L 5 R 4728/12

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Konstanz (BWB)
Aktenzeichen
S 8 R 1145/11
Datum
13.08.2012
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 R 4728/12
Datum
27.08.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 13.08.2012 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind für beide Rechtszüge nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Im Streit steht, ob der Kläger in der Tätigkeit als Verkaufsberater für die Beigeladene zu 1.) in der Zeit vom 01.01.2010 bis 17.08.2010 versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung war.

Der Kläger ist studierter Grafikdesigner. Im streitgegenständlichen Zeitraum war er für mehrere Auftraggeber als Verkaufsförderer (Promoter) in Elektrofachmärkten tätig. Am 01.06.2006 meldete er das Gewerbe "Promotiontätigkeit" im Nebenerwerb an.

Die Beigeladene zu 1.) ist ein Dienstleistungsunternehmen, das Vermarktungslösungen für die Markenartikelindustrie anbietet. Die B. GmbH hatte mit der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1.), mit der M. GmbH und Co. KG (im Folgenden: M.), einen Rahmenvertrag über die Erbringung von Dienstleistungen geschlossen, wonach die M. u.a. Promotionseinsätze für die B. GmbH erbringen sollte. Für die Promotionseinsätze setzten die M. und später die Beigeladene zu 1.) u.a. den Kläger ein. Er erhielt hierfür von der Beigeladenen zu 1.) unter dem 08.01.2010 den Auftrag "B. Fachberatung" angeboten, den er unter dem 11.01.2010 annahm. In dieser "Auftragsofferte" waren der Aktionszeitraum vom 01.01.2010 bis 31.12.2010, die "Qualifikationen: gepflegte Erscheinung, Zuverlässigkeit und Flexibilität" und das Honorar in Höhe eines Tagessatzes von 110 EUR, zzgl. 5 EUR für ein pünktliches und korrektes Reporting und weiteren 5 EUR für die Rechnungsstellung pro Tag festgelegt. Bestandteil des Auftrags waren "Auftragsparameter", wonach sich der Auftragnehmer zur Pünktlichkeit, zur Einhaltung der von der Beigeladenen zu 1.) vorgegebenen Qualität, zur Erfüllung des Auftragsvolumens zu 100 % und zur fristgemäßen Berichterstattung verpflichtete. Sofern einzelne der Parameter nicht erfüllt wurden, konnte das Honorar gekürzt werden, bis zu 20 % je Parameter. Das Vertragsverhältnis konnte mit einer Frist von 14 Tagen täglich gekündigt werden. Bestandteil des Vertrages waren die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beigeladenen zu 1.). Gemäß Ziff. 4 3. Absatz der AGB war der Kläger u.a. verpflichtet, ausschließlich Erfüllungsgehilfen, die den Qualitätsparametern der Beigeladenen zu 1.) genügten, einzusetzen. Die Auftragskriterien wurden dem Kläger vor Auftragsbeginn übermittelt (AGB Ziff. 4 1. Absatz).

Im Zeitraum vom 01.01.2010 bis 17.08.2010 stellte der Kläger die einzelnen Einsatztage der Beigeladenen zu 1.) unter Ansatz von Mehrwertsteuer jeweils in Rechnung. Erfüllungsgehilfen setzte er nicht ein. Mit Schreiben vom 17.08.2010 kündigte die Beigeladene zu 1.) den Vertrag "ab sofort".

Bereits für seine Tätigkeit bei der M. hatte der Kläger im Jahr 2006 bei der Beklagten einen Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status gestellt. Unter dem 12.07.2006 teilte die Beklagte damals dem Kläger mit, dass aufgrund der eingereichten Unterlagen eine Statusfeststellungsentscheidung nicht möglich sei. Nach seinen bisherigen Angaben würde jedoch kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen. Mit Bescheid vom 14.05.2009 hatte die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg festgestellt, dass ab dem 01.07.2007 keine Versicherungspflicht des Klägers in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 2 S. 1 Nr. 9 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) bestehe.

Am 08.02.2010 stellte der Kläger erneut bei der Beklagten einen Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Er gab dabei an, dass er u.a. für die Beigeladene zu 1.) tätig sei, keine Arbeitnehmer beschäftige, keine regelmäßigen Arbeitszeiten

einzuhalten habe und ihm keine Weisungen erteilt würden. Er hätte eigenen Kapitaleinsatz in Form von Fahrtaufwendungen und Arbeitsmaterialien. Er werde auf Tageshonorarbasis bezahlt. Er könne Aufträge jederzeit ablehnen. Er gab auf Befragung weiter an, dass er einer Tätigkeit als Verkaufsförderer (Promoter) in Elektrofachmärkten nachgehe. Er berate, präsentiere und verkaufe HiFi-Artikel im Auftrag von Agenturen wie der Beigeladenen zu 1.) für z.B. die Firma B ... Er stelle hierfür der Agentur Rechnungen. Ein Reporting sei über den Verkaufserfolg und die Anzahl der Beratungen über den Zeitraum von jeweils einer Woche anhand eines auszufüllenden Wochenberichts abzugeben. Er habe von der Fa. B. ein Fachberatertraining erhalten. Er setze eigenes Demomaterial, Info-Broschüren, Aktionsunterlagen und -prospekte ein. Ihm würden keine Vorgaben gemacht oder Verhaltensweisen auferlegt. Er trage private Kleidung mit einem Namensschild "Fachberater B.".

