auf Grund ihrer Verpflichtung den jeweiligen Kunden gegenüber nur die vertraglich vereinbarten Auftragsbedingungen an den Kläger weitergegeben habe, stehe dessen Beschäftigungsverhältnis nicht entgegen. Als selbstständiges Unternehmen bediene sich die Beigeladene zu 1 weisungshalber ihrer Beschäftigten, hier des Klägers, um die von ihr übernommenen Verpflichtungen auf Grund ihres Arbeitgeberdirektionsrechts zu erfüllen. Der Kläger sei somit in dem von der Beigeladenen zu 1 vorgegebenen Arbeitsprozess funktionsgerecht eingesetzt und damit in deren Betriebsorganisation eingegliedert gewesen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Leipzig vom 26. Juni 2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend. Weder nach den vertraglichen Vereinbarungen noch nach deren tatsächlicher Ausführung

sei er abhängig beschäftigt gewesen. Er sei auch nicht als einfacher Regalauffüller tätig geworden. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei er nicht funktionsgerecht dienend in die betriebliche Organisation der Beigeladenen zu 1 eingegliedert gewesen. Er habe durchaus einen eigenen Gestaltungsspielraum gehabt. In der Ausführung seiner Tätigkeit sei er grundsätzlich frei gewesen. Soweit ihm Vorgaben hinsichtlich der Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses gemacht worden seien, sei dies Teil des Vermarktungskonzeptes des jeweiligen Produzenten gewesen. Anders als die Beklagte meine, sei es bei Arbeitnehmern nicht üblich, für verschiedene Arbeitgeber tätig zu sein. In vielen Fällen bestünden insoweit auch Konkurrenzschutzklauseln. All dies sei beim Kläger nicht der Fall. Dass auch abhängig Beschäftigte die Möglichkeit hätten, durch Mehrarbeit ihr Entgelt zu erhöhen, lasse keine Vergleichbarkeit mit dem Kläger zu, denn anders als diese könne er sich nicht darauf verlassen, ständig mit Arbeit versorgt zu werden. Zu berücksichtigen sei auch, dass er nicht der Kranken- und Pflegeversicherung unterfalle, für die die rechtlichen Kriterien zur Beurteilung einer abhängigen Beschäftigung identisch seien.

Die Beigeladene zu 1 hat im Berufungsverfahren keine Anträge gestellt.

Die Beigeladene zu 2 hat keine Anträge gestellt, sich im Ergebnis aber der Auffassung des Klägers angeschlossen. Nach den vorliegenden Erkenntnissen zu den tatsächlichen Verhältnissen überwiegen nach dem Gesamtbild die Umstände, die für eine selbstständige Tätigkeit sprächen.

Mit Beschluss vom 11. April 2013 hat der erkennende Senat dem Kläger für das Verfahren vor dem LSG ab Antragstellung Prozesskostenhilfe bewilligt und ihm seine Prozessbevollmächtigte beigeordnet.

Mit Schriftsätzen vom 13. Mai 2014, 14. Mai 2014, 21. Mai 2014 und 26. Mai 2014 haben sämtliche Beteiligte ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch die Berichterstatterin als Einzelrichterin anstelle des Senats erklärt.

Der Einzelrichterin haben die Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Gerichtsakten beider Rechtszüge vorgelegen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf diese sowie auf den Inhalt der zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze Bezug genommen und verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte durch die Berichterstatterin als Einzelrichterin entscheiden, da die Beteiligten hierzu ihre Zustimmung erteilt haben ([§ 155 Abs. 3](#) i.V.m. Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz [SGG]).

Die gemäß [§§ 143, 144 SGG](#) statthafte Berufung ist gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegt und auch im Übrigen zulässig, aber nicht begründet.

