

L 16 (14) R 102/05

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 8 RA 154/02
Datum
21.03.2005
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 (14) R 102/05
Datum
06.09.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 R 11/07 R
Datum
11.03.2009
Kategorie
Urteil

Bemerkung
Sache vom BSG an das LSG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.
Neues Az. L 16 KR

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 21. März 2005 wird zurückgewiesen. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten in einem Statusfeststellungsverfahren nach [§ 7 a](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) um die Frage, ob die von den Beigeladenen zu 1) und 2) für die Klägerin ausgeübten Promotorentätigkeiten dem Grunde nach sozialversicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnisse oder selbständige Tätigkeiten darstellen. Es handelt sich um zwei miteinander verbundene Rechtsstreitigkeiten: Die unter dem ursprünglichen Az. S 6 RA 227/02 bei dem Sozialgericht (SG) Köln geführte Klage betraf den Beigeladenen zu 1), die andere Klage (Az.: [S 8 RA 154/02](#), SG Köln) neben der Beigeladenen zu 2) (früher: Beigeladene zu 7) weitere fünf zunächst noch in das Verfahren einbezogene Promotoren - die früheren Beigeladenen zu 2) bis 6). Im Berufungsverfahren hat die Klägerin insoweit, da eine Beitragspflicht wegen [§ 7 c SGB IV](#) nicht in Betracht kommt, die letztgenannten Klagen zurückgenommen. Im Hinblick auf das vorliegende Verfahren sind sehr viele weitere Statusfeststellungsverfahren von Promotoren, die für die Klägerin tätig geworden sind, zum Ruhen gebracht worden.

Die Klägerin (zunächst firmierend unter "X Mobil - E MobilNet GmbH") ist eine 100 %-ige Tochter der U-International AG und eine 100 %-ige Enkelin der E AG. Geschäftsgegenstand ist der Betrieb und die Vermarktung des Mobilfunknetzes D1. Zum Zwecke der Bewerbung ihrer Produkte und der Dokumentation der Marktpresenz wie auch des Verkaufes der Produktpalette (Mobilfunkgeräte und Zubehör) sowie des Abschlusses von Mobilfunkverträgen setzte die Klägerin Promotoren, teils aufgrund sog. Promotionsverträge, teils auf der Grundlage sog. Aktionsvereinbarungen ein, und zwar in Fachmärkten, Warenhäusern und ihren eigenen T-Punkten (Verkaufs- und Beratungsstellen).

Am 08.03.2000 bzw. am 12.07.2001 beantragten die Beigeladenen zu 1) und 2) auf Veranlassung der Klägerin bei der Beklagten die Statusfeststellung nach [§ 7 a SGB IV](#).

Der 1973 geborene Beigeladene zu 1) gab an, er sei seit einigen Jahren zwecks Finanzierung seines Studiums der Kommunikationswissenschaften und der Psychologie für eine Vielzahl verschiedener Agenturen und Firmen als Promotor im Mobilfunkbereich tätig, für die Klägerin auf der Grundlage des Promotorenvertrages vom 18.05.1999 und entsprechender Aktionsvereinbarungen für die jeweiligen Einsätze. Zur Abwicklung der Aufträge habe er ein Faxgerät, einen PC und ein Mobiltelefon angeschafft. Er unterliege im Wesentlichen keinen generellen oder Einzelweisungen seitens der Klägerin, sei vielmehr frei in der Gestaltung der Promotorentätigkeit. Diese diene nicht der Absatzsteigerung - der Abschluss von Handy-Verträgen und von Kaufverträgen über Geräte sei allenfalls ein Nebeneffekt -, sondern der Herstellung von Marktpresenz. Er könne sich durch Dritte vertreten lassen, müsse einen Vertretungsfall auch nicht mit der Klägerin abstimmen und könne nach Belieben Einsätze übernehmen oder ablehnen. Ebenso fehle es an einer Eingliederung in den Betrieb der Klägerin. Die Aufträge würden in der Regel nicht an deren Betriebsstätten ausgeführt. Er ersetze auch keine festangestellten Arbeitnehmer der Klägerin. Unternehmerisches Risiko trage er insoweit, als er nicht wisse, ob es zu Folgeaufträgen kommen werde. Auch stehe es ihm frei, zur Durchführung seiner Veranstaltungen Investitionen zu tätigen, z. B. in Form von Veranstaltungstechnik.

In dem vom Beigeladenen zu 1) vorgelegten "Promotionsvertrag" vom 18.05.1999 heißt es: Gegenstand Der Auftragnehmer übernimmt die Vertretung der Absatzinteressen der T-Mobil im Rahmen von Promotions- und Aktionseinsätzen. Beginn, Dauer und Umfang dieser Einsätze

richten sich nach den Vereinbarungen, die zwischen der T-Mobil und den jeweiligen Kunden (Service-Provider, Händler, Veranstalter) abgeschlossen sind. Ein Anspruch auf Dauer oder wiederholten Einsatz wird durch diesen Vertrag nicht begründet. Die T-Mobil behält sich insbesondere vor, vereinbarte Aktionen im Kundeninteresse abzukürzen, aufzuheben oder zeitlich zu verändern. T-Mobil wird dem Auftragnehmer bei Bedarf für einzelne Aktionen den Abschluss einer Aktionsvereinbarung anbieten, die den Regelungen dieses Vertrages unterliegt. Die selbständige Tätigkeit ist ohne Einhaltung von Kündigungsfristen von beiden Vertragspartnern jederzeit kündbar. Honorarvereinbarung Das Honorar für die Tätigkeit des Auftragnehmers richtet sich nach der gültigen und diesem Vertrag beigelegten Honorarvereinbarung für freie Mitarbeiter. Damit sind alle Ansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber für sämtliche aufgrund dieses Vertrages erbrachte Leistungen abgegolten.

