

L 5 KR 73/04

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Itzehoe (SHS)
Aktenzeichen
S 1 KR 139/02
Datum
24.03.2004
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 5 KR 73/04
Datum
25.01.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Itzehoe vom 24. März 2004 wird zurückgewiesen. Es wird festgestellt, dass die Beigeladenen zu 1) und 3) für die Klägerin selbständig tätig sind bzw. waren. Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens. Der Streitwert wird auf 8.000,00 Euro festgesetzt. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist der sozialversicherungsrechtliche Status der Beigeladenen zu 1) und 3).

Die Klägerin vertreibt als Handelsvertreterin für Lieferanten Waren, insbesondere Modeschmuck, Uhren und Accessoires. Diese werden in verschiedenen Kaufhäusern an Ständen verkauft. Für den Verkauf bedient sich die Klägerin selbständiger Unterhandelsvertreter. Mit diesen - so auch mit den Beigeladenen zu 1) und 3) - hat die Klägerin Rahmenverträge abgeschlossen. Hiernach obliegt es dem Unterhandelsvertreter, die Waren zu präsentieren und ggf. vorzuführen, für den Abschluss von Kaufverträgen zu werben und den Kaufvertrag mit dem Endkunden namens und im Auftrag des Warenlieferanten abzuschließen. Der Handelsvertreter erklärt sich grundsätzlich bereit, für den Unternehmer nach Maßgabe des Rahmenvertrages selbständig tätig zu werden. Die jeweiligen Einsätze werden in Einzelverträgen hinsichtlich des Ortes und des Zeitraums vereinbart. Der Unternehmer ist nicht verpflichtet, dem Handelsvertreter Einzelverträge anzubieten. Der Handelsvertreter seinerseits ist nicht verpflichtet, ihm angebotene Einzelverträge anzunehmen. Nach § 2 Nr. 1 des Vertrages ist der Handelsvertreter bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit an Weisungen des Unternehmers, des Warenlieferanten oder Dritter nicht gebunden. Feste Arbeitszeiten hat er nicht einzuhalten. Der Warenlieferant liefert die Ware direkt in das betreffende Kaufhaus. Dieses ist prozentual am Umsatz beteiligt und stellt als Gegenleistung die entsprechende Verkaufsfläche zur Verfügung. Die Unterhandelsvertreter erhalten von der Klägerin ausschließlich Provisionen, keine festen Gehälter.

Die Beigeladene zu 1) ist für die Klägerin seit dem 1. Januar 1985 als Propagandistin/Promoterin tätig. Die Beigeladene zu 3) arbeitete zunächst im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses und seit dem 1. Oktober 1999 auf der Grundlage der oben dargestellten Verträge für die Klägerin. Beide meldeten ihre Tätigkeit als Gewerbe an. Für die Klägerin sind unter denselben vertraglichen Grundlagen mehrere hundert Unterhandelsvertreter im Bundesgebiet tätig.

Am 12. Juli 2000 beehrte die Beigeladene zu 1) bei der Beklagten die Feststellung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status nach den §§ 7a ff. des Vierten Sozialgesetzbuches (SGB IV). Nach Anhörung der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) stellte die Beklagte mit Bescheid vom 25. Juni 2001 fest, die Beigeladene zu 1) übe ihre Tätigkeit als Propagandistin/Promoterin im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses aus. Zur Begründung führte sie aus, die Weisungsfreiheit der Beigeladenen zu 1) sei eingeschränkt, da die jeweiligen Einsatzorte durch die Klägerin vorgegeben würden. Außerdem sei der zeitliche Rahmen der Tätigkeit durch die Geschäfts- oder Öffnungszeiten der Unternehmen begrenzt und damit faktisch eingeschränkt. Auch die Art der auszuführenden Arbeiten würde nur einen geringen Spielraum hinsichtlich einer unabhängigen Ausgestaltung der Tätigkeit zulassen.

