

L 5 KR 15/11

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 5 KR 4462/09
Datum
25.11.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 KR 15/11
Datum
10.01.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 25.11.2010 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Feststellung, dass ihre Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 keine versicherungspflichtige Beschäftigung ist.

Die 1968 geborene Klägerin ist seit 01.09.2007 als Promoterin/Werbedame im Auftrag der Beigeladenen zu 1 tätig. Sie führt in SB-Märkten, die ihr von der Beigeladenen zu 1 zugeteilt werden, Verkostigungen und Empfehlungen von Milchprodukten der Firmen C. und L. durch, für die sie der Beigeladenen zu 1 eine Tagespauschale von 100,- EUR in Rechnung stellt.

Am 01.02.2008 beantragten die Klägerin und die Beigeladene zu 1 bei der Beklagten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) die Feststellung, dass die Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene zu 1 kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis darstelle. Die Klägerin gab an, sie könne die Werbeaufträge jeweils annehmen oder ablehnen. Eine eigene Preisgestaltung und eigener Kapitaleinsatz seien nicht erforderlich. Nach Teilnahme an einer Schulungsmaßnahme erhalte sie keine weiteren fachlichen Weisungen der Auftraggeberin, welche die Werbemittel für die einzelnen Termine zur Verfügung stelle. Das fachliche Letztentscheidungsrecht habe jeweils der Bezirksleiter der beworbenen Firma. Sie habe einen Neunstundentag inklusive einer Stunde Pause. Sie werde nicht überprüft, sondern handle eigenverantwortlich. Bei Beginn ihrer Arbeit melde sie sich bei den Marktleitern an und am Ende ab. Das beworbene Sortiment werde vom Bezirksleiter der zu bewerbenden Firma abgesprochen und an die Werbeagentur weitergeleitet, die dann den Auftrag an die Klägerin weitergebe. Der Kontakt zu den Mitarbeitern des Kunden beschränke sich auf solche zwischenmenschlicher Art. Bei der Verkostung der Milchprodukte gebe es auch keine Fehlbestände, da sie mit dem Verkauf nichts zu tun habe. Bei den Unterlagen der Beigeladenen zu 1, die sie jeweils bei der Schulung erhalten habe, handle es sich um eine Produktbeschreibung. Die Beigeladene zu 1 erklärte, schriftliche Vereinbarungen mit der Klägerin gebe es nicht; sie erhalte Termine für Promotion in SB-Märkten als selbständige Promoterin (sie habe einen Gewerbeschein), die sie dann der Beigeladenen in Rechnung stelle. Bei der Ausgestaltung der konkreten Arbeitszeit seien die Propagandisten völlig frei. Ebenfalls frei seien sie in der Entscheidung, welche Tätigkeiten, an welchen Einsatzorten sie wahrnehmen wollten, wobei sie im Rahmen der Öffnungszeiten der zu bewerbenden Betriebe ebenfalls in der Zeiteinteilung und bei der Pausengestaltung frei seien. Die eingesetzten Werbemittel würden von den werbenden Firmen gestellt, es obliege jedoch der jeweils tätigen Propagandistin, welche dieser Werbemittel sie in welchem Umfang einsetze. Auch bei den gelegentlich durchgeführten Produktschulungen würden zwar Möglichkeiten der Kundenansprache erläutert, es obliege aber den jeweiligen Propagandistinnen, wie sie hierbei dann vorgehen wollten.

Mit an die Beigeladene zu 1 und an die Klägerin adressierten Bescheiden vom 26.01.2009 stellte die Beklagte nach Anhörung der Beigeladenen zu 1 und der Klägerin mit Schreiben vom 27.11.2008 fest, dass die Klägerin die Tätigkeit als Promoterin bei der Beigeladenen zu 1 im Rahmen eines abhängigen, dem Grunde nach versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübt.

Die Klägerin legte gegen diesen Bescheid am 25.03.2009 Widerspruch ein und machte geltend, sie sei auch noch für drei andere Werbeagenturen als Promoterin tätig und werde von diversen SB-Märkten tageweise auch direkt gebucht. Sie sei von keinem ihrer

Auftraggeber persönlich abhängig. Sie selbst habe die Möglichkeit zur Auswahl der angebotenen Einsätze bei den verschiedenen Vertragspartnern.

Mit Widerspruchsbescheid vom 13.08.2009 hielt die Beklagte an der getroffenen Statusentscheidung fest. Die Klägerin könne zwar frei entscheiden, ob sie Aufträge annehme, nach Annahme des Auftrags erfolge jedoch jeweils eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1 als Weisungsgeberin. Der zeitliche Rahmen der jeweiligen Tätigkeit sei hinreichend eng eingegrenzt, wenn auch nicht exakt nach Tagen, Stunden oder Minuten bestimmt. Die Tätigkeit der Klägerin sei, entsprechend der einer Arbeitnehmerin, im Wesentlichen durch Vorgaben des Auftraggebers geprägt, also überwiegend fremd bestimmt, wobei die Klägerin keinen wesentlichen Gestaltungsspielraum bezüglich der zu erbringenden Dienstleistung habe. Da sie eine pauschale Bezahlung je Einsatztag erhalte, setze sie ihre eigene Arbeitskraft auch nicht etwa mit ungewissem Erfolg ein.