Pflichten des Auftragnehmers Der Auftragnehmer ist als freier Mitarbeiter für die qualitative Durchführung seiner Aufgabe selbst verantwortlich. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, der T-Mobil jede Verhinderung der Aufnahme seiner Tätigkeit unverzüglich fernmündlich mitzuteilen. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, über Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse innerhalb und außerhalb der Firma des Auftraggebers - insbesondere Mitbewerbern gegenüber - Stillschweigen zu bewahren. Diese Verschwiegenheit erstreckt sich auch auf Sachverhalte, die den Kunden der T-Mobil oder den Tätigkeitsort betreffen. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, bei der Ausführung seiner Tätigkeit die Hausordnung und Gepflogenheiten der jeweiligen Tätigkeitsorte zu beachten. Der Auftragnehmer hat ihm anvertraute Produkte, Werbematerialien und sonstige erforderliche Arbeitsmittel pfleglich zu behandeln und die gebotene Sorgfalt walten zu lassen. Fordert die T-Mobil beim Auftragnehmer Unterlagen, Waren oder sonstige anvertraute Arbeitsmittel an, so sind diese unverzüglich herauszugeben. Ein Zurückbehaltungsrecht kann aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt geltend gemacht werden. Der Auftragnehmer ist nicht berechtigt, Erklärungen für T-Mobil abzugeben oder entgegen zu nehmen. Der Auftragnehmer übernimmt die Aufträge der T-Mobil als freier Mitarbeiter. Er ist, soweit nicht anders vereinbart, in der Einteilung seiner Arbeitszeit frei. Für die Abführung üblicher Steuern und gegebenenfalls der Sozialbeiträge ist der Auftragnehmer selbst verantwortlich. Die dem Auftragnehmer übertragenen Arbeiten dürfen nicht auf Dritte weiterübertragen werden. Der Auftragnehmer haftet für die einwandfreie Leistungserbringung und wird Schäden, die durch sein schuldhaftes Handeln entstanden sind, ersetzen. Der Auftragnehmer hat T-Mobil seine Bankverbindung zur Überweisung des Honorars mitzuteilen. **Pflichten des Auftraggebers** Die T-Mobil verpflichtet sich, dem Auftragnehmer die erforderliche Unterstützung für die erforderliche Tätigkeit zu gewähren. Hierzu zählen spezielle Trainings, Verkaufsunterlagen und die Betreuung durch Vertriebsmitarbeiter der T-Mobil. Die dabei gewonnenen Kenntnisse und Informationen dürfen unter Androhung von Schadensersatzforderungen nicht an Dritte weitergegeben werden. **Ausschlussfristen** Die beiderseitigen Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis und solche, die mit dem jeweiligen Vertragsverhältnis in Verbindung stehen, verfallen, wenn sie nicht innerhalb von sechs Monaten nach der Fälligkeit gegenüber der jeweils anderen Vertragspartei schriftlich geltend gemacht werden. **Allgemeines** Durch die Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Gerichtsstand für beide Teile ist Bonn (bzw. die jeweilige Niederlassung). Der Auftragnehmer ist sich bewusst, dass der Dienstleistungsvertrag eine selbständige Tätigkeit beinhaltet, die kein Arbeitsverhältnis begründet und ihn verpflichtet, seine steuerlichen Belange (Einkommen-, Gewerbe- und Umsatzsteuer) selbst zu regeln. Die auf Grundlage dieses Vertrages abgeschlossenen Aktionsvereinbarungen sind unbeschadet der Dauer der jeweiligen Aktion ohne Einhaltung einer Frist kündbar. Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Hiermit bestätigen beide Teile, den Vertrag gelesen zu haben und in allen Punkten anzuerkennen.

Außerdem legte der Beigeladene zu 1) eine Aktionsvereinbarung ohne Datum vor, die folgenden Inhalt aufweist: ... wird unter Bezugnahme auf das bestehende Vertragsverhältnis folgende Aktionsvereinbarung getroffen: Gegenstand Die geplanten Aktionen werden telefonisch besprochen, schriftlich seitens der T-Mobil bestätigt. Honorarvereinbarung Abgerechnet wird nach einer Tagespauschale, Stundensatz DM 20,-. Honorar: wird vor jedem Einsatz vereinbart. Aufwandsentschädigung: wird vereinbart. (z. B. Fahrtkosten, Übernachtungskosten) Mit den hier geregelten Vergütungen sind sämtliche Leistungen und Aufwendungen des Auftragnehmers abgegolten. Bei MwSt-Option versteht sich die Vergütung zuzüglich der jeweils gültigen Mehrwertsteuer.

Die 1976 geborene Beigeladene zu 2), zur damaligen Zeit Studentin der Betriebswirtschaftslehre, machte bei Antragstellung folgende Angaben: Ihre Tätigkeit beinhalte das Anbieten und Durchführen von Werbeveranstaltungen. Sie sei für die Klägerin und Weitere tätig, arbeite nicht an deren Betriebssitz, habe keine regelmäßigen Arbeitszeiten einzuhalten und erhalte keine Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Tätigkeit. Der Auftraggeber könne ohne ihre Zustimmung ihr Einsatzgebiet nicht ändern. Die Einstellung von Vertretern bzw. Hilfskräften sei nicht von der Zustimmung des Auftraggebers abhängig. Ein Unternehmerrisiko liege ihrer Auffassung nach darin, dass sie über einen Internetauftritt verfüge, Dispositionen bzgl. der Fremdvergabe treffe, Büromaterial (Visitenkarten etc.) einsetze und weniger lukrative Aufträge ablehnen könne. Seit dem 02.07.2001 habe sie ein Gewerbe angemeldet. Der Gewerbebezug laute: "Verkaufsförderung (Verkauf und Vertrieb von Telekommunikationskarten und Endgeräten, Promotion)". Wegen Wohnortwechsels habe sie das Gewerbe zum 31.12.2001 wieder aufgegeben. Sie habe mit der Klägerin nur einen kurzen schriftlichen Vertrag, vom Inhalt her ähnlich der vom Beigeladenen zu 1) vorgelegten Aktionsvereinbarung, geschlossen. Die einzelnen Einsätze seien jeweils mündlich besprochen worden.

Nach Anhörung der Beteiligten stellte die Beklagte mit Bescheid vom 19.09.2001 bzw. 25.01.2002 sowohl gegenüber der Klägerin als auch gegenüber den Beigeladenen zu 1) bzw. zu 2) fest, dass es sich um abhängige Beschäftigungsverhältnisse handele.