Hiergegen legte die Klägerin am 25. Juli 2001 Widerspruch ein und trug vor, die Beigeladene zu 1) sei nicht an Weisungen gebunden. Aus der Erfüllung vertraglicher Pflichten könne nicht auf eine Arbeitnehmereigenschaft geschlossen werden. Gebietszuweisungen an Handelsvertreter seien üblich. Auch die Bindung an die Öffnungszeiten des Kaufhauses stelle keine relevante Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Handelsvertreters dar. Da das Entgelt der Beigeladenen zu 1) ausschließlich von Umsatzprovisionen abhängig gewesen sei, habe sie ein typisches unternehmerisches Risiko getragen. Die Selbständigkeit folge auch aus dem Umstand, dass sie dritte Personen mit der Ausführung ihrer Tätigkeit habe beauftragen können. Gleiches gelte für die Verpflichtung, im Verhinderungsfall selbst für eine Vertretung sorgen zu dürfen und zu müssen. Für eine selbständige Tätigkeit spreche auch, dass die Beigeladene zu 1) noch zu einer

weiteren Firma ein Handelsvertreterverhältnis unterhalte.

Mit Widerspruchsbescheid vom 1. August 2002 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück und führte aus, nach wie vor sei festzustellen, dass die Beigeladene zu 1) ihre Tätigkeit als Propagandistin/Promoterin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles sei die Tatsache, dass die Beigeladene zu 1) für mehrere Auftraggeber tätig gewesen sei, für die Beurteilung des Auftragsverhältnisses zur Klägerin nicht maßgeblich. Denn auch ein Arbeitnehmer könne für mehrere Arbeitgeber tätig sein. Die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) entspreche nicht dem Berufsbild des Handelsvertreters. Sie setze zur Ausübung ihrer Tätigkeit kein eigenes Kapital ein. Im Übrigen spreche die Bezahlung lediglich nach dem Erfolg der Arbeit nicht unbedingt gegen die persönliche Abhängigkeit eines Beschäftigten. Im allgemeinen Geschäftsverkehr werde die Beigeladene zu 1) nicht als selbständig Tätige wahrgenommen. Sie führe untergeordnete Arbeiten aus. Bei diesen sei eher als bei gehobenen Tätigkeiten eine abhängige Beschäftigung anzunehmen.

Die Beigeladene zu 3) ist seit November 1999 Mitglied der BKK VEGLA. Mit Bescheid vom 9. Dezember 1999 teilte diese der Beigeladenen zu 3) mit, die Prüfung der eingereichten Unterlagen habe ergeben, dass Scheinselbstständigkeit im Sinne von [§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) i.V.m. § 2 Nr. 9 des Sechsten Sozialgesetzbuches (SGB VI) vorliege. Der Bescheid enthielt eine Rechtsmittelbelehrung, in der die Beigeladene zu 3) darüber informiert wurde, der Bescheid werde nur im Falle des Widerspruchs nicht bindend. Weder die Beigeladene zu 3) noch die Klägerin, an die der Bescheid allerdings auch nicht übersandt worden war, erhoben Widerspruch. Die Klägerin meldete die Beigeladene zu 3) nicht zur Sozialversicherung an.

Im Februar 2001 führte die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung durch. In dem Protokoll der Schlussbesprechung wurde vermerkt, die versicherungsrechtliche Beurteilung der Handelsvertreter und insbesondere der Beigeladenen zu 3) habe nicht abschließend geklärt werden können. Am 10. Juli 2002 hörte die Beklagte die Beigeladene zu 3) und die Klägerin zu der beabsichtigten Feststellung an, dass die Beigeladene zu 3) seit dem 1. November 1999 abhängig beschäftigt sei. Die Beigeladene zu 3) trug hierzu vor, sie könne selbst bestimmen, wann sie arbeiten möchte, wie oft und wie lange und in welchem Haus. Auch könne sie ihren Urlaub nach Belieben nehmen und sich von einer anderen Person vertreten lassen. Mit Bescheid vom 18. September 2002 teilte die Beklagte der Klägerin und der Beigeladenen zu 3) mit, dass für Letztgenannte Versicherungspflicht für den Zeitraum ab Bekanntgabe der Entscheidung festgestellt werde. Die Beigeladene zu 3) wurde um Zustimmung zum Versicherungsbeginn mit Bekanntgabe des Bescheides gebeten. Diese wurde von ihr erteilt.