Die Klägerin hat ihr Begehren weiterverfolgt und am 02.09.2009 Klage zum Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben. Zur Begründung hat sie u.a. hervorgehoben, dass sie ein Gewerbe angemeldet habe und ihr kein bezahlter Urlaub zustehe. Für ihren wirtschaftlichen Erfolg seien persönliche Fähigkeiten, wie Einfühlungsvermögen, Redegewandtheit, Überzeugungskraft und Geschick entscheidend, nicht so sehr der Einsatz eigener finanzieller Mittel. Demnach sei hier von einem unternehmerischen Risiko zu sprechen. Die Notwendigkeit, zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Einsatzort zu erscheinen, wenn sie einen Auftrag angenommen habe, ergebe sich aus der Art der Tätigkeit selbst und spreche deshalb nicht für die Eingliederung in eine fremdbestimmte Betriebsorganisation.

In der mündlichen Verhandlung beim SG hat die Klägerin erklärt, dass das Auftragsverhältnis mit der Beigeladenen zu 1 Ende des Jahres 2008 ausgelaufen sei und sie seit Anfang 2009 in keiner Verbindung mit dieser mehr stehe. Es gehe damit nur um den Zeitraum von September 2007 bis Ende 2008. Sie habe die Beigeladene zu 1 seinerzeit über eine Freundin kennengelernt und die Beigeladene zu 1 habe ihr angeboten, auch ihr Einsätze als Werbedame zukommen zu lassen. Sie habe ihr dann die Daten bzw. die jeweiligen Wochen durchgegeben, in welchen im Raum F. entsprechende Werbeveranstaltungen in SB-Märkten angestanden hätten. Sie selbst habe nach Prüfung ihres Terminkalenders für einen Termin zugesagt, wenn ihr das gepasst habe. Im Monat sei es so zu gut 2 Einsätzen gekommen, es habe allerdings auch freie Monate ohne Einsätze gegeben. Die Einsätze seien immer von Donnerstag bis Samstag erfolgt, wobei die Einsatzzeit jeweils täglich 9 Stunden innerhalb der Öffnungszeiten der SB-Märkte betragen habe und sie 1 Stunde Pause habe machen können. Die pauschale Vergütung von 100.- EUR pro Einsatztag sei mit der Beigeladenen zu 1 vereinbart worden. Diese habe ihr den Betrag genannt, den die Damen so in der Regel bekämen. Sie habe im Jahre 2001 ein Gewerbe angemeldet und zwar einen Kosmetika-Vertrieb und Gesundheitsvertrieb, wobei sie Verkaufsabende veranstaltet habe. Das habe sie auch noch während der Werbetätigkeit für die Beigeladene zu 1 weiter gemacht. Ansonsten sei sie als Hausfrau zu Hause, verheiratet, mit Kindern, und sei über ihren Mann familienversichert. Bei den zu bewerbenden Produkten habe es sich um Milchprodukte der Firmen C. und L. gehandelt, Produkte wie Pudding, Joghurt, Grießpudding. Die habe sie den Kunden der SB-Märkte zum Verkosten angeboten. Wenn sie morgens um 09.00 Uhr in dem betreffenden SB-Markt erschienen sei, um dort bis 18.00 Uhr ihre Werbeaktion durchzuführen, habe der Marktleiter jeweils schon von ihrem Kommen gewusst. Auch der jeweilige Betriebsleiter der Molkereiproduktfirma sei dann mal vorbeigekommen. Über die täglich durchgeführte Werbeaktion habe sie dann jeweils Stempel und Unterschrift vom Marktleiter des SB-Marktes bekommen. Natürlich habe der auch mal nachgeschaut, ob sie die Kunden des SB-Marktes freundlich anspreche und so weiter. Die Waren, die sie zum Verkosten gereicht habe, seien immer schon im Markt vorhanden gewesen und jeweils inventarisiert bzw. abgeschrieben worden. Seien einmal alle bereit gestellten Waren durch die Verköstigungsaktion während des Tages verbraucht gewesen, habe sie beim Marktleiter wegen Nachschubs nachgefragt. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat einen Ergänzungsbescheid vom 26.01.2010 erlassen, in dem sie ab 01.09.2007 Versicherungspflicht der Klägerin zu allen Zweigen der Sozialversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt hat.