Hiergegen legte die Klägerin am 23.10.2001 bzw. am 27.02.2002 Widerspruch ein, den sie wie folgt begründete: Es fehle an der Verwirklichung aller Merkmale, die eine abhängige Tätigkeit ausmachen. Eine persönliche Abhängigkeit der Promotoren sei bereits deshalb nicht gegeben, weil sie nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet seien; es sei ihnen vielmehr vertraglich und tatsächlich gestattet, eigenes Personal einzusetzen und sich im Verhinderungsfall durch Dritte vertreten zu lassen. Einer vorherigen Absprache mit ihr, der Klägerin, bedürfe es hierzu nicht. Ebenso fehle es an einer Weisungsgebundenheit. Es werde lediglich vereinbart, wo und zu welcher Zeit ein Einsatz erfolgen solle. Auch im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen könnten von dem Dienstberechtigten oder dem Besteller Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden, ohne dass daraus eine Weisungsabhängigkeit folge, wie sie für ein Beschäftigungsverhältnis regelmäßig kennzeichnend sei. Der Promotor sei frei, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Auch inhaltlich würden von ihr, der Klägerin, keinerlei Vorgaben an die Promotoren, betreffend die Gestaltung und die Durchführung der Einsätze, gemacht. In welcher Weise die Tätigkeiten durchgeführt und welche Aktivitäten dabei entfaltet würden, sei allein der Kreativität des jeweiligen Promotors überlassen. Eine für ein Beschäftigungsverhältnis sprechende persönliche Eingliederung der Promotoren in ihre, der Klägerin, Arbeitsorganisation bestehe ebenfalls nicht. Die Promotoren trügen auch ein unternehmerisches Risiko; denn der Erfolg des Einsatzes der persönlichen Arbeitskraft sei ungewiss. Da es sich bei deren Tätigwerden um Dienstleistungen handele, die alleine aufgrund des Einsatzes des Durchführenden erfolgreich seien, mithin also eine produktive Effizienz ablesbar sei, liege das unternehmerische Risiko der Promotoren

darin, dass eine weitere Beauftragung nach wirtschaftlich nutzlosen Veranstaltungen fraglich sei. Einem Beschäftigten, mithin Arbeitnehmer, könne eine schlechte Performance indes nicht zum Nachteil gereichen, da er nur eine Leistungserbringung mittlerer Art und Güte schulde. Auch dem äußeren Bild nach handele es sich bei den Promotoren um Selbständige. Diese verfügten über einen Gewerbeschein, hätten keine Urlaubsansprüche gegen sie, die Klägerin, und keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Die Beklagte wies die Widersprüche der Klägerin mit Widerspruchsbescheiden vom 24.07.2002 als unbegründet zurück: Angesichts der Durchführung der von den Promotoren zu erbringenden Arbeiten ergäbe sich bezüglich Ort, Zeit und Art der Tätigkeit eine hinlängliche Weisungsgebundenheit; denn die Art der Arbeit und die Weisungsbefugnis des Auftraggebers stünden in einem Wechselverhältnis zueinander. Bei vom Anforderungsprofil her einfachen Arbeiten genüge es schon, wenn der Auftraggeber/Arbeitgeber Weisungen im organisatorischen Bereich erteile. Dies lasse den Promotoren als in die Organisation des Betriebes eingegliedert erscheinen. Vorliegend könnten die Promotoren zwar den jeweils angebotenen Einzelauftrag vorab ablehnen, jedoch nach dem Einzelvertragsabschluss unterlägen sie den Vorgaben der Klägerin. Eine Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers erfolge bei außerhalb des Firmensitzes zu erfüllenden Aufgaben regelmäßig durch Funktionszuweisung innerhalb einer vom Arbeitgeber zugeteilten (Gesamt-) Aufgabe. Eine bis in Details gehende Arbeitsanweisung des Arbeitgebers sei nicht erforderlich. Die Weisungen der Klägerin in Bezug auf Ort, Zeit, Art und Weise der Tätigkeit ergäben sich somit bereits aus dem jeweils erteilten Auftrag. Ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit sei das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene erhebliche Unternehmerrisiko. Die Promotoren hätten im Rahmen ihrer Tätigkeit jedoch nicht die Möglichkeit, eigenes Kapital einzusetzen, das sich akkumuliere. Auch setzten sie die eigene Arbeitskraft nicht mit ungewissem Erfolg ein, da für jede geleistete Stunde eine Vergütung erfolge; diese werde somit nicht erfolgsabhängig gezahlt. Ein Risiko ergebe sich nur insofern, dass bei Ablehnung von Aufträgen keine Vergütung erfolge und eine Garantie für eine weitere Auftragsvergabe nicht bestehe. Somit trügen die Promotoren lediglich das für einen Arbeitnehmer typische Entgeltrisiko. Allein die Berechtigung, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, schließe das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht aus, da hier die persönliche Leistungserbringung die Regel sei. Eine vorliegende Gewerbeanmeldung sei allenfalls ein Indiz, das gegen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses spreche, dieses jedoch nicht ausschließe. Ebenso wenig spiele eine Rolle, dass vertraglich keine Regelungen über Urlaubsansprüche und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall getroffen worden seien. Dies gehöre nicht zu den unabdingbaren Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses, sondern sei dessen Folge. Sofern in der Vergangenheit Bescheide von Sozialversicherungsträgern ergangen sein sollten, in denen für Promotoren das Nichtvorliegen einer Beschäftigung festgestellt worden sei, handele es sich um Einzelfallentscheidungen, die für die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status der für die Klägerin tätigen Promotoren nicht maßgeblich seien.

Mit den am 21.08.2002 bzw. am 22.08.2002 zum SG Köln erhobenen Klagen hat die Klägerin vertiefend vorgetragen, die Beigeladenen zu 1) und 2) gehörten einer Gruppe von Promotoren an, die jeweils für mehrere Auftragsgeber tätig würden, über ein angemeldetes Gewerbe verfügten, eigene Arbeitnehmer beschäftigten oder deren Beschäftigung beabsichtigten. Andere Promotoren, um die es hier aber nicht gehe, arbeiteten als fest angestellte sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer einer externen Agentur, mit der ein Rahmenvertrag bestehe. Wieder andere Promotoren, die vorliegend ebenfalls nicht betroffen seien, führten pro Jahr weniger als 50 Einsätze für die Klägerin durch und stünden ebenfalls bei einer externen Agentur unter Vertrag. Bei den hier zu entscheidenden Sachverhalten handele es sich jedoch nicht um Beschäftigungsverhältnisse im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Die Beklagte habe eine einzelfallbezogene Prüfung nicht angestellt, sondern abstrakt-generalisierende Feststellungen getroffen. Dieses Vorgehen sei rechtlich unzulässig. Der der Subsumtion der Beklagten zugrunde gelegte Sachverhalt entspreche nicht den tatsächlichen Gegebenheiten bei der Vertragsdurchführung zwischen der Klägerin und den Promotoren. Im Übrigen hat die Klägerin ihren Standpunkt durch das Ergebnis der erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme bestätigt gesehen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Bescheide der Beklagten vom 19.09.2001 bzw. 25.01.2002 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24.07.2002 aufzuheben und festzustellen, dass (u. a.) die Beigeladenen zu 1) und zu 2) ihre Tätigkeiten als Promotoren bei ihr, der Klägerin, nicht im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt haben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klagen abzuweisen.