Am 30. September 2002 legte die Klägerin Widerspruch ein. Die Begründung des Widerspruchs entspricht der im Falle der Beigeladenen zu 1) gegebenen Begründung. Mit Widerspruchsbescheid vom 19. Mai 2003 hielt die Beklagte an ihrer bisherigen Rechtsauffassung fest.

Die Klägerin hat am 2. September 2002 gegen den Widerspruchsbescheid vom 1. August 2002 und am 12. Juni 2003 gegen den Widerspruchsbescheid vom 19. Mai 2003 Klage beim Sozialgericht Itzehoe erhoben. Das Sozialgericht hat beide Klageverfahren miteinander verbunden.

Zur Begründung hat die Klägerin vorgetragen, es sprächen wesentlich mehr Indizien für als gegen eine selbständige Tätigkeit. Den Handelsvertretern obliege es nicht nur, die Waren zu präsentieren und ggf. vorzuführen sowie für den Abschluss von Kaufverträgen zu werben. Vielmehr könne der Handelsvertreter auch Kaufverträge mit dem Endkunden namens und im Auftrag des Warenlieferanten abschließen. Es handle sich also nicht um eine reine Werbungstätigkeit ohne Vermittlung oder Abschluss von Geschäften. Bei der Betreuung von Verkaufsständen drehe es sich um die typische Tätigkeit eines Handelsvertreters im Sinne des Handelsgesetzbuches (HGB). Ihr - der Klägerin - erschließe sich nicht, warum die Tätigkeiten der Beigeladenen nur von "untergeordneter" Bedeutung sein sollten. Unerheblich sei auch, wie diese im allgemeinen Geschäftsverkehr wahrgenommen würden. Auch verkenne die Beklagte, dass ein typisches unternehmerisches Risiko nicht nur durch den Einsatz von eigenem Kapital oder eigenen Betriebsmitteln gekennzeichnet sei. Das Entgelt der Beigeladenen sei ausschließlich von Umsatzprovisionen abhängig. Damit trügen sie ein typisches unternehmerisches Risiko, das mit einem abhängig bezahlten Arbeitnehmer nicht zu vergleichen sei. Außerdem finde sich das Merkmal der Höchstpersönlichkeit, das hinsichtlich der zu erbringenden Leistungen dem Dienstvertrag innewohne, ganz augenscheinlich im Falle der Beigeladenen nicht. Denn diese seien nicht verpflichtet, die Leistungen persönlich zu erbringen. Auch spreche das Fehlen eines Weisungsrechts eindeutig für eine selbständige Tätigkeit. Die Beigeladene zu 1) sei zudem für mehrere Auftraggeber tätig geworden. Die Klägerin hat einige die Beigeladenen zu 1) und 3) betreffende Provisionsabrechnungen sowie das Muster eines Einzelvertrages zur Akte gereicht.

Die Klägerin hat (sinngemäß) die Aufhebung der genannten Bescheide sowie die Feststellung beantragt, dass die Beigeladenen zu 1) und 3) selbständig tätig sind.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und vorgetragen, die Beigeladenen zu 1) und 3) seien zwar nicht in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert; jedoch hätten sie sich in die Arbeitsorganisation eines Dritten einfügen müssen. Ihnen sei ein fester Verkaufsstand innerhalb des Kaufhauses zugewiesen worden. Ein Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Ort, Art und Weise der Tätigkeit liege vor. Es ergebe sich aus dem jeweils erteilten Auftrag. Die Beigeladenen würden kein eigenes Unternehmerrisiko tragen, da dieses mit dem Einsatz eigenen Vermögens verbunden sei. Allein die formale Berechtigung, Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen, schließe das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus. Dies habe zumindest dann zu gelten, wenn die persönliche Leistungserbringung die Regel sei. Auch die Provisionsabrechnungen sprächen für eine dem Grunde nach sozialversicherungsrechtliche Beschäftigung. Die Höhe der gezahlten Provisionen spreche nicht für ein unternehmerisches Risiko. Hier werde lediglich das Entgeltrisiko ersichtlich. Ein Risiko, Verluste zu machen, habe nicht bestanden.