Zu Recht hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 1. September 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 23. März 2010 und den Bescheid vom 27. April 2012 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger in seiner vom 1. Januar bis 4. September 2009 ausgeübten Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

Gegenstand des Rechtsstreits sind, nachdem die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem SG am 26. Juni 2012 ihren Bescheid vom 27. April 2012 dahingehend ergänzt hat, dass auch keine Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung besteht und der Kläger dieses Teilanerkennnis der Beklagten angenommen hat, der Bescheid der Beklagten vom 1. September 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. März 2010, beide wiederum geändert durch den Bescheid vom 27. April 2012 in der Fassung vom 26. Juni 2012, soweit darin die Beklagte die Versicherungspflicht des Klägers in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 aufgrund Beschäftigung in der Zeit vom 1. Januar bis 4. September 2009 in der gesetzlichen Rentenversicherung und im Recht der Arbeitsförderung feststellte. Der Bescheid vom 27. April 2012 hat die bis dahin angefochtenen Bescheide über die darin vorgenommene (unzulässige) Elementenfeststellung des Bestehens einer Beschäftigung hinaus in ihrem Verfügungssatz um die notwendigen Feststellungen zum Vorliegen von Versicherungspflicht (und den Zeitraum, für den Versicherungspflicht besteht) ergänzt. Darin liegt eine insgesamt erneuernde Feststellung mit der Folge, dass der Verwaltungsakt vom 27. April 2012 den wegen der Feststellungen eines (unselbstständigen) Tatbestandselements unvollständigen ersten Verwaltungsakt im Sinne von [§ 96 Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 153 Abs. 1 SGG](#) ersetzt hat (vgl. zur Notwendigkeit und Möglichkeit der Ergänzung sowie zur verfahrensrechtlichen Bewertung im Kontext des [§ 96 SGG](#) bereits Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 11. März 2009 – [B 12 R 11/07 R](#) – juris Rn. 14 ff., Urteil vom 4. Juni 2009 – [B 12 R 6/08 R](#) – juris Rn. 13 ff., Urteil vom 28. September 2011 – [B 12 R 17/09 R](#) – juris Rn. 13; Urteil vom 31. März 2015 – [B 12 KR 17/13 R](#) – juris Rn. 13).

Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Letzteres war hier nicht der Fall. Die Beklagte entscheidet nach [§ 7a Abs. 2 SGB IV](#) aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, ob eine Beschäftigung vorliegt. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung 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 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 eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Bei untergeordneten und einfacheren Arbeiten ist regelmäßig eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation anzunehmen. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 31. März 2015 – [B 12 KR 17/13 R](#) – juris Rn. 15, Urteil vom 30. April 2013 – [B 12 KR 19/11 R](#) – juris Rn. 13, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris Rn. 15, Urteil vom 28. September 2011 – [B 12 R 17/09 R](#) – juris Rn. 16). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbstständigen Tätigkeit setzt dabei 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 vom 31. März 2015 - [B 12 KR 17/13 R](#) - juris Rn. 15; Urteil vom 17. Dezember 2014 - [B 12 R 13/13 R](#) - juris Rn. 25).

Die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer - im Rahmen des rechtlich Zulässigen - gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der formellen Vereinbarung nur 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 (so schon BSG, Urteil vom 8. August 1990 - [11 RAr 77/89](#) - juris Leitsatz 1). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgebend ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. BSG, Urteil vom 17. Dezember 2014 - [B 12 R 13/13 R](#) - juris Rn. 26; Urteil vom 30. April 2013 - [B 12 KR 19/11 R](#) - juris Rn. 14; Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - juris Rn. 16; Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) - juris Rn. 15).

Rechtlicher Ausgangspunkt für die Würdigung des Gesamtbildes der Tätigkeit des Klägers ist zunächst die zwischen ihm und der Beigeladenen zu 1 bestehende Vertragslage. Hierzu hat das SG im Ergebnis zutreffend angenommen, dass die vertragliche Ausgestaltung überwiegend Regelungen enthält, die für eine selbstständige Tätigkeit kennzeichnend sind.

Mangels eines zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1 bestehenden Rahmenvertrages sind die einzelnen Merchandising-Aufträge und die kraft Vereinbarung der Vertragsparteien zu deren Bestandteil gewordenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beigeladenen zu 1 heranzuziehen.