Im Rahmen der Anhörung gab der Kläger u.a. an, er sei nicht weisungsgebunden. Den Arbeitsort habe er frei gewählt. Er hätte vor Ort in den Elektronikmärkten keine feste Bindung an Arbeitszeiten. Lediglich ein vorgegebenes monatliches Einsatzkontingent sollte eingehalten werden. Er könne bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit variieren. Er könne z.B. nach Absprache mit dem Markt gezielte Einladungsaktionen starten. Er sei auch auf freiwilliger Basis auf Messen gewesen. Ein größerer Kapitaleinsatz von ihm sei bei der Tätigkeit nicht nötig. Sein unternehmerisches Risiko bestehe darin, den Auftraggeber zu verlieren. Es handele sich bei ihm vorwiegend um eine beratende Tätigkeit. Das Namensschild diene allein der Abgrenzung seiner Person von den Verkäufern des Fachmarktes und zu den Kunden. Die Beigeladene zu 1.) hat u.a. auf das Schreiben der Beklagten vom 12.07.2006 hingewiesen, mit dem bereits festgestellt worden sei, dass der Kläger selbständig tätig sei. Der Kläger sei auch tatsächlich nicht abhängig beschäftigt. Er sei hinsichtlich Arbeitsort, -zeit und Inhalt der Tätigkeit nicht weisungsgebunden und trage ein unternehmerisches Risiko. Ein Kapitaleinsatz sei nach der Rechtsprechung nicht erforderlich. Der Kläger sei auch berechtigt, die Arbeiten von Erfüllungsgehilfen erbringen zu lassen. Die Vergütung sei mittelbar erfolgsabhängig, da die Einsatztage reduziert würden, wenn er die Umsatzziele nicht erreiche. Die zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel beschränkten sich auf die vom Kunden zur Verfügung gestellten Produktunterlagen, die zur Verrichtung der Tätigkeit erforderlich seien. Das Fachberatertraining erfolge in Zusammenarbeit mit der Fa. B ... Abhängige Beschäftigung könne daraus nicht abgeleitet werden, da auch selbständige Handelsvertreter an dem Fachberatertraining teilnähmen. Das Reporting diene dem Leistungsnachweis und sei Grundlage für die Honorierung. Das Tragen eines Namensschildes werde nicht vorgegeben.

Mit Bescheiden vom 12.08.2010 stellte die Beklagte gegenüber dem Kläger und der Beigeladenen zu 1.) fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Verkaufsberater bei der Beigeladenen zu 1.) seit dem 01.01.2010 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung entstehe mit Aufnahme der Beschäftigung. Zur Begründung führte sie an, dass der Kläger weisungsgebunden sei, da die Beigeladene zu 1.) den jeweiligen Einsatzort vorgebe. Der Kläger könne nicht über seine Arbeitszeit frei bestimmen, da er entweder die Vorgaben des Auftraggebers zu beachten habe oder der zeitliche Rahmen durch die zwischen dem Auftraggeber und dessen Kunden vereinbarten Aktionstermine bestimmt werde. Der Kläger trage kein unternehmerisches Risiko, da die Tätigkeit weder den Einsatz eigenen Kapitals noch eigener Betriebsmittel erfordere. Die Vergütung nach Tagespauschalen sei nicht vom Erfolg des Einsatzes abhängig. Auf der anderen Seite bestünden keine Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung und das Recht zur Ablehnung von Aufträgen. Die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegten aber insgesamt.

Hiergegen erhoben der Kläger am 20.08.2010 und am 10.09.2010 die Beigeladene zu 1.) Widerspruch. Der Kläger führte nochmals u.a. aus, dass der Einsatzort ihm nicht vorgegeben werde. Er habe sich den Arbeitsort Ravensburg wegen der Nähe zu seinem Wohnort ausgesucht. Auch bestehe keine Arbeitszeitvorgabe. Er sei nur an die Öffnungszeiten der Fachmärkte gebunden. Er lege seine Einsatzzeiten aber vorzugsweise auf Zeiten, in denen der größte Publikumsverkehr zu erwarten sei. Die Beigeladene zu 1.) wandte u.a. ein, dass die Vorgaben hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses unmittelbar im Zusammenhang mit der Vermarktung des Produktes selbst stünden und daher dementsprechend zum unternehmerischen Vertriebskonzept von B. gehörten. Eine Abhängigkeit des Klägers ihr gegenüber bestehe dadurch aber nicht.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 31.03.2011 wies die Beklagte die beiden Widersprüche zurück. Zur Begründung gab die Beklagte an, nach Gesamtwürdigung aller relevanten Tatsachen überwiegten die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Entscheidungserheblich sei, dass der Kläger Arbeiten übernommen habe, zu deren Durchführung sich die Beigeladene zu 1.) gegenüber ihrem Kunden verpflichtet habe. Ein Indiz für Selbständigkeit sei zwar der Umstand, dass dem Kläger vor Ort keine detaillierte Einzelanweisungen erteilt würden. Dies sei bei Außendiensttätigkeiten aber üblicherweise der Fall. Der Kläger sei zudem verpflichtet, ein Namensschild zu tragen und ein gepflegtes Auftreten sicher zu stellen. Hinsichtlich des Arbeitsortes sei er weisungsgebunden. Die Arbeitszeiten seien jedenfalls an die Öffnungszeiten des Fachmarktes gebunden. Dass der Vertrag keine Regelungen über einen Urlaubsanspruch und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall enthalte, sei unschädlich. Ebenfalls kein Indiz für Selbständigkeit sei der Umstand, dass der Kläger Aufträge ablehnen könne. Sofern der Kläger weitere Tätigkeiten für andere Auftraggeber ausübe, sei dies ebenfalls nicht von Belang. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche zudem, dass der Kläger kein unternehmerisches Risiko trage.