Mit Urteil vom 24. März 2004 hat das Sozialgericht den Klagen stattgegeben, die angefochtenen Bescheide aufgehoben und die Beklagte verurteilt, im Rahmen der Neubescheidung festzustellen, dass die Beigeladenen selbständig tätig sind. Das Urteil ist durch Beschluss vom 3. Juni 2004 um eine Kostenentscheidung und um die Streitwertfestsetzung ergänzt worden. Zur Begründung hat das Sozialgericht unter anderem ausgeführt: Den Beigeladenen zu 1) und 3) seien Weisungen hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung nicht erteilt worden. Sie selbst hätten sich frei zum Abschluss der angebotenen Einzelverträge, in denen Einsatzort und -zeit bestimmt worden seien, entschließen können oder nicht. So seien auch die arbeitsfreie Zeit und der Urlaub frei wählbar gewesen. Auch nach Abschluss des Einzelvertrages habe ein Weisungsrecht der Klägerin nicht bestanden, denn dieser habe nicht die Art und Weise der Ausführung der Tätigkeiten vor Ort geregelt. Die Klägerin habe auch nicht die Tätigkeiten vor Ort überwacht. Ein wesentliches Merkmal

eines Arbeitsverhältnisses, nämlich die Dienstleistung höchstpersönlich erbringen zu müssen, sei nicht gegeben. Die Beigeladenen zu 1) und 3) hätten ausschließlich eine erfolgsabhängige Provision erhalten. Hierin liege ein Unternehmer- und nicht lediglich ein Entgeltrisiko. Denn z.B. beim Akkord- oder Prämienlohn erziele der Arbeitnehmer auch bei schlechter Arbeitsleistung noch ein Einkommen. Anders gelagert sei der Fall der Beigeladenen zu 1) und 3). Die Klägerin sei nicht einmal verpflichtet gewesen, ihnen überhaupt Einzelverträge anzubieten. Dies bedeute, bei ihnen sei nicht nur die Höhe der Einnahmen ungewiss gewesen, sondern auch die Möglichkeit der Erzielung.

Gegen das ihr am 27. Mai 2004 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 24. Juni 2004 Berufung eingelegt. Zur Begründung führt sie aus, die Beigeladenen zu 1) und 3) hätten ihren zeitlichen Einsatz zwar selbst bestimmen können. Dies sei aber unerheblich. Denn hierbei handele es sich um eine Entschließungsfreiheit, die auch ein jeder Arbeitnehmer habe und die darin liege, nach Ende eines Vertragsverhältnisses ein neues zu begründen oder auch nicht. Die Möglichkeit der Beigeladenen, ihre Tätigkeiten durch Dritte erbringen zu lassen, sei rein theoretischer Natur. Auch würden sie Weisungen unterliegen. Dies ergebe sich aus dem Rahmenvertrag. Dort sei geregelt, dass der Unternehmer für den Handelsvertreter Fortbildungsveranstaltungen durchführe, diesen zur Ausübung der Tätigkeit ausbilde und in die Verkaufstechnik einweise. Hierbei handele es sich nicht um ein unverbindliches Angebot. Vielmehr sei der Handelsvertreter zur Teilnahme an der Weiterbildung verpflichtet. Auch die Höhe der Provision sei einseitig bestimmt worden. Es habe eine ausdrückliche Bindung an die vorgegebenen Verkaufspreise und Verkaufsbedingungen bestanden. Für eine unternehmerische Gestaltung sei kein Raum geblieben. So treffe es nicht zu, dass die Beigeladenen zu 1) und 3) ihre Arbeitszeit, den Arbeitsort und den Arbeitsumfang hätten mitbestimmen können. Denn sie seien an die vorgegebenen Einzelverträge gebunden gewesen - ebenso wie ein Arbeitnehmer, der sich nach den Vorgaben seines Arbeitsvertrages zu richten habe. Auch seien die Gepflogenheiten in Kaufhäusern zu beachten. Die jeweiligen Öffnungszeiten sowie auch der Platz zur Präsentation sei vorgegeben gewesen. Von einem Mitbestimmungsrecht könne keine Rede sein.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Itzehoe vom 24. März 2004 aufzuheben und die Klagen ab- zuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie trägt vor, das Eingehen einer einzelvertraglichen Verpflichtung entsprechend dem Rahmenvertrag könne nicht mit der Entschließungsfreiheit eines Arbeitnehmers außerhalb eines Arbeitsverhältnisses verglichen werden. Die Beigeladenen zu 1) und 3) könnten selbst entscheiden, ob sie nach Maßgabe des Rahmenvertrages einzelvertraglich eine bestimmte Tätigkeit übernehmen oder nicht. Sie bestimmten daher die Arbeitszeit, den Arbeitsort sowie den Umfang des Arbeitseinsatzes selbst bei Abschluss des jeweiligen Einzelvertrages. Während des Arbeitseinsatzes seien keinerlei Weisungen durch sie - die Klägerin - zu befolgen. Dies sei im Rahmenvertrag ausdrücklich vorgesehen. Auch Weisungen des Warenlieferanten oder Dritter sowie feste Arbeitszeiten seien nicht einzuhalten. Hieran ändere die bloße Unterrichtungspflicht der Beigeladenen über eine Änderung des genauen Einsatzortes nichts. Auch verkenne die Beklagte, dass die Beigeladenen nicht zur Teilnahme an einer bestimmten Weiterbildung, sondern lediglich allgemein zur Weiterbildung verpflichtet seien. Vorschriften über eine generelle Fortbildungsverpflichtung seien auch in vielen Berufsordnungen anderer selbstständiger Berufsgruppen enthalten. Die Höhe der Provision hänge von der einzelvertraglichen Vereinbarung ab. Sie bestimme sich nach einem zu vereinbarenden prozentualen Anteil am Warenumsatz.