Mit Urteil vom 25.11.2011 hat das SG die Klage abgewiesen und im Wesentlichen ausgeführt, das BSG gehe davon aus, dass die Beklagte im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens Feststellungen im selben Umfang wie die Einzugsstellen in Verfahren nach [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) zu treffen habe, insbesondere also Feststellungen über die Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung. Diese in dem ursprünglichen Bescheid fehlenden ins Einzelne gehenden Feststellungen habe die Beklagte mit dem ergänzenden Bescheid vom 26.01.2010, der nach [§ 96 SGG](#) Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens geworden sei, nachgeholt. Nach Auffassung der Kammer sei dieser Ergänzungsbescheid verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden, so dass insgesamt nunmehr eine Feststellung der Beklagten vorliege, die den Vorgaben des BSG-Urteils vom 11.03.2009 ausreichend Rechnung trage. Da mit dem Bescheid vom 26.01.2010 die bisher angefochtenen Bescheide ausdrücklich ergänzt worden seien, bestehe für die Kammer deshalb kein Anlass mehr, die ursprünglich erteilten Bescheide wegen unzulässiger Elementenfeststellung aus formellen Gründen aufzuheben. Die Entscheidung der Beklagten in der Form, die sie durch den Feststellungsbescheid vom 26.01.2010 gewonnen habe, sei auch materiell-rechtlich nicht zu beanstanden, denn die Beklagte habe zutreffend entschieden, dass die Klägerin in ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 abhängig beschäftigt gewesen sei und der Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen habe. Kernpunkt des Rechtsstreits sei die Frage, ob die Klägerin in den Betrieb der Beigeladenen zu 1 als abhängig Beschäftigte eingegliedert oder in ihrer Tätigkeit als Werbedame selbständig tätig gewesen sei. Die von der sozialgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungskriterien zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit habe die Beklagte in dem angefochtenen Widerspruchsbescheid vom 13.08.2009 ausführlich dargelegt, weshalb die Kammer insoweit auf die Gründe des Widerspruchsbescheides Bezug nehme ([§ 136 Abs. 3 SGG](#)). Im vorliegenden Fall sehe die Kammer deutlich mehr Indizien, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen als für eine selbständige Tätigkeit. So sehe die Kammer eine Eingliederung der Klägerin in den Betrieb der Beigeladenen zu 1, wobei hier ein weiterer Betriebsbegriff zugrunde zu legen sei. Entscheidend sei, dass die Beigeladene zu 1 eine Betriebsstruktur entwickelt habe, die aus dem Beziehungsgeflecht der Beigeladenen zu 1 zu den verschiedenen SB-Märkten und zu den Werbeaufträgen verteilenden Firmen bestehe. In dieses Beziehungsgeflecht, das "den Betrieb" der Beigeladenen zu 1 darstelle, habe sich die Klägerin durch die jeweilige Annahme von Werbeterminen, die ihr die Beigeladene zu 1 durchgegeben habe, eingegliedert. Die Klägerin habe insoweit die Sache so dargestellt, dass ihr jeweils von der Beigeladenen zu 1 Daten bzw. Wochen durchgegeben worden seien, an denen im Raum Freiburg Werbeveranstaltungen angestanden hätten. Sie selbst habe dann nach eigener Prüfung einem Termin zugesagt oder eben einen Termin auch nicht angenommen. Im Monat sei es so zu gut 2 Einsätzen in SB-Märkten gekommen, das sei dann immer von Donnerstag bis Samstag gewesen. Es habe aber auch freie Monate ohne Einsätze gegeben. Dass sie die angebotenen Termine nicht habe zusagen müssen, sei ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Dem könne sich die Kammer so nicht anschließen, denn nach der Annahme eines Werbeauftrags sei die Klägerin jeweils in zeitlicher und örtlicher Hinsicht gebunden gewesen. Sie habe den Werbeauftrag in der besagten Woche von Donnerstag bis Samstag an dem jeweils festgelegten Ort (im jeweils die Werbeveranstaltung durchführenden SB-Markt) durchzuführen gehabt. Dass es ihr theoretisch frei gestanden haben solle, sich bei dieser Werbeveranstaltung auch vertreten zu lassen (es habe keine Pflicht bestanden, die