Sie hat sich zur Begründung auf die ihrer Auffassung nach rechtmäßigen angefochtenen Bescheide bezogen und darüber hinaus ausgeführt, dass der von der Klägerin zitierte Rahmenvertrag lediglich mit externen Agenturen abgeschlossen werde, wie sich aus ihrem eigenen Vortrag in der Klagschrift ergebe. Es sei darauf hinzuweisen, dass für die von dem hier anhängigen Klageverfahren betroffenen Auftragnehmer solche Rahmenverträge während des Statusfeststellungsverfahrens nicht eingereicht worden seien, sondern lediglich in vereinzelten Fällen Promotionsverträge vorgelegt hätten, nach denen der Auftraggeber die ihm übertragenen Aufgaben nicht an Dritte habe weiterübertragen dürfen. Die in diesem Klageverfahren beurteilten Promotoren hätten jedoch tatsächlich keine eigenen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer eingesetzt, sondern die Tätigkeit persönlich ausgeübt.

Die Beigeladenen zu 1) und 2) haben keine eigenen Anträge gestellt.

Über die im Anhörungsverfahren hinaus abgegebenen Erklärungen haben die früheren Beigeladenen zu 3), 4), 5) und 6) Art und Umfang ihrer Tätigkeit im Termin vom 07.06.2004 vor dem SG näher beschrieben. Zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts hat das SG ergänzend die Projektmanagerin T A als Zeugin vernommen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift bzw. die Anlage 1 zur Sitzungsniederschrift vom 07.06.2004 Bezug genommen.

Das SG hat im Einverständnis mit den Beteiligten den weitere Auftragnehmer der Klägerin betreffenden Teil der am 21.08.2002 gegen den Bescheid der Beklagten vom 25.01.2001 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 24.07.2002 erhobenen Klage abgetrennt, unter dem Az. S 8 RA 28/03 neu eingetragen und bis zur rechtskräftigen Entscheidung im vorliegenden Rechtsstreit zum Ruhen gebracht.

Mit Urteil vom 21.03.2005 hat das SG sodann die Klagen abgewiesen. Zur Begründung hat es Folgendes ausgeführt:

Problematisch sei die Statusfeststellung immer dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - kein Werk er- oder ein Produkt hergestellt, sondern eine Dienstleistung erbracht werde, ohne dass eine räumliche Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers bestehe. Die von den (ursprünglichen) Beigeladenen zu 1) bis 7) für die Klägerin ausgeübten Tätigkeiten trügen Merkmale sowohl einer abhängigen Beschäftigung wie auch einer selbständigen Tätigkeit. Dabei komme es weniger auf die vertraglichen Vereinbarungen an, die zumeist vom wirtschaftlich stärkeren Vertragspartner diktiert werden könnten, sondern auf die faktische Ausgestaltung des Auftrags- bzw. Arbeitsverhältnisses.

Nach Auswertung aller verfügbaren Unterlagen seien auf der Grundlage wertender Betrachtung der Gesamtumstände des Falles die (ursprünglichen) Beigeladenen zu 1) bis 7) für die Klägerin als abhängig beschäftigte Mitarbeiter im Außendienst tätig geworden, obwohl ihre Tätigkeit nicht nur einige wenige, sondern durchaus einige Merkmale aufweise, die vordergründig für eine selbständige Tätigkeit sprechen könnten, wie die vertragliche Ausgestaltung der Tätigkeit als freie Mitarbeit (sofern überhaupt schriftliche Verträge abgeschlossen worden seien), auch die vertraglich ausbedungene Gewerbeanmeldung, die Freiheit der Promotoren, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, die freie Wahl des Umfangs der eigenen Arbeitszeit innerhalb der Geschäftszeiten der jeweiligen Fachmärkte etc., die freie Entscheidung über die Häufigkeit der jeweiligen Einsätze, die mangelnde Integration der Promotoren in die Arbeitsorganisation am Stammsitz der Klägerin in Bonn sowie die fehlende Kontrolle bei den jeweiligen Einsätzen vor Ort. Weitere schwächere Indizien seien Fehlen von Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüchen im Krankheitsfall. Es handele sich deshalb um schwächere Indizien, weil es sich hierbei um die logische Folge einer vereinbarten freien Mitarbeitertätigkeit handele, gerade weil der wirtschaftlich stärkere Partner sich offenbar des Konstrukts der freien Mitarbeitertätigkeit bedient habe, um Sozialversicherungsbeiträge, Lohnfortzahlungsansprüche und ähnliche Leistungen, auf die abhängig beschäftigte Arbeitnehmer einen gesetzlichen oder tarifvertraglichen Anspruch hätten, zu vermeiden.