Der Senat hat zusätzlich die Saint-Gobain Betriebskrankenkasse, deren Pflegekasse, die DAK - Pflegekasse - sowie die Bundesagentur für Arbeit zu diesem Verfahren beigeladen. Keine der Beigeladenen stellen Anträge.

Die die Beigeladenen zu 1) und 3) betreffenden Verwaltungsakten der Beklagten sowie die Gerichtsakten S 9 KR 122/03 und S 9 KR 59/03 haben dem Senat vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. In ihr ist die Beigeladene zu 3) gehört worden.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig (§§ 143, 151 des Sozialgerichtsgesetzes & 211 SGG-). Bei der Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status ist die Berufung nicht nach § 144 SGG ausgeschlossen, da diese Feststellung als Voraussetzung der Beitragspflicht getroffen wird (vgl. Meyer-Ladewig, SGG-Kommentar, 8. Aufl., § 144 Rdn. 8 ff).

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das angefochtene Urteil ist zu bestätigen. Zu Recht hat das Sozialgericht der Klage stattgegeben und die Bescheide der Beklagten aufgehoben. Denn diese sind rechtswidrig. Die Beigeladenen zu 1) und 3) standen bei der Klägerin nicht in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis.

Rechtsgrundlage des Statusfeststellungsverfahrens bildet § 7a Abs. 1 SGB IV. Hiernach 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. Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt (§ 7a Abs. 2 SGB IV). Zudem ist § 28p SGB IV hier hinsichtlich der Beigeladenen zu 3) einschlägig. Nach dieser Vorschrift prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflicht und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen. Die Träger der Rentenversicherung erlassen im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern; insoweit gelten § 28h Abs. 2 dieses Gesetzes sowie § 93 i.V.m. § 98 Abs. 5 des Zehnten Sozialgesetzbuches (SGB X) nicht (§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV).

Versicherungspflicht tritt ein, wenn jemand in einem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis steht (für die Krankenversicherung § 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch -SGB V-, für die Arbeitslosenversicherung § 25 Abs. 1 Sozialgesetzbuch, Drittes Buch -SGB III-, für die Rentenversicherung § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch, Sechstes Buch -SGB VI- und für die soziale Pflegeversicherung § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch, Elftes Buch -SGB XI-). Grundlage der Beurteilung bildet die Legaldefinition des § 7 Abs. 1 SGB IV. Hiernach ist