Werbeveranstaltung persönlich durchzuführen), sei dabei für die Kammer nicht entscheidend, denn wichtig sei die praktische Durchführung, und in der Praxis sei es zu einer derartigen Vertretung durch eine andere Person niemals gekommen. Wie die Klägerin selbst mit der Klage vorgetragen habe, habe sie zum Beispiel auch einen Lehrgang über lebensmittelrelevante Fragestellungen besucht, den sie selbst bezahlt habe. Bei den Werbeveranstaltungen selbst sei es jeweils auf ein freundliches und zuvorkommendes Auftreten ihrer Person angekommen. Schon deshalb dürfte die Erlaubnis, sich auch durch andere Personen bei den Werbeveranstaltungen vertreten zu lassen, mehr "auf dem Papier gestanden" haben, als tatsächlich praktiziert worden sein. Die besagte Eingliederung in die Betriebsstruktur der Beigeladenen zu 1 zeige sich auch daran, dass eine Zeitkontrolle über die jeweils vereinbarte Arbeitszeit (9 Stunden täglich mit einer Stunde Pause) durchgeführt worden sei, denn wenn sie morgens in dem jeweiligen SB-Markt erschienen sei, habe sie sich beim Marktleiter angemeldet, der über die Werbeaktion und über ihr Kommen schon informiert gewesen sei; ebenso habe sie sich abends wieder abgemeldet. Der Marktleiter habe gestempelt und ihr eine Anwesenheitsbescheinigung unterschrieben. Darüber hinaus habe der Marktleiter auch kontrolliert, ob die Klägerin anständig und freundlich gegenüber den Kunden des SB-Marktes auftrete. Insoweit habe er im Rahmen des von der Beigeladenen zu 1 aufgebauten betrieblichen Beziehungsgeflechts eine arbeitgeberartige Aufsicht über die Erfüllung der Arbeitszeit und über die Art und Weise der Arbeitstätigkeit der Klägerin geführt. Insoweit liege der Fall auch entscheidend anders, als der vom Bayerischen LSG am 18.05.2004 entschiedene ([L 5 KR 194/03](#)), denn dort habe die Klägerin mittels Verkaufsberatungen die Verkaufstätigkeit des jeweiligen Kaufhauses zu fördern gehabt, und sei nicht verpflichtet gewesen, zu den Öffnungszeiten in den Kaufhäusern zu erscheinen, sondern habe ihre individuelle Arbeitszeit täglich selbst bestimmen können und als Entgelt eine erfolgsabhängige Vergütung von 9 % Provision auf den Bruttoverkaufswert der beworbenen Artikel, die das jeweilige Einsatzkaufhaus durch ihre Beratungstätigkeit während der Zeit ihres Einsatzes verkauft habe, erhalten. Demgegenüber habe die Klägerin feste Arbeitszeiten gehabt, die auch überprüft wurden seien. Dazu passe, dass sie ein pauschales Entgelt erhalten habe und nicht nur eine erfolgsabhängige Provision, insofern also gerade kein unternehmerisches Risiko getragen habe, wie in dem vom Bayerischen LSG entschiedenen Fall. Das pauschale Entgelt habe sie pro Arbeitstag der Beigeladenen zu 1 in Rechnung stellen können, wobei die Kammer im Übrigen davon überzeugt sei, dass der Pauschalbetrag von 100,- EUR der Klägerin von der Beigeladenen zu 1 vorgegeben worden sei. Die Klägerin habe in der mündlichen Verhandlung zwar versucht, dies so darzustellen, als seien die 100,- EUR zwischen ihr und der Beigeladenen "vereinbart" worden, doch habe sie auch angegeben, die Beigeladene zu 1 habe ihr den Betrag genannt, "was die Damen so in der Regel bekommen". Offensichtlich habe hier kein Verhandlungsspielraum der Klägerin gegenüber ihrer Auftraggeberin, der Beigeladenen zu 1, bestanden, das pauschal in Rechnung zu stellende Entgelt selbst mit zu bestimmen. Auch dies spreche nicht für eine selbständige Stellung der Klägerin. Die Klägerin trage auch insoweit kein unternehmerisches Risiko, als sie weder von einem Kapitaleinsatz abhängig sei, noch von einem speziellen Einsatz von "Persönlichkeitskapital", indem etwa ihre Entlohnung davon abhängen würde, dass sie gegenüber den Kunden des SB-Marktes besonders freundlich, aufgeschlossen und verkaufsfördernd auftrete. Das pauschale Entgelt verdiene sie vielmehr in jedem Fall, auch wenn sie sich "nicht besonders anstrengt". Dass sie bei dauerhaft mangelndem Einsatzwillen oder erkennbar für den Werbeeinsatz nicht geeigneter Persönlichkeitsstruktur irgendwann von ihrer Auftraggeberin keine weiteren Werbeaufträge bekommen würde, beweise nichts für ihre Selbständigkeit, denn auch der abhängige Arbeitnehmer riskiere in einem derartigen Fall irgendwann eine Kündigung. Ebenso könne die Klägerin aus fehlendem Urlaubs- und Entgeltfortzahlungsanspruch gegenüber der Beigeladenen zu 1 nichts für ihre selbständige Stellung herleiten. Vielmehr beweise dies im vorliegenden Fall nur ihre schwache und untergeordnete Stellung bei den Vertragsverhandlungen mit der Beigeladenen zu 1. Dass es hier im Übrigen vertragliche Abmachungen, etwa hinsichtlich des pauschal in Rechnung zu stellenden Entgelts, gegeben habe, liege auf der Hand. Die Angaben der Beigeladenen zu 1 und der Klägerin, es habe gar keine vertraglichen Abmachungen gegeben, dürften sich darauf beziehen, dass man nichts schriftlich vereinbart habe. Dennoch habe es zwischen den beiden vertragliche Abmachungen gegeben. Nach alledem sprächen die überwiegenden und wesentlichen Indizien nach Überzeugung der Kammer hier für eine abhängige Beschäftigung der Klägerin. Dass sie schon 2001 einen Gewerbeschein erworben habe, spreche ebenso wenig entscheidend dagegen, wie die Tatsache, dass sie bisher eine selbständige Tätigkeit in Form des Vertriebs von Kosmetika und Gesundheitsartikeln ausgeübt haben möge.