Die für eine selbständige Tätigkeit der Promotoren sprechenden Merkmale relativierten sich jedoch bei näherer und realistischer Betrachtung der ausgeübten Tätigkeiten unter besonderer Berücksichtigung der Tatsache, dass ein echtes Unternehmerrisiko von den Beigeladenen nicht getragen worden sei. Sie setzten kein eigenes Kapital ein und unterlägen nicht dem Zwang, einen Gewinn erwirtschaften zu müssen. Das einzige Risiko der Beigeladenen bestehe darin, bei mäßiger oder schlechter Leistung und zu geringer Einsatzfreudigkeit keine weiteren Aufträge mehr zu erhalten. Dies könne aber auch einem abhängig beschäftigten Mitarbeiter insoweit passieren, als er sich dem Risiko einer Kündigung bei Schlechtleistung aussetze. Der einzige Unterschied bestehe darin, dass der abhängig beschäftigte Mitarbeiter arbeitsrechtlich besser geschützt sei. Die Beklagte beziehe sich insoweit zu Recht auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 12.12.1990 (Sozialrecht -SozR- 3-4100 § 4 Nr. 1). Auch erhielten die Promotoren im Wesentlichen eine erfolgsunabhängige Vergütung, nämlich eine Bezahlung nach Stundenlohn. Lediglich der (frühere) Beigeladene zu 3) habe vorgetragen, er sei zeitweise auch am Umsatz beteiligt gewesen und habe entsprechende Provisionen pro abgeschlossenem Vertrag erhalten. Ansonsten sei er pro Stunde bezahlt worden. Selbst wenn überwiegend auf Provisionsbasis gearbeitet worden wäre, ergäbe sich unter Würdigung der Gesamtumstände hieraus kein tragendes Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Es gebe nämlich durchaus abhängig beschäftigte Vertreter oder Vertriebsmitarbeiter im Außendienst, die nur auf Provisionsbasis tätig würden, gleichwohl jedoch in das Unternehmen des Auftraggebers/Arbeitgebers eingebunden seien. Hier sei nämlich wiederum zu beachten, dass Außendiensttätigkeiten der Natur der Sache nach nicht am Firmenstammsitz des Auftraggebers/Arbeitgebers tätig würden. Trotzdem bestehe eine Eingliederung in den Betrieb des Unternehmens durch die Modalitäten der Auftragsannahme und der Abrechnung, wobei bei einfachen Arbeiten schon organisatorische Angelegenheiten betreffende Weisungen den Beschäftigten in der Ausübung der Arbeit festlegten und damit in den Organismus des Betriebes eingegliedert erscheinen ließen (Urteil des Bundesfinanzhofes -BFH- vom 24.07.1972, Urteilssammlung für die gesetzliche Krankenversicherung -USK- 9293). Bei den von den Beigeladenen angebotenen Promotions- und Verkaufstätigkeiten handele es sich um typische Studentenjobs bzw. Nebenerwerbstätigkeiten, die vor allem von jüngeren Erwachsenen im Rahmen der (vor-) beruflichen Orientierungsphase angenommen würden. Sie erforderten keinen eigenen Kapitaleinsatz, keine eigenen Werbemaßnahmen und könnten an die zeitlichen Anforderungen des Studiums bzw. anderer ausgeübter Tätigkeiten angepasst werden. Eine besondere Ausbildung sei für die Aufnahme der Promotorentätigkeit nicht erforderlich; es genüge eine gewisse Geschicklichkeit im Umgang mit potenziellen Kunden und Interesse am Verkaufsgegenstand bzw. an den zu bewerbenden Produkten. Es dürfe bezüglich der Fragen nach einer Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin auch nicht unerwähnt bleiben, dass diese selbst bereits großen Wert auf ein nach außen hin sichtbares einheitliches Erscheinungsbild der Promotoren lege, weshalb diesen auch entsprechende Kleidungsstücke zu Verfügung gestellt würden und der Wunsch geäußert werde, dass diese davon auch Gebrauch machen, wenngleich kein Zwang ausgeübt werde. Dies ergebe sich aus den Bekundungen der Zeugin T A im Termin vom 07.06.2004. Außerdem trügen die Promotoren nach den Bekundungen der Zeugin ein Namensschild mit dem Logo "D1" bzw. "U". Auch insoweit bestehe keine regelrechte Verpflichtung, es sei jedoch sehr erwünscht, dass dieses Namensschild während der Veranstaltungen getragen werde. Auch die Tatsache, dass die Promotoren frei darüber entscheiden könnten, ob sie einen an sie herangetragenen Auftrag annähmen oder ihn ablehnten, sei für sich allein gesehen nicht maßgeblich für eine selbständige Tätigkeit. Es müssten weitere aussagekräftige Umstände hinzutreten, die insgesamt den Rückschluss auf eine selbständige unternehmerische Tätigkeit erlaubten. Die Klägerin verweise in diesem Zusammenhang zu Unrecht auf die in Einzelfällen von den Promotoren in Anspruch genommene Möglichkeit, ggf. einen Einsatz auch kurzfristig abubrechen, z. B. wegen mangelnder Nachfrage oder aufgrund unvorhergesehener Ereignisse. Auch ein fest angestellter Arbeitnehmer habe nach Rücksprache mit seinem Arbeitgeber derartige Möglichkeiten, ohne dass er dadurch zum selbständigen Mitarbeiter werde. Festzuhalten bleibe jedoch, dass den Promotoren in der Regel die Arbeitszeiten bei den einzelnen Aktionseinsätzen vorgegeben würden. Dies ergebe sich z. B. aus den Ausführungen des Beigeladenen zu 6) im Termin vom 07.06.2004. Regelfall sei auch die selbständige Erbringung der vereinbarten Arbeitsleistung, wobei in Fällen der (früheren) Beigeladenen zu 1), 2), 3) und 6) Promotionsverträge vorlägen, die ausdrücklich ein Verbot der Weiterübertragung der Arbeiten auf Dritte beinhalteten. Selbst wenn auf die Einhaltung dieser vertraglichen Regelung in der Praxis kein Wert gelegt bzw. den Auftragnehmern die Stellung von Ersatzkräften ausdrücklich erlaubt worden sein bzw. die Klägerin die Stellung von Ersatzkräften geduldet haben sollte, so handele es sich nach den Bekundungen des im Termin vom 07.06.2004 angehörten (früheren) Beigeladenen zu 4) um gegenseitige Vertretungen im Rahmen eines unter den Promotoren existierenden Netzwerkes, wobei der den Auftrag tatsächlich ausführende Promotor dann auch in eigenem Namen abgerechnet habe. Lediglich der (frühere) Beigeladene zu 6) habe entgegen seinen anders lautenden Angaben im Verwaltungsverfahren insoweit ausgeführt, es sei ihm möglich gewesen, im Verhinderungsfall an seiner Stelle ohne Absprache mit der Klägerin z. B. seinen Partner Herrn Wenzel zu einem Aktionstag zu schicken. Er habe auf Vorhalt seiner anders lautenden Angaben dann jedoch eingeräumt, nach Möglichkeit sei die Vertretung mit der Klägerin abgesprochen worden. Nur bei kurzfristiger Verhinderung sei es auch ohne Absprache gegangen. Im Regelfall habe aber auch der (frühere) Beigeladene zu 6) die ihm übertragenen Aufträge persönlich ausgeführt. Die Tatsache, dass die Klägerin offensichtlich in der Praxis nichts gegen eine Vertretung des ursprünglichen Auftragnehmers einzuwenden gehabt habe, zeige, dass es ihr allein auf die zur Verfügung gestellte Arbeitskraft ohne Ansehen der Person angekommen sei. Ein weiteres tragfähiges Indiz für eine abhängige Beschäftigung sei das Interesse der Klägerin, ihre Auftragnehmer in Fragen der Produktwerbung und Verkaufsförderung zu schulen, um die Auftritte der Promotoren und die Verkaufserfolge zu optimieren.