Beschäftigung definiert als nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Die Eingliederung in den Betrieb wird deutlich an der Unterordnung unter ein vor allem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers, das dieser auch an andere Personen weitergeben kann. Für die Annahme einer fremdbestimmten Leistung reicht es auch aus, wenn der Arbeitnehmer sich in eine von dritter Seite vorgegebene Ordnung eines Betriebes einfügen muss. Selbstständig ist dagegen, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Eine selbstständige Tätigkeit ist zudem regelmäßig durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (vgl. BSG, Urt. v. 19. August 2003, Az.: [B 2 U 38/02 R](#); Urt. v. 12. Februar 2004, Az.: [B 12 KR 26/02 R](#) m.w.Nachw.; BAG, Urt. v. 20. August 2003, Az.: [5 AZR 610/02](#)).

Für die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und Selbständigkeit sind auch die Kriterien heranzuziehen, die in der Vermutungsregelung des bis zum 31. Dezember 2002 gegoltenen Abs. 4 des [§ 7 SGB IV](#) enthalten waren. Hiernach war im Wege einer widerlegbaren Vermutung von einer Beschäftigung auszugehen, wenn - neben anderen Voraussetzungen - drei der folgenden fünf Vermutungskriterien gegeben waren:

&61485; der Betreffende beschäftigt im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt aus dem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 325,00 &8364; übersteigt; &61485; er ist auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig; &61485; sein Auftraggeber oder ein vergleichbarer Auftraggeber lässt entsprechende Tätigkeiten regelmäßig durch von ihm beschäftigte Arbeitnehmer verrichten; &61485; die Tätigkeit lässt typische Merkmale unternehmerischen Handels nicht erkennen; &61485; es handelt sich um eine Tätigkeit, die im Falle eines Wechsels von einer Beschäftigung zur behaupteten Selbstständigkeit ihrem äußeren Erscheinungsbild nach der Tätigkeit entspricht, die die Erwerbsperson für denselben Auftraggeber zuvor auf Grund eines Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hatte.

Mit dieser Vorschrift hatte der Gesetzgeber einige von der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze zur Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit zur abhängigen Beschäftigung aufgegriffen. Sie kann deshalb auch nach ihrem Außerkrafttreten sinngemäß nach wie vor angewendet werden, wie der erkennende Senat mehrfach entschieden hat (z. B. Urteil vom 26. Oktober 2005, Az.: [L 5 KR 86/04](#); siehe auch Urteile des 1. Senats vom 20.12.1995, Az.: L 1 Kr 119/94 und vom 19. Mai 1992 Az.: [L 1 Kr 34/91](#)). Diese Grundsätze führen im Falle der Beigeladenen zu 1) und 3) unter Berücksichtigung aller Umstände allerdings nicht zu der Feststellung, dass diese Arbeitnehmerinnen der Klägerin waren.

Zwar sind zumindest zwei der in der oben zitierten Vermutungsregelung des [§ 7 Abs. 4 SGB IV](#) enthaltenen Kriterien im Falle der Beigeladenen zu 1) und 3) erfüllt: Sie haben keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, dessen Arbeitsentgelt aus dem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig im Monat 325,00 &8364; überstieg. Sie waren auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber - nämlich die Klägerin &8211; tätig und durften während des im Einzelvertrag vereinbarten Verkaufszeitraumes nicht gleichzeitig andere Waren verkaufen. Sie mussten sich in die Arbeitsorganisation eines Dritten einfügen.