Gegen dieses ihr am 15.12.2010 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 03.01.2011 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt und im Wesentlichen geltend gemacht, in Ausübung ihres Gewerbes sei sie u.a. vom 01.09.2007 an zunächst ausschließlich für die Beigeladene zu 1 tätig gewesen, für die sie als sog. Werbedame (Propagandistin) Verkostigungen in SB-Märkten durchgeführt habe. Ein schriftlicher Vertrag sei nicht geschlossen worden. Im Laufe des Jahres 2008 sei sie darüber hinaus auch für andere Werbeagenturen, so z.B. für die Firmen G.-P., B., W., m. & m., D., tätig gewesen. Bei Annahme eines Auftrags für die Beigeladene zu 1 sei es ihr überlassen geblieben, wann genau sie die Verkostungen durchführen wolle. Eine zeitliche und sonstige Abstimmung sei lediglich mit dem Marktleiter erforderlich gewesen. Auch sei es ihr freigestellt geblieben, den Auftrag persönlich oder - im Verhinderungsfall - durch eine andere Person durchführen zu lassen. Sie habe lediglich Informationen über die zu bewerbenden Produkte und gegebenenfalls Werbematerial erhalten. Irgendwelche darüber hinaus gehenden Anweisungen seitens der Beigeladenen zu 1 bzw. der anderen Auftraggeber habe sie nicht erhalten. Sie habe sich auch die erforderlichen Spezialkenntnisse auf eigene Kosten angeeignet. So habe sie z.B. einen Lehrgang über lebensmittelrelevante Fragestellungen besucht, den sie selbst bezahlt habe. Sie habe ihre Leistungen der Beigeladenen zu 1 bzw. den anderen Auftraggebern gegenüber in Rechnung gestellt. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ihrer Tätigkeit sei sie in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht als selbständige Auftragnehmerin zu qualifizieren. Es fehle bereits an der Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringung. Im Streitfall habe sie die Möglichkeit gehabt, die geschuldete Leistung auch durch Dritte erbringen zu lassen. Es sei ihr weiterhin gestattet gewesen, auch für andere Auftraggeber in selbständiger Weise tätig zu werden (keine Ausschließlichkeitsvereinbarung). Diese Möglichkeit sei von ihr auch im weiteren Verlauf genutzt worden. Ihr unternehmerisches Konzept beinhalte auch die Zusammenarbeit mit mehreren Auftraggebern. Ihr habe es jeweils frei gestanden, ob sie den konkreten, ihr angetragenen Auftrag annehme oder nicht. Dies, sowie der Umstand, dass sie für die Beigeladene zu 1 bzw. für die anderen Auftraggeber nur sporadisch tätig gewesen sei, spreche ebenfalls für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Sie sei in ihrer Zeiteinteilung im Wesentlichen frei gewesen. Es sei zwar zutreffend, dass ein gering ausgeprägtes Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1 bzw. der anderen Auftraggeber in Bezug auf Ort, Zeit und Art und Weise der Tätigkeit sich aus dem jeweils erteilten Auftrag ergeben habe. Dies sei jedoch im Streitfall ohne Bedeutung, da prinzipiell eine gewisse Weisungsgebundenheit anerkanntermaßen auch bei Beauftragung selbständiger Personen vorliegen könne, regelmäßig sogar vorliegen werde. Insbesondere lasse die Vorgabe durch den Auftraggeber, an einem bestimmten Einsatzort möglichst zu einer bestimmten Zeit zu erscheinen, den Schluss auf das Vorliegen einer unselbstständigen Beschäftigung schon deshalb nicht zu, weil diese Notwendigkeit sich gerade aus der Art der Tätigkeit selbst ergeben habe und die Anweisungen unmittelbar mit der Vermarktung im Zusammenhang gestanden hätten. Der Auftraggeber könne in einem solchen Falle das Vermarktungskonzept sogar detailliert vorgeben, ohne dass derartige inhaltliche Weisungen gegen eine selbständige Tätigkeit sprächen. Derartige Weisungen dienten nämlich nur dazu, das betreffende Produkt sowohl sachgerecht als auch nach der unternehmerischen Vertriebskonzeption des Produzenten angemessen anzubieten. Sie möge zwar in ihrem Arbeitsablauf als solchem weitgehend festgelegt gewesen sein, zumal sie den Kunden der SB-Märkte gegenüber nicht anders aufgetreten sei, als die angestellten