Am 02.05.2011 hat der Kläger beim Sozialgericht Konstanz (SG) Klage erhoben (mittels Briefpost). Ebenfalls am 02.05.2011 hat die Beigeladene zu 1.) beim SG Karlsruhe per Fernkopie (Faxabsendung um 16:43 Uhr) Klage erhoben (dortiges Az. S 2 R 1949/11). Dieses Verfahren wurde ruhend gestellt. Zur Begründung seiner Klage hat der Kläger vorgetragen, bei seiner Promotertätigkeit handele es sich um eine selbständige Tätigkeit auf gewerblicher Basis. Hierfür spreche, dass eine persönliche Abhängigkeit, d.h. eine örtliche, zeitliche sowie inhaltliche Weisungsgebundenheit nicht gegeben sei. Orts- und Zeitangaben auf den Rechnungen beruhten auf seinen freiwilligen Entscheidungen bzgl. der Einsatzzeiten und Einsatzorte. Die Stadt Ravensburg als Einsatzort habe er frei wählen können. Auch wie er inhaltlich den Auftrag erfülle, bleibe im Großen und Ganzen ihm überlassen. Er sei nur an die Öffnungszeiten der Elektrofachmärkte gebunden. Darüber hinaus könne er über seine Arbeitskraft frei verfügen. Die Arbeit sei nicht fremdbestimmt. Eine Eingliederung in die Organisation des Auftraggebers liege nicht vor. Das Anbringen eines Namensschilds beruhe auf Freiwilligkeit. Ein unternehmerisches Risiko im Sinne eines Einsatzes erheblichen eigenen Kapitals und eigener Betriebsmittel liege für die zu beurteilende Tätigkeit tatsächlich nicht vor. Dies sei aber alleinig auf die Art der rein beratenden Tätigkeit zurückzuführen. Die Vorstellung, Selbständigkeit müsse mit erheblichen Investitionen verbunden sei, treffe auf die moderne Arbeitswelt nicht mehr zu. Das unternehmerische Risiko liege für ihn darin, dass bei wiederholter Nichterfüllung der quartalsbezogenen Umsatzvorgaben entweder eine Dezimierung der Einsätze oder deren gänzliche Absetzung die Folge sei. Andererseits seien ihm Chancen für einen Mehrverdienst eröffnet, in dem er sich an Provisionierungsaktionen beteilige. Er könne sich außerdem durch eine frei bestimmbare Person vertreten lassen und erbringe die Leistungen ausschließlich im Namen und auf Rechnung der eigenen Person. Ferner sei er umsatzsteuerpflichtig und unterliege als Gewerbetreibender der Gewerbesteuerpflicht. Arbeitnehmertypische Leistungen erhalte er nicht.

Das SG hat am 22.03.2012 mit den Beteiligten die Rechts- und Sachlage erörtert. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen.

Mit Urteil vom 13.08.2012 hat das SG den Bescheid vom 12.08.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.03.2011 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger aufgrund seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1.) vom 01.01.2010 bis 17.08.2010 nicht der Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Zur Begründung hat das SG ausgeführt, da die Klage der Beigeladenen zu 1.) beim SG erst nach der hier streitigen Klage anhängig gemacht worden sei, stünde die (anderweitige) Rechtshängigkeit jener späteren Klage dieser Klage nicht entgegen. Die Klage sei auch begründet. Der angefochtene Bescheid sei rechtswidrig und beschwere den Kläger. Die Beklagte sei in ihren Bescheiden rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger in seiner für die Beigeladene zu 1.) ausgeübten Tätigkeit als Verkaufsberater wegen Beschäftigung der Versicherungspflicht unterlegen habe. Streitgegenständlich sei alleine die Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu 1.) im Zeitraum ab 01.01.2010. Da die Tätigkeit des Klägers mittlerweile durch Kündigung beendet worden sei, sei der Feststellungszeitraum darauf zu begrenzen.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt seien, unterlägen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht (und Beitragspflicht). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer (abhängigen) Beschäftigung sei § 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Danach sei Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Unter Zugrundelegung der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung (im Einzelnen ausführend), sei vorliegend nicht von einer Beschäftigung auszugehen.

Ausgangspunkt sei zunächst die vertragliche Grundlage, auf der der Kläger für die Beigeladene zu 1.) tätig gewesen sei. Der vorliegende schriftlich angenommene "Auftrag" vom 08.01.2010 lasse keinen Zweifel daran, dass die Vertragspartner keinen Arbeitsvertrag für den Kläger schließen wollten. Er sei als "Auftrag" überschrieben. Arbeitswochenstunden, Urlaubs- und Krankheitsvergütungen und ähnliches seien nicht vereinbart worden. Auch die Bedingung einer Gewerbeschein- und Selbständigkeitsbestätigung und die Unterschrift des Klägers als Gewerbetreibender sprächen gegen den Willen zum Abschluss eines Arbeitsvertrages. Dem damit dokumentierten übereinstimmenden Willen der Vertragspartner komme dann indizielle Bedeutung zu, wenn er dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnis nicht offensichtlich widerspreche bzw. er durch weitere Aspekte gestützt werde. Davon gehe das SG im vorliegenden Fall aus. Die im Verwaltungs-, Widerspruchs- und Klageverfahren, insbesondere im Erörterungstermin am 22.03.2012, vom Kläger zu den Aufträgen und den Verhältnissen der Tätigkeit getätigten Angaben und Auskünfte gegenüber dem SG gäben keine Veranlassung, ein (gelebtes) Rechtsverhältnis anzunehmen, das sich praktisch von den schriftlich geschlossenen Vereinbarungen derart unterscheide oder ausgestaltet sei, dass dies für eine abhängige Beschäftigung sprechen könne.

Wie die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit zeige, sei der Kläger in den Betrieb der Beigeladenen zu 1.) weder eingegliedert gewesen noch habe er faktisch ihrer Verfügungsbefugnis nach Art, Ort und Zeit der Arbeitsausführung unterlegen. Eine räumlich-organisatorische Eingliederung der ausgeübten Tätigkeit habe nicht stattgefunden, da der Kläger ausschließlich außerhalb der Räumlichkeiten der Beigeladenen zu 1.) gearbeitet habe. Die Orte der Arbeitseinsätze, d.h. die Elektronikfachmärkte, in denen die Verkaufsberatung und Promotiontätigkeit durchgeführt werden sollten und worden seien, habe der Kläger ebenfalls frei wählen können. Der Ort der Tätigkeit habe nicht - wie bei einem Arbeitnehmer - einseitig von der Beigeladenen zu 1.) zugewiesen oder geändert werden können. Gleiches gelte für die konkreten Einsatztage und die Dauer der Anwesenheit in dem Fachmarkt. Dies entspreche auch den schriftlichen "Auftragsparametern", die dem Vertrag mit der Beigeladenen zu 1.) zugrunde gelegen hätten.