Einstellungsvoraussetzung seien solche Schulungen allerdings nicht gewesen. Insgesamt gesehen stelle sich für das Gericht die Lage so dar, dass die Klägerin die Arbeitskraft der Promotoren im Wesentlichen auf Stundenlohnbasis eingekauft habe, keine höherwertigen Tätigkeiten zu verrichten gewesen seien, die Promotoren als Mitarbeiter der Klägerin auch äußerlich erkennbar sein sollten (auch wenn sie hierzu nicht gezwungen worden seien) und die Promotoren ihrerseits nichts anderes als ihre Arbeitskraft für die von der Klägerin aufgegebenen Tätigkeiten zur Verfügung gestellt und dabei im Regelfall völlig erfolgsunabhängig gearbeitet hätten. Lediglich bei der Vermittlung von Mobilfunkverträgen habe im Einzelfall eine Provision anfallen können. Da die Einzelaufträge telefonisch erteilt worden seien, sei die Anschaffung eigener Arbeitsmittel insoweit nicht erforderlich gewesen. Die zu bewerbenden und zu verkaufenden Produkte seien auftraggeberseitig gestellt worden. Auch die von einigen Beigeladenen angegebenen bzw. ausgeübten Tätigkeiten für andere Auftraggeber und entsprechende Gewerbeanmeldungen machten die Auftragnehmer nicht per se zu selbständigen Unternehmern. Zu bewerten sei im Verhältnis zur Klägerin das konkrete Auftragsverhältnis. So könnten neben einer abhängigen Beschäftigung weitere andere abhängige Beschäftigungsverhältnisse oder auch selbständige Tätigkeiten ausgeübt werden. Es komme insoweit immer auf die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Tätigkeiten an. Der Beigeladene zu 1) sei während seiner Tätigkeit für die Klägerin Student gewesen und habe in seinem Antrag auf Statusfeststellung insoweit selbst von "Studentenjobs" gesprochen, die er als Promotor für diverse Auftraggeber seit 3 bis 4 Jahren ausübe". Die von ihm eingereichten freien Mitarbeiterverträge für andere Unternehmen seien nach demselben Muster wie der Promotionsvertrag der Klägerin gestaltet und enthielten z. B. Vereinbarungen über einen Nettostundenlohn, Kleiderordnung und Mitteilungspflichten, an welchen Tagen der freie Mitarbeiter in den darauf folgenden drei Monaten für Promotionseinsätze zur Verfügung stehen werde. Es könne dahinstehen, ob auch diese Verträge in Wahrheit lediglich eine Scheinselbständigkeit begründeten. Jedenfalls sei die für die Klägerin bzw. ihre Vorgängerin DeTeMobil ausgeübte Promotorentätigkeit nach ihrer praktischen Ausgestaltung nichts anderes als eine abhängige Außendiensttätigkeit für Menschen, die ihre Arbeitskraft tage- bzw. stundenweise zur Verfügung stellten. Bei den im Grunde geringen Verdiensten der Beigeladenen könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass diese eigens ein Kraftfahrzeug und/oder technische Hilfsmittel, wie Handy und Faxgerät, angeschafft hätten, um der für die Klägerin ausgeübten Promotorentätigkeit nachgehen zu können. Vielmehr werde es so sein, dass bereits vorhandene Geräte eingesetzt und von der Steuer abgesetzt worden seien. Auch abhängig beschäftigte Arbeitnehmer, die ihr Kfz, ihr Handy und/oder ihr Faxgerät zu betrieblichen Zwecken einsetzten, könnten so verfahren bzw. erhielten von ihrem Arbeitgeber einen entsprechenden Zuschuss. Die Klägerin habe ihren Auftragnehmern insoweit Auslagensatz gewährt.

Insgesamt überwogen für das Gericht die aussagekräftigen Merkmale einer abhängigen Beschäftigung, wie fehlendes unternehmerisches Risiko, erfolgsunabhängige Vergütung, auftraggeberseitig erwünschte Kennzeichnung als Mitarbeiter des Unternehmens und Charakterisierung der Tätigkeit als typischer Studenten- bzw. Nebenerwerbsjob. Hinsichtlich der einzelnen Beigeladenen ergäben sich noch folgende Besonderheiten:

Der Beigeladene zu 1) bezeichne die von ihm ausgeübten Promotorentätigkeiten, also auch die für die Klägerin ausgeübte Tätigkeit, in laienhafter Parallelwertung des Sachverhalts mit dem korrekten Ausdruck "Studentenjob". Diese erforderten keinen unternehmerischen Einsatz, sondern nur den Entschluss, an bestimmten Tagen durch Übernahme der von der Klägerin angebotenen Tätigkeiten Geld verdienen zu wollen. Hierfür spreche auch, dass der Beigeladene trotz mehrerer solcher Studentenjobs keinen einzigen Arbeitnehmer beschäftigt habe.