Verkäuferinnen und Verkäufer des Warenhauses dies in ihren Bereichen getan hätten. Diese Beschränkungen im Handlungsspielraum seien jedoch nicht streitentscheidend, da sie sich zwangsläufig aus den Besonderheiten des ihr von der Beigeladenen zu 1 bzw. den anderen Auftraggebern zugewiesenen Bereiches ergäben. Eine Einschränkung ihrer Selbständigkeit in ihrem Verhältnis zu dem jeweiligen Auftraggeber könne hieraus nicht hergeleitet werden. Der Zeitrahmen der Auftragsdurchführung ergebe sich nämlich schon dadurch, dass die Warenhäuser, in welchen die Aktionen durchgeführt würden, regelmäßig nur in einem bestimmten zeitlichen Rahmen geöffnet hätten. Hierbei liege es auf der Hand, dass die Auftragnehmer im Rahmen der Marktöffnungszeiten der Erfüllung des Auftrages nachgingen. Hinzu komme, dass in dem vorstehend aufgezeigten zeitlichen Rahmen keine starren Arbeitszeiten vorgegeben seien. Sie sei auch schon deshalb nicht in Person nachhaltig an diese Richtzeiten gebunden gewesen, weil sie die Möglichkeit gehabt habe, die durch den Auftrag geschuldeten Dienste von einer geeigneten dritten Person erbringen zu lassen. Aus vorstehend genannten Gründen trage sie auch das unternehmerische Risiko ihrer Tätigkeit selbst. Zu berücksichtigen sei nämlich ferner, dass sie ein nicht unerhebliches Unternehmerrisiko auch deswegen trage, weil sie darauf angewiesen sei, ihren jeweiligen Auftrag zur Zufriedenheit des jeweiligen Warenhauses bzw. des Auftraggebers zu erledigen. Sie müsse sich die neuen Aufträge dadurch erarbeiten, dass sie die vorangegangenen jeweils zur Zufriedenheit des Auftraggebers ausführe. Bei einem Arbeitnehmer dagegen werde sich ein einziger Misserfolg - schon wegen der Kündigungsschutzbestimmungen - nicht unbedingt negativ auswirken. Bei ihr als Werbedame bestehe jedoch die Gefahr, dass sie bei Schlechterfüllung des Auftrages nicht erneut engagiert würde. Auch sei ein wesentlicher Umstand, dass sie eine zeitlich jeweils nur kurze Berührung mit dem Betrieb der Beigeladenen zu 1 bzw. dem des jeweiligen Auftraggebers gehabt habe. Schon deshalb sei ihre Eingliederung in deren Betrieb besonders sorgfältig zu prüfen. Denn bei jeweils nur kurzzeitigen Aufträgen müsse sich der Auftragnehmer - stärker als bei einer auf Dauer angelegten Arbeitnehmertätigkeit - dem Auftraggeber gegenüber immer wieder bestätigen. Er trage somit ein verstärktes Unternehmerrisiko. Er sei bei kurzzeitigen Aufträgen auch weniger in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert und dessen Weisungen auch nur in geringem Umfang unterworfen. Nicht unbedeutend sei auch der Umstand, dass sie bei persönlicher Verhinderung keine Einnahmen habe erzielen können. Das unternehmerische Risiko könne auch nicht unter Hinweis auf den beschränkten Einsatz von Betriebsmitteln infrage gestellt werden. In dem hier vorliegenden Zusammenhang könne das Merkmal Betriebskapital bzw. Betriebsmittel kein maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen abhängig Beschäftigten und Selbständigen darstellen. Das Erfordernis von Betriebskapital sei nicht mit der Unternehmerstellung schlechthin verknüpft, sondern mit der Art der in Aussicht genommenen Tätigkeit. Das Merkmal des "unternehmerischen Risikos" könne im Falle einer Werbedame generell nicht sehr hoch angesetzt werden. Für den wirtschaftlichen Erfolg einer Propagandistin kämen deren persönlichen Fähigkeiten, wie Einfühlungsvermögen, Redegewandtheit, Überzeugungskraft und Geschick eine erheblich größere Bedeutung zu als dem Einsatz finanzieller Mittel. Sie habe ein entsprechendes Gewerbe angemeldet. Ihr stehe auch kein bezahlter Urlaub zu. Gleichwohl könne sie selbstverständlich zu jeder Zeit Urlaub nehmen und müsse in der maßgeblichen Zeit keine Aufträge durchführen. Auch dieser Umstand spreche für eine Selbständigkeit und gegen die Auftragnehmereigenschaft. Eine Fortzahlung der Bezüge im Krankheitsfall sei ebenso nicht vereinbart worden. Das Risiko der persönlichen Verhinderung der Auftragnehmerin trage im Streitfall diese, d.h. sie selbst, so dass auch dies für ihre Selbständigkeit spreche. Das SG habe dies verkannt. Nach einer Würdigung aller Umstände sei davon auszugehen, dass die Kriterien der Selbständigkeit bei ihrer Tätigkeit überwogen und sie deshalb nicht als Arbeitnehmerin der Beigeladenen zu 1 anzusehen sei. Dieses Ergebnis erscheine vor allem auch deshalb alleine angemessen, weil die wesentlichen Merkmale einer abhängigen Beschäftigung - die Gebundenheit an Weisungen und eine feste monatliche Vergütung - nicht gegeben seien. Außerdem fehle das wichtige Merkmal der Höchstpersönlichkeit der zu erbringenden Arbeitsleistungen. Maßgebend sei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weiterhin sei davon auszugehen, dass dem im Vertrag dokumentierten Willen der Vertragsparteien, kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu begründen, jedenfalls dann indizielle Bedeutung zukomme, wenn dieser dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnis nicht offensichtlich widerspreche und er durch weitere Aspekte gestützt werde. Somit sei hiernach Ausgangspunkt der Prüfung zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergebe und sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lasse. Zusammenfassend ergebe sich hier, dass sie • keine Beschäftigungspflicht treffe, • kein Urlaubs- und Weihnachtsgeld erhalte, • keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall erhalte, • keinen bezahlten Urlaub erhalte, • eine selbständige Rechnung über ihre Tätigkeit erstelle, • andere bzw. weitere Aufträge von anderen Auftraggebern annehmen dürfe. Es gebe keinen Grundsatz, dass in Zweifelsfällen eher eine abhängige als eine selbständige Tätigkeit anzunehmen sei. Wenn die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit in etwa gleichermaßen für Selbständigkeit wie auch für eine Abhängigkeit spreche, sei der in den vertraglichen Vereinbarungen zum Ausdruck kommende übereinstimmende Wille der Vertragsschließenden ausschlaggebend. Eine Abwägung aller hier vorliegenden Umstände könne nach ihrer Auffassung nur ergeben, dass die deutlich überwiegenden Gesichtspunkte für ihre Selbständigkeit sprächen.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 25.11.2010 und den Bescheid der Beklagten vom 26.01.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.08.2009 sowie den ergänzenden Bescheid vom 26.01.2010 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten festzustellen, dass sie in ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen Ziffer 1 nicht der Versicherungspflicht zu den verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung und nicht der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt. hilfsweise: die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angegriffene Entscheidung für zutreffend und ihre Bescheide für rechtmäßig.