Das unternehmerische Risiko des Klägers sei in seinem quantitativen und qualitativen Aktionsfeld zu sehen. Wenn der Kläger auch an die vorgegebenen Tagespauschalen gebunden gewesen sei, vermöge dies nichts an der Tatsache zu ändern, dass es neben dem Tagessatz auch ein Provisionssystem gegeben habe. Der Kläger habe durch ein besonderes Engagement Provisionen, die er direkt mit B. abgerechnet habe, erwirtschaften können. Außerdem habe die Möglichkeit bestanden, dass sich im Gegensatz zu einem Arbeitnehmer, der einen feststehenden Lohn bzw. ein Gehalt beziehe, die Zahl der Einsatztage, deren Rentabilität an den Umsatzzielen gemessen worden sei, in Folgeaufträgen durch sein Engagement zu steigern bzw. im gegenteiligen Fall stagnieren oder rückläufig werden zu lassen. Angesichts dessen spiele der Umstand, dass mit dem Kläger feste Tagessätze vereinbart worden seien, nur eine untergeordnete Rolle.

Im Rahmen der gebotenen Einzelfallbetrachtung und der dabei vorzunehmenden Abwägung aller Umstände sei die Verkaufsförderertätigkeit des Klägers von Merkmalen geprägt, die nicht arbeitnehmertypisch seien. Der Kläger, der weder an Weisungen des Auftraggebers noch an solche des jeweiligen Fachmarktes gebunden gewesen sei und sich insbesondere die Arbeitszeit frei habe einteilen können, stünde nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis (unter Verweis auf LSG NRW Urt. v. 29.11.2006 - L 11 (13) R 186/05). Vielmehr sei beim Kläger unter Berücksichtigung der fehlenden Eingliederung in den Arbeits- und Organisationsablauf der Beigeladenen zu 1.), der fehlenden Weisungsgebundenheit, der fehlenden festen Arbeitszeiten, der Anmeldung der Tätigkeit als selbständiges Gewerbe, der Möglichkeit der Erbringung der Tätigkeit durch dritte Erfüllungsgehilfen sowie der Rechnungsstellung mit Mehrwertsteuer von einem Überwiegen der selbständigen Elemente der Tätigkeit auszugehen.

Anders als bei Tätigkeiten einfacher Art, bei denen eine Weisungsabhängigkeit die Regel sei, komme es bei der hier streitigen Beratertätigkeit darauf an, ob und in welchem Umfang eigene Initiative entfaltet werde. Bei der Umsetzung der Auftragstätigkeit "Beratung und Verkauf" sei der Kläger aber frei. Die Tätigkeit setze besondere persönliche Fähigkeiten voraus, wie z.B. Einfühlungsvermögen, Sprachgewandtheit, Überzeugungskraft und Geschick, die sich als Gegenstand unternehmerischer Tätigkeit anböten. Ausgehend vom Wortlaut des § 7 Abs. 1 S. 2 SGB IV böten daher die Beziehungen zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1.) keine Anhaltspunkte für eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne.

Am 13.11.2012 hat die Beklagte gegen das ihr am 15.10.2012 zugestellte Urteil beim Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt und zur Begründung vorgetragen, mit dem LSG (unter Verweis auf das Urt. v. 14.02.2012 - L 11 KR 3007/11) sei die Beklagte der Auffassung, dass der vom Bundesarbeitsgericht (BAG) im Recht der Arbeitnehmerüberlassung entwickelte Gesichtspunkt, nach dem bei der Abgrenzung zwischen einem Werk- oder Dienstvertrag und einer Tätigkeit als Arbeitnehmer maßgeblich darauf abzustellen sei, ob der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand hinreichend bestimmt sei, auch bei der Statusabgrenzung von Bedeutung sei. Sei der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand - wie hier - nicht hinreichend bestimmt, die geschuldete Leistung also derart unbestimmt, dass sie erst durch die Weisungen des Auftraggebers konkretisiert werde, liege eine Tätigkeit als Arbeitnehmer vor. Aus den vorgelegten Vereinbarungen