Ferner sprechen einige weitere Kriterien für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis: Die Beigeladene zu 3) war zunächst im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses für die Klägerin tätig und wurde dann ab Oktober 1999 Unterhandelsvertreterin. Das Einkommen der beiden Propagandistinnen liegt lediglich zwischen 500 und 1000 Euro und bildet damit keine ausreichende oder zumindest nur eine geringe Existenzgrundlage. Sowohl die Beigeladene zu 1) als auch die Beigeladene zu 3) sind überwiegend nur an einem Einsatzort tätig. Sie sind an die vom Warenlieferanten bzw. von der Klägerin als dessen Handelsvertreter vorgegebenen Verkaufspreise und Verkaufsbedingungen gebunden (§ 2 Nr. 8 des Rahmenvertrages). Die Höhe der jeweiligen Provision kann nicht frei ausgehandelt werden, sondern wird von der Klägerin weitgehend vorgegeben. Die Provision beträgt 17,75 % bzw. bei Vorliegen besonderer Umstände 18,56 oder 20,88 %. Nur innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens können die Propagandistinnen ihre Provision selbst bestimmen. Hinzu kommt, dass die Klägerin die Modalitäten der Provisionsabrechnung und die Fälligkeit der Provision mit einer Ankündigungsfrist von einem Monat nach Belieben ändern kann (§ 6 Nr. 4 des Rahmenvertrages). Das unternehmerische Risiko der Propagandistinnen ist insoweit eingeschränkt, als der Einsatz eigenen Kapitals oder eigener Betriebsmittel nicht vonnöten ist. Damit ist auch das Risiko, eingesetztes Kapital zu verlieren, nicht gegeben. Nach § 5 Nr. 3 des Rahmenvertrages verpflichtet sich der Unternehmer, dem Handelsvertreter alle zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Verkaufshilfen, Werbematerial, Formulare und Ähnliches zu Verfügung zu stellen. Die Verkaufshilfen bleiben Eigentum des Unternehmers bzw. des Warenlieferanten. Diesen genannten Kriterien stehen allerdings zahlreiche Gesichtspunkte entgegen, die für eine selbständige Tätigkeit der Beigeladenen sprechen.

Wichtigstes Kriterium für die Selbständigkeit der Beigeladenen zu 1) und 3) ist die fehlende Weisungsgebundenheit. In § 2 Nr. 1 des zwischen den Beigeladenen zu 1) und 3) und der Klägerin geschlossenen Rahmenvertrages ist festgelegt: &8222;Der Handelsvertreter ... ist bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit an Weisungen des Unternehmers, des Warenlieferanten oder Dritter nicht gebunden und wird eigenverantwortlich tätig. Feste Arbeitszeiten hat der Handelsvertreter nicht einzuhalten, er bestimmt diese nach eigenem Ermessen.&8220; Diese vertragliche Regelung weicht nicht von den tatsächlichen Verhältnissen ab. Die Beigeladenen zu 1) und 3) sind nicht in eine übergeordnete Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert und können selbst bestimmen, ob sie zu einem bestimmten Termin an einem bestimmten Ort tätig werden wollen. Selbst wenn der Ort des Verkaufs und der Zeitraum per Einzelvertrag festgelegt worden ist, bleibt den Beigeladenen immer noch ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich der konkreten Arbeitszeit. Auch die Ausgestaltung des Verkaufstandes unterliegt nicht den Weisungen der Klägerin. Der Warenlieferant liefert die Ware direkt in das jeweilige Kaufhaus. Die Propagandistin kann selbständig Produkte, die guten Absatz finden, beim Warenlieferanten nachbestellen. Die Klägerin führt keine Überwachung vor Ort durch und nimmt somit keinen Einfluss auf den konkreten Arbeitsablauf. Die Beigeladenen zu 1) und 3) können ihre arbeitsfreie Zeit selbst festlegen. Es besteht die Möglichkeit, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen und mit diesen direkt abzurechnen. Sowohl die Beigeladene zu 1) als auch die Beigeladene zu 3) haben nach ihren eigenen Angaben von dieser Möglichkeit häufiger Gebrauch gemacht.

Ein vertraglich festgelegter Urlaubsanspruch besteht nicht. Urlaub muss folglich auch nicht vorab durch die Klägerin genehmigt werden. Ebenso haben die Propagandistinnen keinen wie immer gearteten Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Aus dem Umstand, dass sich die Beigeladenen zu 1) und 3) zum Teil in die Arbeitsorganisation des jeweiligen Kaufhauses einfügen müssen und an dessen

Öffnungszeiten gebunden sind, lässt sich kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin herleiten. Zwar ist es durchaus üblich, dass auch versicherungspflichtige Arbeitnehmer in einer fremden Arbeitsorganisation tätig werden. Jedoch muss ein Weisungsrecht des jeweiligen Arbeitgebers erkennbar sein. Daran fehlt es hier. Das Weisungsrecht der Klägerin lässt sich nicht allein aus der im Rahmenvertrag festgelegten Verpflichtung zur Weiterbildung herleiten, denn es muss sich in erster Linie auf die Zeit, Dauer, den Ort und die Art der Arbeitsausführung beziehen. Für eine selbständige Tätigkeit spricht weiterhin, dass die Propagandistinnen ohne vorherige Genehmigung durch die Klägerin auch für andere Auftraggeber tätig werden können.