Die Berichterstatterin hat die Beteiligten mit Verfügung vom 11.05.2011 darauf hingewiesen, dass der Senat die Berufung durch Beschluss nach [§ 153 Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz -SGG-](#) zurückweisen kann, wenn er sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält, und dass diese Vorgehensweise beabsichtigt sei. Die Klägerin ist der beabsichtigten Verfahrensweise entgegengetreten. Sie hält zwar eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich, meint aber, dass ihrem Antrag in der Sache stattzugeben sei. Mit Verfügungen vom 20.06.2011 und 27.09.2012 wurde den Beteiligten mitgeteilt, dass eine Entscheidung gemäß [§ 153 Abs. 4 SGG](#) weiterhin beabsichtigt sei.

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

II.

Der Senat weist die Berufung der Klägerin durch Beschluss nach [§ 153 Abs. 4 SGG](#) zurück, weil er sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält.

Die Berufung der Beklagten ist nach [§§ 143, 144 Abs. 1 SGG](#) statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Sie ist jedoch unbegründet. Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 26.01.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.08.2009. Weiterhin ist der Bescheid vom 26.01.2010 nach [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Klageverfahrens geworden. Die Beklagte hat mit dem Ergänzungsbescheid vom 26.01.2010 unter Änderung des Bescheids vom 26.01.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.01.2010 festgestellt, dass für die von der Klägerin seit dem 01.09.2007 ausgeübte Beschäftigung als Promoterin Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

Die Beklagte hat die Defizite des Ausgangsbescheids hinsichtlich der Feststellung der Sozialversicherungspflicht behoben und diese Bescheide entsprechend ergänzt, weswegen der Ergänzungsbescheid nach dem Gesagten Streitgegenstand des Berufungsverfahrens geworden ist. Der so ergänzte streitgegenständliche Bescheid ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, weshalb die Berufung keinen Erfolg hat.

Die streitigen Bescheide weisen nach Erlass des Bescheids vom 26.01.2010 keine weiteren formalen Mängel auf. Die Beklagte (D. - C.-St.) war zum Erlass der angefochtenen Bescheide (sachlich) zuständig; sie hat sie zu Recht im Antragsverfahren nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) erlassen. Die angefochtenen Bescheide sind inhaltlich ausreichend.

Die Beklagte hat in der Sache zu Recht festgestellt, dass die Klägerin eine Beschäftigung i.S.d. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ausübte und deswegen Beitragspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung bestand. Im hier maßgeblichen Zeitraum unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung; [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung; [§ 25 Abs. 1](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung) und in der Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1](#) des Elften Buches Sozialgesetzbuch - Soziale Pflegeversicherung) der Versicherungs- und Beitragspflicht. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) in der ab 01.01.1999 geltenden Fassung. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers ([BSGE 38, 53](#), 57 = SozR 4600 § 56 Nr. 1; BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#); BSG, Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, veröffentlicht in Juris). [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) bestimmt dementsprechend, dass Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind. Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie 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 selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (siehe zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20.05.1996 - [1 BvR 21/96](#) = [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich dabei aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist.