Dass die tatsächliche Umsetzung der Vertragslage widersprochen hätte, lässt sich nicht feststellen, sondern wurde durch die Angaben des Klägers und der Beigeladenen zu 1 im Verwaltungs- und gerichtlichen Verfahren bestätigt.

Nach den vertraglichen Vereinbarungen war der Kläger weitgehend weisungsfrei in dem Sinne, dass die zeitlichen und örtlichen Rahmenbedingungen gerade nicht Ausfluss eines Direktionsrechts - wie im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer - waren. Er war insbesondere nicht in einem relevanten Maß in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1 eingegliedert und auch in der Art der Ausführung der Tätigkeit grundsätzlich frei.

Zwar ist für die Eingliederung in den Arbeitsprozess nicht erforderlich, dass der Kläger seine Tätigkeit in den Räumlichkeiten der Beigeladenen zu 1 verrichtete, erforderlich für eine (abhängige) Beschäftigung ist aber die Einordnung in eine von anderer Seite vorgegebene Ordnung, in der fremdbestimmte Arbeit geleistet werden kann (stRspr des BSG, z.B. Urteil vom 4. Juni 1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) - juris Rn. 19 m.w.N.). An einer solchen organisatorischen Einordnung fehlt es im Fall des Klägers, der sich insoweit auch von den bisherigen (ober)gerichtlichen Entscheidungen zu den klassischen Regalauffüllern, auf die auch die Beklagte verwiesen hat, unterscheidet, welchen z.B. ein genauer zeitlicher Rahmen für die Erfüllung ihrer Aufgaben vorgegeben war (vgl. Hessisches LSG, Urteil vom 12. Juli 2007 - L 8 KR 280/04 - juris Rn. 24) oder die ihre Aufgaben entsprechend vorgegebener Tourenpläne zu erfüllen hatten (vgl. Sächsisches LSG, Urteil vom 14. März 2013 - L [1 KR 120/09](#) - nicht veröffentlicht, Urteilsabdruck S. 10, bestätigt durch BSG, Beschluss vom 24. September 2013 - [B 12 KR 40/13 B](#)).

Soweit sich der Kläger an Vorgaben hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung zu halten hatte, standen diese in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vermarktung der Produkte selbst und gehörten zum unternehmerischen Vertriebskonzept der jeweiligen Produzenten. Die Einhaltung dieser Vorgaben spiegelt das berechnete Interesse des jeweiligen Produzenten an der Präsentation seines Produktes als Teil des Vermarktungskonzeptes wider, weshalb Vorgaben der Kunden der Beigeladenen zu 1 auch keine arbeitsvertraglichen Weisungen der Beigeladenen zu 1 darstellten. Auch Selbstständige müssen sich an Vorgaben ihrer Kunden halten. Dies begründet jedoch keine inhaltliche Abhängigkeit des Klägers gegenüber der Beigeladenen zu 1 (so im Ergebnis in Abgrenzung zu Regalauffüllern auch Hessisches LSG, Urteil vom 14. März 2013 - [L 8 KR 102/12](#) - insbes. juris Rn. 43 f.; Urteil vom 23. Mai 2013 - [L 8 KR 162/11](#) - insbes. juris Rn. 52 f., bestätigt durch BSG, Urteil vom 31. März 2015 - [B 12 KR 17/13 R](#) - insbes. juris Rn. 20, Bayerisches LSG, Urteil vom 28. Juli 2008 - [L 5 KR 357/06](#) - juris Rn. 19).

Soweit die Beklagte geltend macht, dem Kläger hätten keine wesentlichen eigenen Entscheidungsbefugnisse zugestanden, er habe keinen eigenen Gestaltungsspielraum gehabt und nicht nach seinen Vorstellungen verfahren können, sondern das zur Verfügung gestellte Layout nutzen müssen, trifft dies nur zum Teil zu. Denn wie die Beklagte selbst einräumt, hat der Kläger nach eigenen und unwidersprochenen Angaben 20 % des Layouts in Eigenregie durchgeführt. Auch wenn diese 20 % in Absprache mit dem jeweiligen Marktleiter ausgeführt wurden, geht der Senat ebenso wie das SG davon aus, dass dem Kläger, obwohl auf Grund der in den Fachmärkten zumeist herrschenden Enge die Marktleiter durchaus ganz konkrete eigene Vorstellungen gehabt haben dürften, noch ein gestalterischer Spielraum verblieb, für dessen Ausfüllung er auf seinen, im Laufe seiner mehrjährigen Tätigkeit gewonnenen Erfahrungsschatz zurückgriff.