und den Angaben der Beteiligten sei aber zu schließen, dass noch weitere Festlegungen existierten. So werde in der Aktionsofferte ausgeführt, dass die Bearbeitung der Rechnung auf Basis des "vereinbarten Leistungsnachweises" erfolge. Bestandteil der Auftragsparameter sei Pünktlichkeit, die danach definiert werde, dass der Kläger im Rahmen seiner selbst erstellten Tourenplanung alle Märkte "zu den an die Beigeladene zu 1.) gemeldeten Tagen" besuche. Die Qualität sei erreicht, wenn das "angenommene Auftragsvolumen" zu 100 % erfüllt sei und Grundlage der auszuzahlenden Honorare sei eine Bestätigung der Tätigkeit am Erfüllungsort. Nach den Angaben des Klägers sei ein monatliches Einsatzkontingent vorgegeben gewesen, seien bei Abschluss des Rahmenvertrages Einsatzorte zur Wahl vorgelegt worden und habe er über seine Wahl der Einsatztage die Beteiligten informiert. Inhaltlich habe die Tätigkeit in der Beratung, der Präsentation sowie dem Verkauf von HiFi-Artikeln eines bestimmten Herstellers bestanden. Aus alledem ergebe sich, dass der Klägers zu vorab festgelegten Zeitpunkten in gewisser Regelmäßigkeit für seinen Auftraggeber Waren eines bestimmten Herstellers in einem zuvor festgelegten Einzelhandelsmarkt in dessen Namen und für dessen Rechnung angeboten und verkauft habe. Es habe das klassische Erscheinungsbild eines Propagandisten vorgelegen. Selbst bei einer Entlohnung auf reiner Provisionsbasis habe das BSG diese Personen zu den abhängig Beschäftigten gerechnet. Dass der Kläger lediglich kurzfristig für verschiedene Werbeaktionen eines oder mehrerer Auftraggeber eingesetzt worden sei, was eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könne, könne aus den Unterlagen und Angaben nicht abgeleitet werden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 13.08.2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger hat erwidert, die Auftragsofferte habe lediglich Eckpunkte der angebotenen Fachberateraktion enthalten, wie Angaben zum Aktionszeitraum, Kunden, Honorierung und Kündigungsregelungen. Konkrete Einsatzorte und -zeiten seien zwischen ihm und der Beigeladenen zu 1.) nicht festgelegt worden. Die konkreten Einsatzzeiten seien von ihm direkt an den Außendienst der Fa. B. bzw. an den Fachmarkt weitergeleitet worden. Die Beigeladene zu 1.) habe keine Weisungen erteilt und sei hierzu auch nicht berechtigt gewesen. Er habe im eigenen Ermessen agieren können. Er habe den Einsatzort "Ravensburg" selbst gewählt. Er hätte jederzeit einen anderen Einsatzort wählen können. Die Leistungsnachweise dienten lediglich dem Nachweis der erbrachten Leistung und seien Grundlage der Honorierung. Von der Fa. B. sei selbstverständlich korrektes Auftreten und pünktliches Erscheinen am Einsatzort erwartet worden. Ein monatliches Einsatzkontingent sei nicht vorgegeben gewesen. Richtig sei, dass ein Einsatzkontingent gekoppelt mit einer auf den jeweiligen Einsatzmarkt bezogenen Umsatzerwartung in Aussicht gestellt worden sei. Es habe ihm oblegen, ein persönliches Umsatzziel festzulegen. Wenn die Umsätze ausblieben, habe das Kontingent kurzfristig gekürzt oder gestrichen werden können. Das Risiko ausbleibender Umsätze habe er getragen. Eine Propagandistentätigkeit habe nicht vorgelegen. Es habe keinerlei Einbindung in die Betriebsabläufe der Beigeladenen zu 1.) oder der Fa. B. stattgefunden. Er habe nie auch nur eine Person seines Auftraggebers zu Gesicht bekommen. Zudem habe er auf eigene Rechnung Mitarbeiter beschäftigen und sich vertreten lassen können. Er habe auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung Installationsaufträge bei Kunden durchführen können und auch für andere Auftraggeber als Fachberater arbeiten können. Seine Arbeitszeit habe er frei bestimmen können.

Die Beigeladene zu 1.) hat ausführen lassen, der Leistungsgegenstand sei hinreichend konkret durch "B. Fachberatung" bestimmt gewesen. Eine Fachberatung umfasse die Beratung und den Verkauf. Eine weitere Konkretisierung sei nicht erforderlich gewesen. Die Gestaltung der Beratung und des Verkaufs habe dem Kläger frei gestanden. Auch der Aktionszeitraum habe nicht näher konkretisiert werden müssen. Dass die Aktionen innerhalb der Öffnungszeiten des Fachmarktes erfolgen müssten, ergebe sich von selbst. Innerhalb der Öffnungszeiten habe er seine Zeit frei einteilen können. Arbeitszeiten seien nicht vorgegeben gewesen. Der Kläger habe mitgeteilt, welchen Arbeitsort er gewählt habe. Er sei auch insoweit nicht weisungsgebunden gewesen. Eine Eingliederung in den Arbeitsbetrieb der Beigeladenen zu 1.) habe nicht stattgefunden. Der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg vom 14.02.2011 (L 11 KR 3007/11) habe ein gänzlich anderer Sachverhalt zugrunde gelegen. Auch das klassische Bild eines Propagandisten sei vorliegend nicht erfüllt.

Am 30.10.2013 hat ein Termin zur Erörterung der Rechts- und Sachlage stattgefunden. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen. Der Kläger hat gegenüber dem Gericht u.a. angegeben, der Umfang seiner Tätigkeit habe sich nach dem Kontingent, das die Beigeladene zu 1.) mit der Fa. B. vereinbart habe, gerichtet. Dieses habe eine bestimmte Anzahl von Tagen umfasst. Von diesem Kontingent habe er von dem Außendienstmitarbeiter der Fa. B. erfahren. Ein eigenes Vertragsverhältnis mit der Fa. B. habe er nicht gehabt. Er sei von der Fa. B. geschult worden. Die Lage der einzelnen Tage habe ihm freigestanden. Wichtig sei nur gewesen, dass insgesamt das Kontingent erfüllt werde. Der Tagessatz sei "fix" gezahlt worden, unabhängig davon, ob er erfolgreich beraten habe oder nicht. Es sei ein Erfolgsbericht vom Fachmarkt erstellt und unterzeichnet und an die Fa. B. weitergeleitet worden. Der Umsatz habe für die Frage eine Rolle gespielt, ob er neue Aufträge von der Beigeladenen zu 1.) erhalten werde. Es sei auch möglich gewesen, dass Kontingente nachträglich reduziert werden. Wenn es gar nicht gelaufen wäre, wäre das Auftragsverhältnis vorzeitig beendet worden. Provisionen habe er direkt von der Fa. B. erhalten. Wenn es mal gut gelaufen sei, habe er so ca. 30,00 EUR (3-4 % des Verkaufspreises) zusätzlich zu seinem Tagessatz verdient. Eine Kontrolle seitens der Beigeladenen zu 1.) oder des Außendienstmitarbeiters der Fa. B. habe nicht stattgefunden. Der Fachmarkt habe selbstverständlich darauf geschaut, wie er sich verhalte. Die Waren seien von der Fa. B. im Fachmarkt aufgestellt und präsentiert worden. Er habe auch teilweise "Demomaterial" von der Fa. B. erhalten. Teilweise habe er sein eigenes Material (z.B. Filmmaterial, CD, USB-Sticks) eingesetzt. Die Kleidung sei ihm freigestellt gewesen. Ihm sei es aber wichtig gewesen, als Fachberater erkannt zu werden und habe deshalb ein Namensschild getragen. Die Beigeladene zu 1.) hat u.a. angegeben, eine Kontrolle des Klägers habe nicht stattgefunden. Wenn die Qualität nicht gestimmt hätte, hätte sie das von der Fa. B. erfahren. Hinsichtlich der Formulierung "vorgegebene Qualität" im "Auftragsparameter" sei es so, dass damit wohl eine gepflegte Erscheinung, Zuverlässigkeit und Flexibilität gemeint gewesen sei. Festangestellte habe die Beigeladene zu 1.) in diesem Bereich keine. Sie habe nur Personen wie den Kläger an der Hand. Die Aufträge würden quasi ausgeschrieben, so dass sich die Fachberater darauf melden könnten. Die Auswahl der Fachberater finde über deren Referenzen und Qualifikationen statt.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegte

Verwaltungsakte sowie auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Im Einverständnis der Beteiligten entscheidet der Senat gemäß §§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne mündliche Verhandlung.

Die nach den §§ 143, 151 Abs. 1, 144 Abs. 1 Satz 2 SGG form- und fristgerecht eingelegte sowie statthafte Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. Das SG hat der Klage zu Unrecht stattgegeben. Der Bescheid der Beklagten vom 12.08.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31.03.2011 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten.

Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig. Die Beklagte war zu seinem Erlass gem. § 7a Abs. 1 Satz 3 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) sachlich zuständig und der Bescheid ist auch hinreichend bestimmt und beschränkt sich nicht auf eine unzulässige Feststellung von Elementen eines Rechtsverhältnisses.

Gem. § 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. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Abs. 2 SGB IV die Beklagte (§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV). Der Kläger hat sich für das (fakultative) Anfrageverfahren bei der Beklagten nach § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV entschieden; ein vorrangiges Verfahren bei der Einzugs- oder der Prüfstelle war nicht eingeleitet worden (zur Verfahrenskonkurrenz etwa Senatsurteile vom 08.06.2011 – L 5 KR 4009/10 und L 5 R 4078/10). Insbesondere steht das Schreiben der Beklagten vom 12.07.2006 der vorliegenden Beurteilung nicht entgegen. Zum einen betrifft der darin beurteilte Sachverhalt Umstände, die vor dem hier streitigen Zeitraum liegen. Zum anderen ist darin ausdrücklich festgehalten, dass es sich um eine bloße Stellungnahme und nicht um eine Statusfeststellung handelt. Eine entsprechende Regelung hat die Beklagte demnach nicht getroffen.

Der angefochtene Bescheid ist auch hinreichend bestimmt und enthält keine isolierte Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung. Gem. § 33 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein. Im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Statusentscheidungen muss im Einzelfall zumindest durch Auslegung vor dem Hintergrund der den Beteiligten bekannten Umstände zu erschließen sein, auf welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten sich die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung beziehen soll. Notwendig ist regelmäßig die Angabe einer bestimmbaren Arbeit und die gerade hiermit in Zusammenhang stehende Entgeltlichkeit (vgl. näher BSG Urt. v. 11.03.2009 – B 12 R 11/07 R; Urt. v. 04.06.2009 – B 12 R 6/08 R). Außerdem darf sich weder die im Anfrageverfahren (§ 7a SGB IV) noch die im Einzugsstellenverfahren (§ 28h SGB IV) ergehende Entscheidung auf das isolierte Feststellen des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung beschränken. Eine Elementenfeststellung dieser Art ist nicht zulässig (BSG Urt. v. 11.3.2009 – B 12 R 11/07 R). Die Beklagte hat diese Anforderungen an eine Statusfeststellung erfüllt. Sie hat die vom Kläger für die Beigeladene zu 1.) ausgeübte Tätigkeit mit "Verkaufsberater" hinreichend bestimmt bezeichnet und sich nicht auf die isolierte Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses beschränkt. Vielmehr ist ausdrücklich festgestellt worden, dass für die in abhängiger Beschäftigung verrichtete Tätigkeit des Klägers Versicherungspflicht zur gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

Der angefochtene Bescheid ist auch materiell rechtmäßig. Der Kläger übte die Tätigkeit als Verkaufsberater für die Beigeladene zu 1.) in der Zeit vom 01.01.2010 bis 17.08.2010 als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und nicht als selbständige Tätigkeit aus. Er war deshalb in der gesetzlichen Renten- und Krankenversicherung, sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtig.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch, § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI, § 25 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV in der ab 01.01.1999 geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, 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 Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG Urt. v. 18.12.2001 – B 12 KR 10/01 R, juris). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG Urt. v. 19.06.2001 – B 12 KR 44/00 R, juris). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet (vgl. BSG Urt. v. 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R, juris). Letzteres besteht meist in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen.

Das für eine selbständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung indessen nicht wesentlich bestimmen (BSG Beschl. v. 16.08.2010 – B 12 KR 100/09 B, juris). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko 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 Urt. v. 25.04.2012 – B 12 KR 24/10 R, juris).

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer 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 nur formellen Vereinbarung 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG Urt. v. 29.08.2012 – B 12 KR 25/10 R, juris).

Speziell für Propagandisten hat das BSG im Beschl. v. 11.03.1997 (12 BK 46/96) klargestellt, dass bei Propagandisten die Selbständigkeit der Tätigkeit oder die Abhängigkeit der Beschäftigung nach dem Gesamtbild des beruflichen Einsatzes zu beurteilen ist (Bestätigung von BSG v. 24.10.1978 - SozR 2200 § 1227 Nr. 19). In jenem Fall war vom BSG Selbständigkeit angenommen worden, weil die Propagandistin ohne Fixum auf der Basis einer Gewinnbeteiligung von 9 % des Bruttoumsatzes gearbeitet hatte. Für Promotoren, die in Warenhäusern zum Verkauf von Mobilfunkgeräten eingesetzt waren, hat das LSG Nordrhein-Westfalen (Urt. v. 06.09.2007 - L 16 (14) R 102/05) ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis angenommen, ebenso der Senat im Urt. v. 23.11.2011 (L 5 KR 1855/09) im Falle einer Vorführdame für Kochtöpfe und Pfannen in Warenhäusern, im Beschl. v. 10.01.2013 (L 5 KR 15/11) bei einer Promoterin für Milchprodukte im Lebensmitteleinzelhandel sowie im Urt. v. 20.03.2013 (L 5 R 1385/12) im Fall eines Shop-in-Shop-Verkäufers.