Nach diesen Grundsätzen überwiegen hier die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung. Dem vorgetragenen Verzicht auf eine persönliche Leistungserbringung kommt insoweit keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (vgl. BSG, Urteile vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) - vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -, veröffentlicht in Juris). Vor diesem Hintergrund ist damit maßgeblich, dass die Klägerin von der Möglichkeit der Leistungserbringung durch Dritte keinen Gebrauch gemacht hat. Zudem wäre im Hinblick darauf, dass zunächst eine persönliche Schulung und Einarbeitung erfolgt ist, die Einschaltung Dritter wegen der fehlenden fachlichen Voraussetzungen auch tatsächlich kaum in Betracht gekommen. Soweit der Klägerin eine zeitgleiche Tätigkeit für Dritte freigestellt war, kann auch eine abhängige Beschäftigung neben weiteren abhängigen oder selbständigen Tätigkeiten ausgeübt werden, soweit dies im Arbeitsvertrag nicht ausgeschlossen ist. Üblicherweise ist insoweit eine Anzeige oder Erlaubnis des Arbeitgebers erforderlich, die ein selbständiger Auftragnehmer von seinem bzw. einem seiner Auftraggeber gerade nicht benötigt. Die Annahme abhängiger Beschäftigung setzt ferner nicht voraus, dass der Beschäftigte im Krankheitsfall Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben muss. Auch dies hat das BSG bereits entschieden (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#)).

Die Klägerin hat zwar ein Gewerbe angemeldet; dieses bezieht sich allerdings nicht auf die hier streitgegenständlichen Verkostungen. Auch die Vergütung aufgrund der Rechnungsstellung seitens der Klägerin ist nicht ausschlaggebend. Dies weist zwar auf den rechtlichen Gestaltungswillen, eine Vereinbarung unter Selbständigen schließen zu wollen, hin, der allerdings an der tatsächlichen Abhängigkeit der konkret ausgeübten Tätigkeit nichts ändern könnte. Denn allein aus dem Inrechnungstellen der Leistung folgt nichts Zwingendes. Die Vergütung entsprach ausgehend von einem 8 Stundentag einem Stundenlohn von 12,50 EUR. Es bestand aufgrund der festen Vergütung kein eigenes wirtschaftliches Risiko. Insgesamt waren ihre Einnahmen erfolgsunabhängig und, wie dargelegt, in Höhe eines annehmbaren Stundensatzes auch dann gesichert, wenn die beworbene Ware während der Aktion überhaupt nicht verkauft worden wäre.

Aktionsbeginn und zeitlicher Umfang pro Woche, Aktionsort und Aktionsgegenstand waren vorgegeben. Darüber hinaus forderte die Tätigkeit zwar keine genaue Abstimmung der Vorgehensweise und keine klare Aufgabenverteilung ebenso wenig wie eine Koordination der Verrichtungen. Für die Eingliederung in den Betrieb der Klägerin und die Weisungsgebundenheit lassen sich auch keine vor Beginn der Durchführung erfolgten Besprechungen mit der Klägerin feststellen. Dies lag aber in der Natur der Tätigkeit, die sich in den jeweiligen Betrieb, in dem sie auszuüben war, eingliedern musste, sich insbesondere in die dortigen räumlichen und zeitlichen Rahmen einpassen und inhaltlich sachlich den Vorstellungen der Auftraggeber der Klägerin und nicht deren eigenen entsprechen musste. Entscheidend ist dabei, dass die Beigeladene zu 1 und nicht die Klägerin den Einsatzort bestimmt hat und ihr durch entsprechende Vereinbarungen die dortige Tätigkeit unter Nutzung von Verkaufsfläche und Verkaufsstand ermöglicht hat. Ein wesentliches Merkmal für eine Eingliederung ist auch der Umstand, dass die Klägerin ihre Tätigkeit nicht ausführen konnte, ohne die Einrichtungen des Einsatzgeschäftes zu benutzen (vgl. BSG, Urteil vom 22.11.1973 - [12 RK 17/72](#) - veröffentlicht in Juris). Nicht von Bedeutung ist insoweit wiederum, dass die Klägerin nicht in den Betrieb der Beigeladenen zu 1 selbst eingebunden war. Denn sie unterlag - nach Auftragsannahme - deren Weisungen in einem mit

Außendienstmitarbeitern vergleichbaren Umfang.

Wie dargelegt trug die Klägerin aufgrund einer festen Vergütung kein eigenes wirtschaftliches Risiko. Ein unternehmerisches Risiko ist auch sonst nicht ersichtlich. Weder eigene Geschäftsräume noch eigene Ware waren vorhanden oder erforderlich. Werbematerial wurde von der Beigeladenen zu 1 zur Verfügung gestellt. Besonderes Know-how war nicht erforderlich.

In der Gesamtschau lässt sich damit feststellen, dass die tatsächlichen Bedingungen der Leistungserbringung keine greifbaren Anhaltspunkte für eine eigene unternehmerische Tätigkeit der Klägerin aufweisen. Dies ist gegenüber dem dargestellten Gestaltungswillen der Vertragsparteien maßgeblich.

Der Senat nimmt im Übrigen auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)) und sieht von einer weiteren Begründung ab.

Nach alledem ist das SG zu Recht bei der Abwägung der für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Merkmale mit den für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Gesichtspunkten zu dem Ergebnis gekommen, dass die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale deutlich überwiegen. Da der Senat diese Einschätzung in vollem Umfang teilt, konnte die Berufung keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-01-14