Die (frühere) Beigeladene zu 7) (und jetzige Beigeladene zu 2.) habe sich lediglich im Antragsverfahren dahingehend geäußert, sie habe sich als Promotorin bei der Klägerin und für "weitere" Promotions (Werbe-)veranstaltungen angeboten und diese durchgeführt. Eigene Angestellte habe sie nicht beschäftigt. Die von Beklagtenseite erbetenen aktuellen Verträge, auch bzgl. der weiteren Auftraggeber, habe sie nicht eingereicht. In ihrem Schreiben an die Beklagte vom 15.10.2001 beziehe sich die Beigeladene jedenfalls nur auf die Promotorentätigkeit für die Klägerin. Ein Gewerbe sei lediglich für die Zeit vom 02.07.2001 bis 31.12.2001 mit dem Gegenstand "Verkaufsförderung (Verkauf und Vertrieb von Telekommunikationskarten und Endgeräten, Promotion)" angemeldet gewesen. Beurteilt werden könne nur die für die Klägerin ausgeübte Tätigkeit, die nach ihren Merkmalen ganz überwiegend als abhängige Beschäftigung gekennzeichnet sei; denn die Beigeladene sei für die Klägerin im Rahmen von einzelnen Aktionsvereinbarungen auf Stundenlohnbasis tätig geworden.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 11.04.2005 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 18.04.2005 Berufung eingelegt. Sie verbleibe bei ihrer Auffassung, es fehle an einer persönlichen Abhängigkeit der (noch verbliebenen) Beigeladenen zu 1) und 2) und an deren Eingliederung in ihre, der Klägerin, Organisation. Insbesondere hätten die Beigeladenen frei über ihre Arbeitskraft verfügen können. Sie hätten - ohne Konsequenzen befürchten zu müssen - jederzeit ihnen angebotene Aufträge ablehnen können. Inhaltliche Vorgaben an die Tätigkeiten seien weder bei Einsätzen in T-Punkten noch in Elektronikgeschäften etc. erfolgt. Auch habe es keinerlei Kontrollen gegeben. Das Tragen von T-Shirts mit Namensaufschrift der Klägerin bzw. von Namensschildern sei wünschenswert gewesen, das Nichttragen sei jedoch - mangels Kontrollen - weder aufgefallen noch geahndet worden. Die Promotoren hätten auch ohne Weiteres bei eigener Verhinderung Vertreter entsenden können. Sie, die Klägerin, habe nicht in einem einzigen Fall auch nur nachgefragt, geschweige denn die Zahlung der vereinbarten Vergütung verweigert. Auch die Abrechnung auf Stundenbasis spreche nicht gegen eine selbständige Tätigkeit. Dies sei üblich z. B. bei Rechtsanwälten, Steuerberatern, selbständigen Handwerkern, ohne dass deshalb Zweifel an deren Selbständigkeit bestünden. Bezüglich eines Unternehmerrisikos sei zu bedenken, dass es daran trotz Vorliegens einer selbständigen Tätigkeit oft fehle, wenn eine reine Dienstleistung, wie zum Beispiel bei Dozenten, Gegenstand des Vertrages sei. Im Übrigen könne ein Unternehmerrisiko auch darin liegen, dass der Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft ungewiss sei. Die Beigeladenen hätten bei Ablieferung von mangelhafter Tätigkeit damit rechnen müssen, dass keine Folgeaufträge erteilt werden würden.

Auf Nachfrage des Senates hat die Klägerin mitgeteilt, der Beigeladene zu 1. sei im Zeitraum vom 23.06.1999 bis zum 22.10.2004 als Promotor für sie tätig geworden. Er habe insgesamt Einkünfte in Höhe von 19.370,60 EUR erzielt. Die Beigeladene zu 2) habe nur im Zeitraum vom 13.07. bis zum 07.12.2001 Aufträge für sie übernommen. Ihre Einkünfte hätten bei 2.407,61 EUR gelegen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 21.03.2005 zu ändern, die Bescheide der Beklagten vom 19.09.2001 bzw. 25.01.2002 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24.07.2002 aufzuheben und festzustellen, dass die Beigeladenen zu 1) und zu 2) ihre Tätigkeiten als Promotoren für sie, die Klägerin, nicht im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen

Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt haben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 21.03.2005 zurückzuweisen.

Sie erachtet das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Es habe an einem Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 1) und 2) gefehlt, die lediglich ihre Arbeitskraft, nicht aber Kapital zur Begründung von Gewinnmöglichkeiten eingesetzt hätten. Eine organisatorische Eingliederung der Beigeladenen sei durch die entsprechenden Vorgaben der Klägerin zu Arbeitszeit und -ort begründet worden. Ein weiteres Indiz für eine Eingliederung stelle die Erwartung eines einheitlichen Erscheinungsbildes der Beigeladenen durch das Tragen von T-Shirts und Namensschilder dar. Mit Rechtsanwälten oder Steuerberatern seien die Promotoren nicht vergleichbar. Sie übten eher untergeordnete Tätigkeiten aus. Schließlich sei die Entscheidung des SG Köln auch im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit der Beigeladenen ([§ 32 Sozialgesetzbuch Erstes Buch -SGB I-](#) und [§ 167 SGB IV](#)) zutreffend.

Die Beigeladenen zu 1) und 2) schließen sich den Ausführungen der Klägerin an, ohne eigene Anträge zu stellen. Der Beigeladene zu 1) weist ergänzend darauf hin, dass er über einen Gewerbeschein (ab August 1997) mit dem Gewerbeziel "Durchführung von Werbemaßnahmen" verfügt habe.

Der Senat hat im Erörterungstermin am 24.05.2007 die früheren Beigeladenen zu 2) bis 6) zu den Einzelheiten ihrer Tätigkeit befragt. Da für diese unter dem Gesichtspunkt der Regelung des [§ 7c SGB IV](#) keine Beitragspflicht in Betracht kam, hat die Klägerin diesbezüglich die Klagen zurückgenommen. Die Beigeladenen zu 1) und zu 2) (früher: 7.) hat der Senat sodann im Termin zur Erörterung des Sachverhalts am 06.07.2007 gehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die entsprechenden Sitzungsniederschriften verwiesen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf die Prozess- sowie auf die bei der Beklagten geführten Verwaltungsakten der Klägerin sowie der (früheren) Beigeladenen zu 1) bis 7) Bezug genommen, die dem Senat vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Das SG hat im Ergebnis und in der Begründung zu Recht mit Urteil vom 21.03.2005 (unter anderem) bezüglich der Beigeladenen zu 1) und 2) die Klage abgewiesen. Die Beklagte hat zu Recht mit Bescheiden vom 19.09.2001 bzw. 25.01.2002 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 24.07.2002 festgestellt, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) bei Ausübung der Promotorentätigkeit in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin gestanden haben.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen dem Grunde nach in der Rentenversicherung ([§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch -SGB VI-](#)), der Krankenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch -SGB V-](#)), der Pflegeversicherung ([§ 2 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch -SGB XI-](#)) sowie der Arbeitslosenversicherung ([§ 24 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch -SGB III-](#)) der Versicherungspflicht. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. zuletzt [SozR 3-2400 § 7 Nr. 19](#) und [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, der 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. Maßgeblich ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, so geben letztere den Ausschlag.