Auch wenn der Kläger auf betriebliche Sachzwänge der Märkte Rücksicht zu nehmen hatte, unterlag er hinsichtlich seiner dort jeweils ausgeführten Arbeiten aber gegenüber der Beigeladenen zu 1 lediglich Mitteilungspflichten, wie sich aus den vorgelegten Aufträgen ergibt ("Berichtswesen", "Leistungsnachweis/Ergebnisdokumentation"), und Qualitätskontrollen durch die Marktleiter, wie der Kläger selbst unwidersprochen vorgetragen hat (zum Charakter von - eine Selbstständigkeit nicht ausschließenden - Dokumentationspflichten vgl. BSG, Urteil vom 28. September 2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - juris Rn. 20).

In zeitlicher Hinsicht wurde von der Beigeladenen zu 1 - wiederum im Vermarktungsinteresse der jeweiligen Produzenten - nur der Aktionszeitraum (nach den vorgelegten Aufträgen jeweils vom 1. Januar bis 30. September 2009) vorgegeben, die Aktionszeiten sollten "je nach Absprache und Auftrag" festgelegt werden. Der Kläger hatte damit die Möglichkeit, seine Arbeitszeit weitgehend frei einzuteilen, Termine nach Absprache zu treffen und somit innerhalb der vorgegebenen Zeiträume seine Tätigkeit zu planen. Der zeitliche Rahmen der

Tätigkeit wurde also nur dem Zeitraum nach vorgegeben. Eine genauere Fixierung nach Tagen, Stunden oder Minuten wurde nicht vorgenommen. Zeitliche Rahmenvorgaben durch die Öffnungszeiten der Märkte führen, wie bereits das SG zutreffend ausgeführt hat, ebenfalls nicht zu einer abhängigen Beschäftigung. Dies liegt vielmehr in der Natur der Sache. Angesichts der langen Marktöffnungszeiten von oft mehr als zwölf Stunden an sechs Tagen pro Woche hat der Kläger vielmehr einen erheblichen, flexiblen Gestaltungsspielraum besessen.

Für eine selbstständige Tätigkeit sprechen auch die AGB, die der jeweiligen Auftragsbeziehung zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1 zugrunde lagen. Nach diesen durfte der Kläger andere Gewerbetreibende zur Erfüllung des Auftrags einsetzen, musste aber gewährleisten und ständig kontrollieren, dass sie den Prüfkriterien der Beklagten entsprechen (Nr. 3 der AGB) und diese Erfüllungsgehilfen den Qualitätsparametern der Beigeladenen zu 1 genügen (Nr. 4 Abs. 1 und 2 AGB). Außerdem war eine Haftung des Klägers für Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen vereinbart (Nr. 10 der AGB). Der Umstand, dass der Kläger vertraglich berechtigt war, Dritte in die Auftrags erledigung einzubeziehen, kann durchaus als Indiz für seine selbstständige Tätigkeit gewertet werden, auch wenn von ihm davon tatsächlich kein Gebrauch gemacht wurde (vgl. BSG, Urteil vom 31. März 2015 - [B 12 KR 17/13 R](#) - juris Rn. 21). Für das Vorliegen einer Beschäftigung ist nämlich entscheidend, dass die Tätigkeit grundsätzlich in eigener Person erbracht wird. Arbeitnehmer haben ihre Arbeitsleistung in der Regel höchstpersönlich zu erbringen und dürfen sich hierbei nicht Dritter als Erfüllungsgehilfen bedienen (BSG, Urteil vom 31. März 2015 - [B 12 KR 17/13 R](#) - juris Rn. 22 m.w.N.). Dementsprechend stellt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) die Pflicht, die Leistung grundsätzlich persönlich zu erbringen, ein typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis dar. Da nach [§ 613 Satz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste jedoch nur "im Zweifel" in Person zu leisten hat, kann der zur Leistung Verpflichtete zwar berechtigt sein, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen. Ein ihm auf diese Weise zustehender eigener Gestaltungsspielraum spricht aber gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses (vgl. BAG, Urteil vom 19. November 1997 - [5 AZR 653/96](#) - juris Rn. 125). Allerdings führt das bloße Bestehen der Möglichkeit der Einschaltung Dritter in die Leistungserbringung nicht automatisch zur Annahme (unternehmerischer) Selbstständigkeit. Die Indizwirkung entfällt beispielsweise, wenn die Einschaltung Dritter von vorne herein wegen der niedrigen Vergütung theoretischer Natur bleibt (vgl. Hessisches LSG, Urteil vom 12. Juli 2007 - [L 8/14 KR 280/04](#) - juris Rn. 28, Urteil vom 31. Juli 2008 - [L 8 KR 37/07](#) - juris Rn. 35). Dafür bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte. Damit stellt die Möglichkeit, Dritte zur Leistungserbringung einsetzen zu dürfen, jedenfalls eines von mehreren im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Anzeichen dar, das der Annahme eines Arbeitsverhältnisses entgegensteht (vgl. BSG, Urteil vom 17. Dezember 2014 - [B 12 R 13/13 R](#) - juris Rn. 35, Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) - juris Rn. 17).

Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht auch einiges für ein rechtlich relevantes Unternehmerrisiko des Klägers. Maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, d.h., ob der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Ein unternehmerisches Risiko ist allerdings 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, Urteil vom 31. März 2015 - [B 12 KR 17/13 R](#) - juris Rn. 27, Urteil vom 28. September 2011 - [B 12 R 17/09 R](#) - juris Rn. 25, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - juris Rn. 27). Beides ist vorliegend der Fall. So hatte der Kläger im Zusammenhang mit der Verwertung seiner Arbeitskraft bei der Durchführung der Aufträge das Risiko des Ausfalls seines Verdienstes zu tragen, denn er hatte nach Nr. 8 der AGB Gewähr für die vertragsmäßige Ausführung des Auftrags zu leisten und war im Falle der Beanstandung oder Mängelrüge zur Nachbesserung, wahlweise Ersatzvornahme durch die Beigeladene zu 1, verpflichtet. Bei Verweigerung der Nacherfüllung oder deren Fehlschlagen war die Beigeladene zu 1 berechtigt, die Vergütung herabzusetzen oder den Vertrag rückabzuwickeln. Hinzu kommt, dass nach den jeweiligen Auftragsinhalten der Kläger eine pauschale Vergütung sowie zusätzliche umsatz- und damit erfolgsabhängige Auftragsprämien dafür, dass er Verbrauchermärkte aufsuchte, erhielt. Der Erfolg des Einsatzes seiner Arbeitskraft war somit insbesondere aufgrund der erfolgsbezogenen Vergütungsteile im Einzelnen durchaus ungewiss. Der Belastung mit dem Ausfallrisiko standen hinsichtlich der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft auch größere Freiheiten und Erwerbschancen gegenüber wie sie im Regelfall in einem Arbeitsverhältnis nicht gleichermaßen anzutreffen sind. Der Kläger konnte den Einsatz seiner Arbeitskraft in einer für Arbeitnehmer untypischen Weise sehr weitreichend selbst steuern, indem er z.B. durch die Art und Weise der Arbeitsausführung die Dauer und Häufigkeit seiner Besuche in den Märkten bestimmen und so - je nach Auftragsgestaltung (Pauschale und/oder Stundensatz) - seine Verdienstmöglichkeiten erhöhen konnte. Die Situation des Klägers ist dabei auch nicht mit der von Beschäftigten mit Stück- oder Akkordlohn vergleichbar, die durch Mehrarbeit ihr Einkommen erhöhen können. Denn während Erstere Arbeit und in der Regel auch einen Grundlohn garantiert haben, war dem Kläger der nächste Auftrag ebenso wenig sicher wie die Vergütung der von ihm erbrachten Leistungen, sollten diese nämlich im Rahmen der Gewährleistung beanstandet werden.