Die Beigeladenen zu 1) und 3) treten im Verhältnis zu den Käufern der Ware nicht als Hilfspersonen der Klägerin auf, denn die Waren stehen nicht in deren Eigentum und werden nicht in ihrem Namen und für ihre Rechnung verkauft. Allerdings sind der Preis und die Verkaufsbedingungen vorgegeben. Die Beigeladenen zu 1) und 3) tragen ein unternehmerisches Risiko, denn sie erhalten ausschließlich eine an den Umsatz gekoppelte Provision. Damit ist ihr Einkommen allein vom Erfolg ihrer Tätigkeit abhängig. Das unternehmerische Risiko der Beigeladenen zu 1) und 3) geht weit über das Entgeltrisiko eines Arbeitnehmers hinaus. Wie das Sozialgericht zu Recht ausgeführt hat, wird ein Beschäftigter auf Grund des vereinbarten Grundlohnes stets auch bei schlechter Arbeitsleistung ein Einkommen erzielen, das im Verhältnis zu dem erfolgsabhängigen Anteil deutlich im Vordergrund steht. Bei den Beigeladenen zu 1) und 3) besteht eine unmittelbare Relation zwischen dem Umfang der verrichteten Arbeit und den Verdienstmöglichkeiten und damit ein typisches unternehmerisches Risiko. Nicht nur die Höhe der Einnahmen ist ungewiss, sondern auch die Möglichkeit, überhaupt Einnahmen zu erzielen. Denn die Klägerin war nach dem Rahmenvertrag nicht verpflichtet, den Unterhandelsvertretern überhaupt Einzelverträge anzubieten.

Nach einer Würdigung aller Umstände ist der Senat zu der Annahme gelangt, dass die Kriterien der Selbständigkeit überwiegen und deshalb die Beigeladenen zu 1) und 3) nicht als Arbeitnehmerinnen der Klägerin anzusehen sind. Dieses Ergebnis erscheint vor allem angemessen, da die wesentlichen Merkmale einer abhängigen Beschäftigung &8211; die Gebundenheit an Weisungen und eine feste monatliche Vergütung &8211; nicht gegeben sind. Außerdem fehlt das wichtige Merkmal der Höchstpersönlichkeit der zu erbringenden Arbeitsleistung (vgl. Urteil des SG Frankfurt Az.: [S 30 KR 4281/02](#)). Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu obergerichtlicher Rechtsprechung. Der dem Urteil des Landesarbeitsgerichts (LAG) Hamburg vom 10. Februar 1999, Az.: [5 Sa 95/96](#) zugrundeliegende Fall, in dem die Arbeitnehmereigenschaft einer Propagandistin bejaht worden ist, ist mit dem hier entschiedenen nicht vergleichbar. Denn die Vertragsbeziehungen waren völlig anders ausgestaltet. Die dortige Propagandistin unterlag einem Weisungsrecht ihres Arbeitgebers. Auch das jeweilige Kaufhaus übte über Mitarbeiter Kontrollfunktionen aus. Der vom 1. Senat des LSG Schleswig-Holstein in seinem Urteil vom 20. Dezember 1995 Az.: L 1 Kr 119/94 entschiedene Fall ist ebenfalls nicht vergleichbar, denn dort erhielt die Propagandistin eine feste, vom Umsatz unabhängige monatliche Vergütung.

Die Streitwertfestsetzung ist nach den [§§ 13 Abs. 1 Satz 1, 14 Abs. 1 GKG](#) in der bis zum 31. Juni 2004 geltenden Fassung ([§ 72 Abs. 1 Nr. 1 GKG](#) in der seit dem 1. Juli geltenden Fassung) in Verbindung mit [§ 197a SGG](#) erfolgt.

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2006-04-19