Unter Zugrundelegung der genannten Maßstäbe ist die Tätigkeit, die der Kläger für die Beigeladene zu 1.) in der Zeit vom 01.01.2010 bis 17.08.2010 ausgeübt hat, als eine versicherungspflichtige Beschäftigung einzustufen.

Auszugehen ist von den vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1.). Danach kam am 11.01.2010 ein Vertragsverhältnis zustande, das die Fachberatung für Produkte der Fa. B. im Zeitraum vom 01.01.2010 bis 31.12.2010 zum Gegenstand hatte. Dabei handelte es sich nicht lediglich um einen Rahmenvertrag. Das Vertragsverhältnis hatte vielmehr für den gesamten hier streitigen "Aktionszeitraum" Gültigkeit und setzte keine, noch abzuschließenden Einzelverträge voraus. Gegenstand der vorliegenden Beurteilung ist mithin der für die Zeit vom 01.01.2010 bis 31.12.2010 erteilte "Auftrag", der allerdings durch Kündigung vorzeitig zum 17.08.2010 beendet wurde. Die vom Kläger für andere Auftraggeber ausgeübten Tätigkeiten im streitgegenständlichen Zeitraum sind für die vorliegende Beurteilung ohne Belang. Soweit er hierfür ein selbständiges Gewerbe betrieben haben sollte, hat dies keinen Einfluss auf die Beurteilung der hier maßgeblichen Tätigkeiten für die Beigeladene zu 1.). Ein abhängig Beschäftigter kann - für einen anderen Auftraggeber - auch selbständige Tätigkeiten ausüben.

Die im Vertrag gewählten Formulierungen ("Auftrag", "Auftragsparameter") und die fehlenden arbeitnehmertypischen Regelungen (Entgeltfortzahlung, Urlaub) lassen zunächst auf den Willen der Vertragspartner schließen, kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründen zu wollen. Dies kann indizielle Bedeutung haben. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Wille den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird (BSG Urt. v. 28.05.2008 - B 12 KR 13/07 R, juris; BSG Urt. v. 13.07.1978 - 12 RK 14/78, SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 17). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht bereits, dass der Kläger seine Tätigkeit nicht weisungsfrei ausüben konnte.

In Bezug auf die Lage der einzelnen Arbeitstage und die tägliche Arbeitszeit hatte er zwar Freiräume. Um den vollen Tagessatz zu erhalten musste er allerdings 8 Stunden arbeiten (vgl. Anlage 3 zum Vertrag zwischen der Beigeladenen zu 1.) und der Fa. B. - Bl. 85 Verw. -Akten). Trotz der Vereinbarung eines Tagessatzes hatte er - seinen Angaben zufolge - die Möglichkeit "abgebrochene" Tage nachzuholen. Er konnte auch die Wochentage frei wählen. Andererseits war er an die Öffnungszeiten und auch den Ort des Fachmarktes gebunden. Er konnte die geschuldete Beratungsleistung nicht etwa in einer eigenen Betriebsstätte erbringen.

Der konkrete Umfang der Tätigkeit des Klägers, der nicht Gegenstand des Vertrages vom 11.01.2010 war, wurde jedoch durch einseitiges Direktionsrecht der Beigeladenen zu 1.) bestimmt. Dies ergibt sich daraus, dass nach den - unwidersprochenen - Angaben des Klägers im Erörterungstermin vom 30.10.2013 die Beigeladene zu 1.) mit der Fa. B. das (monatliche) Einsatzkontingent, d.h. die Anzahl der Einsatztage, verabredete. Den Vertragsregelungen einschließlich der "AGB" ist nicht zu entnehmen, dass der Kläger insoweit ein Mitspracherecht hatte oder einzelne dieser Kontingente ablehnen konnte. Er war an das Kontingent, das ihm von dem Außendienstmitarbeiter der Fa. B. übermittelt wurde, vielmehr gebunden. Demgegenüber konnte das Kontingent einseitig gegenüber dem Kläger gekürzt oder sogar gestrichen werden. Dass die Beigeladene zu 1.) nicht selbst die Weisung hinsichtlich des Arbeitsumfanges erteilte, sondern sich hierfür der Fa. B. bediente, ist unschädlich. Es ist allein entscheidend, dass der Kläger insoweit weisungsgebunden arbeitete.

Darüber hinaus hatte er für eine selbständige Tätigkeit untypische, inhaltliche Vorgaben zur Ausführung seiner Tätigkeit erhalten. Er hatte für ein gepflegtes Äußeres und Pünktlichkeit Sorge zu tragen. Hielt er die von ihm gemeldeten Einsatztage nicht ein, konnte ihm laut "Auftragsparameter" das Honorar gekürzt werden (Ziff. 5). Zudem hatte er zu befürchten, dass er kein neues "Einsatzkontingent" erhält oder das laufende gekürzt wird. Gleiches galt bei einem Verstoß gegen die von der Beigeladenen zu 1.) vorgegebenen Qualitätsstandards (Ziff. 2 der "Auftragsparameter"). Ansonsten war der Kläger zwar in der Gestaltung seiner Beratung und des Verkaufs frei. Dies unterschied ihn aber nicht von anderen Mitarbeitern in einem Elektrofachmarkt, die ebenfalls "selbständig" beratend auftreten. Überdies hatte der Kläger eine Schulung der Fa. B. erhalten.