Dass der Kläger im streitigen Zeitraum auch für andere Auftraggeber tätig war, ist kein ausschlaggebendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit, sondern kann zusammen mit dem Fehlen eines Konkurrenzverbots wiederum nur als Indiz herangezogen werden. Denn auch ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt tätig sein (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Dezember 2014 - [L 11 R 2387/13](#) - juris Rn. 38, Urteil vom 21. Oktober 2014 - [L 11 R 487/13](#) - juris Rn. 41 unter Hinweis auf Urteile vom 18. Juli 2013 - [L 11 R 1083/12](#) - und vom 17. Januar 2012 - [L 11 R 1138/10](#) -, jeweils juris). Für die Frage der abhängigen Beschäftigung ist immer nur das einzelne Auftragsverhältnis, hier also die Beziehung zur Beigeladenen zu 1, zu betrachten. Die Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt, ist grundsätzlich getrennt für die jeweilige Tätigkeit vorzunehmen. So können hauptberuflich abhängig beschäftigte Arbeitnehmer neben ihrem Arbeitsverhältnis einer selbstständigen Tätigkeit nachgehen, wie auch hauptberuflich Selbstständige neben ihrer selbstständigen Tätigkeit einer abhängigen (Neben-)Beschäftigung bei einem Arbeitgeber nachgehen können. Der Umfang der jeweiligen Tätigkeitsanteile ist dabei nicht schon für die Frage nach einer abhängigen Beschäftigung relevant, sondern erlangt eine Bedeutung erst für die daran eventuell anknüpfende Frage, ob aus einer abhängigen Beschäftigung eine Versicherungs- und Beitragspflicht resultiert (vgl. Sächsisches LSG, Urteil vom 31. Juli 2015 - [L 1 KR 37/10](#) - juris Rn. 31), weshalb die Beklagte auch von der Versicherungsfreiheit des Klägers in der Kranken- und Pflegeversicherung ausgehen konnte. Es spricht jedoch eher für eine selbstständige Tätigkeit, wenn - wie hier - mehrere Auftraggeber im Bereich der Haupttätigkeit (Elektrobereich und Merchandising) vorhanden sind (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Dezember 2014 - [L 11 R 3903/13](#) - juris Rn. 38).

Was die Gewerbebeantragung angeht, kommt dieser ebenfalls nur indizielle Wirkung für die Selbstständigkeit des Klägers zu, denn eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung findet nicht statt. Die Anmeldung eines Gewerbes setzt eine selbstständige Tätigkeit voraus, begründet für sich allein aber keine solche (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Dezember 2014 - [L 11 R 3903/13](#) - juris Rn. 16 unter Hinweis auf Urteil vom 30. September 2014 - [L 11 R 2937/13](#) - juris, Urteil vom 16. Dezember 2014 - [L 11 R 2387/13](#) - juris Rn. 37 unter Hinweis auf Beschluss vom 19. Juli 2012 - [L 11 KR 1789/12 ER-B](#) - juris). Auch würde

eine Gewerbeanmeldung ohne Unternehmerrisiko für sich nicht ausreichen, um Selbstständigkeit zu bejahen (BSG, Urteil vom 4. Juni 1998-[B 12 KR 5/97 R](#) – juris Rn. 24). Vorliegend ist jedoch ein Unternehmerrisiko, wie oben ausgeführt, gegeben.

Nach alledem überwiegen die für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers sprechenden oder als Indiz wirkenden Gesichtspunkte und unterlag der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 in der Zeit vom 1. Januar bis 4. September 2009 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund Beschäftigung.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 SGG](#). Insoweit war die Kostenentscheidung des erstinstanzlichen Urteils zu ändern.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen für die Zulassung nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Protz RichterIn am VGH

Rechtskraft

Aus

Login

FSS

Saved

2015-10-15