Der Kläger unterlag auch der Kontrolle der Beigeladenen zu 1.). Er hatte der Beigeladenen zu 1.) über alle seine Tätigkeiten Bericht zu erstatten (Ziff. 4 der "Auftragsparameter"). Nach den Angaben des Klägers und der Beigeladenen zu 1.) diente dieser Bericht zwar nur der

Abrechnung. Auch fand keine direkte Kontrolle durch einen Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1.) vor Ort statt. Allerdings musste zumindest mittelbar - über die Fa. B. oder den Fachmarkt - eine Kontrolle seiner Tätigkeit stattfinden, da nach Ziff. 5 der "Auftragsparameter" ein Verstoß gegen die Qualitätsstandards oder gegen das Pünktlichkeitsgebot die Kürzung des Honorars zur Folge gehabt hätte. Die Beigeladene zu 1.) räumte im Erörterungstermin vom 30.10.2013 auch ein, dass sie von der Fa. B. über Qualitätsmängel informiert worden wäre. Auch der Fachmarkt - so der Kläger - hat darauf geschaut, wie er sich verhält.

Insgesamt ergibt sich somit, dass der Kläger während des streitigen Zeitraums in die von der Beigeladenen zu 1.) vorgegebene betriebliche Ordnung eingegliedert war. Hierfür musste er nicht an der Betriebsstätte der Beigeladenen zu 1.) tätig sein. Auch Außendienstmitarbeiter sind abhängig beschäftigt (so schon Urt. d. Senats vom 10.01.2013 - L 5 KR 15/11 zu einer Tätigkeit als Promoter in SB-Märkten). Maßgeblich ist, dass er in die vorgegebene Organisation eingebunden war.

Neben der Eingliederung in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 1.) und der Weisungsbefugnisse ist für den Senat weiter maßgeblich, dass der Kläger kein wesentlich ins Gewicht fallendes Unternehmerrisiko trug. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (s.o., z.B. BSG Urt. v. 28.05.2008 - B 12 KR 13/07 R, juris). Dies war vorliegend nicht der Fall. Zwar erhielt der Kläger kein für Arbeitnehmer typisches, monatlich im Voraus feststehendes Arbeitsentgelt. Er wurde vielmehr tageweise entlohnt. Die Tagespauschalen wurden indes erfolgsunabhängig gezahlt. Sobald das monatliche Kontingent feststand, unterschied sich sein Risiko nicht von dem eines abhängig Beschäftigten. Die Provisionen fielen dabei nicht ins Gewicht. Diese machten nur einen Bruchteil der fixen Tagessätze aus ("an guten Tagen ca. 30 EUR", d.h. ca. 25 % des Tagessatzes). Der Ausfall dieser Provisionen stellt mithin im Verhältnis zur Grundvergütung kein wesentliches unternehmerisches Risiko dar. Im Übrigen werden Leistungsprämien auch sonst häufig bei abhängig beschäftigten Arbeitnehmern insbesondere in Verkaufsberufen gewährt (so schon Urt. d. Senats v. 20.03.2013 - L 5 R 1385/12 zu einem "Shop-in-Shop-Verkäufer"). Das Risiko, bei Schlechtleistung den Auftraggeber zu verlieren, trifft ebenfalls Arbeitnehmer und kann deshalb nicht als Indiz für eine selbständige Tätigkeit gewertet werden. Ein relevantes unternehmerisches Risiko ist auch sonst nicht ersichtlich. Weder eigene Geschäftsräume noch eigene Ware waren vorhanden oder erforderlich. Werbematerial wurde von der Fa. B. zur Verfügung gestellt. Nur in geringem Umfang setzte der Kläger eignes Material ein (z.B. Filmmaterial, CD, USB-Stick). Fahrtkosten zählen nicht zu den unternehmertypischen Aufwendungen, da diese auch Arbeitnehmer zu tragen haben (vgl. BSG Urt. v. 30.10.2013 - B 12 KR 17/11 R, juris).

Der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses steht nicht entgegen, dass der Kläger berechtigt war, Erfüllungsgehilfen einzusetzen. Die Möglichkeit, Arbeiten laufend durch eigenes Personal (also nicht höchstpersönlich) durchführen lassen zu können, ist zwar grundsätzlich ein Anhaltspunkt für eine selbständige Tätigkeit, da mit der Einstellung von Personal unabhängig von der Auftragslage laufende Ausgaben und die wirtschaftliche Verpflichtungen verbunden sind, die das Risiko in sich bergen, Kapital mit dem Risiko eines Verlustes einzusetzen und damit letztlich ein Unternehmerrisiko darstellen. Davon zu unterscheiden ist aber die bloß formale vertragliche Berechtigung, die Arbeiten auch durch andere durchführen zu lassen, wenn von dieser tatsächlich nie Gebrauch gemacht wird und die persönliche Leistungserbringung die Regel ist (BSG Urt. v. 19.08.2003 - B 2 U 38/02 R, SozR 4-2700 § 2 Nr. 1). Derartige formale Berechtigungen können, wenn sie - wie hier - tatsächlich nicht zum Tragen kommen, nicht als Indiz für eine selbständige Tätigkeit, sondern allenfalls als Ausdruck des Wunsches, dass eine selbständige Tätigkeit vorliegen soll, gewertet werden (so auch LSG Nordrhein-Westfalen Urt. v. 30.04.2014 - L 8 R 376/12, m.w.N.).

Der Senat übersieht nicht, dass auch Umstände für eine selbständige Tätigkeit des Klägers sprechen, etwa die fehlenden arbeitnehmertypischen Vertragsregelungen - wie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Urlaubsanspruch. Bei einer Gesamtschau aller für und gegen eine abhängige Beschäftigung bzw. selbständige Tätigkeit sprechenden Gesichtspunkte überwiegen jedoch die Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung des Klägers in seiner Tätigkeit als Verkaufsberater für die Beigeladene zu 1.) in der Zeit vom 01.01.2010 bis 17.08.2010 sprechen. Er war daher versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht (§ 160 Abs. 2 SGG).
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2014-08-31