Unter Berücksichtigung aller Umstände der vertraglichen und tatsächlichen Verhältnisse hat der Senat keine Zweifel, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zu der Klägerin gestanden haben. Im Hinblick auf die ruhenden anderweitigen Statusverfahren weist der Senat ausdrücklich darauf hin, dass lediglich Aussagen zu den beiden in das vorliegende Verfahren einbezogenen Promotoren, nicht aber für die Berufsgruppe schlechthin getroffen werden können und dürfen. Ob die Verhältnisse denjenigen der Beigeladenen zu 1) und 2) vergleichbar sind, entzieht sich der Beurteilung des Senates.

Zwar sind die Klägerin und die Beigeladenen zu 1) und 2) bei Vertragsschluss offensichtlich von einer Selbständigkeit der Promotorentätigkeit ausgegangen, wobei nur bezüglich des Beigeladenen zu 1) Vertragsunterlagen vorliegen. Die Beigeladene zu 2) hat jedoch bestätigt, dass für sie vergleichbare Regelungen vereinbart worden seien. Für eine Selbständigkeit sprechen insbesondere die in dem vom Beigeladenen zu 1) vorgelegten Promotionsvertrag verwendeten Begriffe, wie "Auftraggeber" und "Auftragnehmer", "Honorar", "freier Mitarbeiter", "selbständige Tätigkeit", aber auch die äußere Gestaltung des Vertragsverhältnisses (Verpflichtung zur Anmeldung eines Gewerbes, zur eigenständigen steuerlichen Abwicklung, Verzicht auf die Einhaltung von Kündigungsfristen, Schadensersatzansprüche der Klägerin bei Schlechtleistung), zudem auch die Verlagerung sämtlicher Risiken und der sozialen Absicherung auf die Beigeladenen, und zwar für den Fall entstehender Aufwendungen, die mit dem Honorar als abgegolten galten, fehlender Aufträge, bei Krankheit, Urlaub oder sonstiger Verhinderung der Beigeladenen zu 1) und 2). Der Promotionsvertrag sowie die Aktionsvereinbarung enthalten jedoch bereits durchaus Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. So sollten sich Beginn, Umfang und Dauer der Einsätze des Beigeladenen zu 1) nach den Vereinbarungen richten, die zwischen der Klägerin und deren jeweiligem Kunden abgeschlossen sind. Eine freie Vereinbarung über diese Umstände und damit verbundene Einwirkungsmöglichkeiten des Beigeladenen zu 1) auf die Gestaltung wurde damit vertraglich gerade ausgeschlossen. Dieser hatte sich laut Promotionsvertrag diesbezüglich vollumfänglich ein- und unterzuordnen. Die Klägerin hatte sich vertraglich auch das einseitige Recht vorbehalten, vereinbarte Aktionen abzukürzen, aufzuheben oder zeitlich zu verändern, ohne dass dem Beigeladenen zu 1) ein Mitspracherecht bzw. Entschädigungsansprüche, z. B. wegen bereits geleisteter Aufwendungen oder entgangener anderweitiger Einnahmemöglichkeiten, eingeräumt wurde. Ebenso spricht gegen eine selbständige Tätigkeit die Verpflichtung des Beigeladenen zu 1), jede Verhinderung sofort mitzuteilen, die Dienstleistung in eigener Person erbringen zu

müssen und keinen Vertreter stellen zu dürfen. Auch die Abrechnung, die laut Aktionsvereinbarung auf der Basis der geleisteten Stunden erfolgen sollte, ist eher untypisch für Selbständige. Sowohl der Beigeladene zu 1) als auch die Beigeladene zu 2) haben, was bei einem von ihnen vermittelten Abschluss von Mobilfunkverträgen und dem Verkauf von Zubehör und den Geräten nahe gelegen hätte, vertraglich keine Provisionszahlungen, anknüpfend an den Erfolg einer entsprechenden Vermittlungstätigkeit, geltend machen können, auch nicht ergänzend zu einem Fixum.

Ausgehend von den tatsächlichen Verhältnissen überwiegen, wie das SG zutreffend festgestellt hat, bei weitem diejenigen Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Der Senat schließt sich insoweit den Entscheidungsgründen des SG vollinhaltlich an. Darüber hinaus ist ergänzend auf Folgendes hinzuweisen: Die Klägerin hat eine Leistungserbringung durch die Beigeladenen zu 1) und 2) in eigener Person verlangt. Diese hatten im Rahmen eines jeden Einzelauftrages genaue Vorgaben bezüglich des Ortes, der Zeit und des Umfangs der Tätigkeit einzuhalten. Dass sowohl der Beigeladene zu 1) als auch die Beigeladene zu 2) ohne Absprache mit der Klägerin Einsätze - unter entsprechender Minderung ihrer Honoraransprüche - verkürzen konnten, spricht nicht gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Es entsprach vielmehr dem wohlverstandenen Interesse der Klägerin, dass Einsätze, die nur auf geringe Kundenströme trafen, verkürzt wurden. Auch hätte die Klägerin ohne Weiteres, falls ihr die Verhaltensweise der Beigeladenen zu 1) oder 2) missfallen hätte, dies bei der Vergabe weiterer Aufträge negativ berücksichtigen können. Zumindest den zeitlichen Rahmen der durchgeführten Tätigkeiten hat die Klägerin insoweit überwacht, dass der zuständige Filialleiter den von den Beigeladenen zu 1) und 2) festgehaltenen Stundenumfang der jeweiligen Tätigkeit gegenzeichnen musste. Bezüglich der Inhalte der Tätigkeit haben sich die Beigeladenen an das angepasst, was von ihnen jeweils während eines Einsatzes erwartet wurde, d. h. sie haben wegen des starken Kundenandrangs in der Vorweihnachtszeit in T-Punkten fortwährend Verträge ausgefüllt oder in Elektromärkten in weniger stark durch Kunden frequentierten Zeiträumen auch Beratungen durchgeführt. Dass die Beigeladenen dazu nicht einmal entsprechender Schulungen seitens der Klägerin bedurften, spricht dafür, dass das Anforderungsprofil entsprechend niedrig gewesen ist. Als "Dienste höherer Art" (vgl. insoweit BSG [SozR 3-2940 § 2 Nr. 5](#), zuletzt [SozR 4-2400 § 7 Nr. 6](#)) mit weitgehender Gestaltungsfreiheit stuft der Senat die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) jedenfalls nicht ein. Der Senat geht im Übrigen davon aus, dass es den Promotoren keineswegs selbst überlassen gewesen ist, in welchem Umfang sie sich für die Belange der Klägerin engagieren. Diese hat selbst vorgetragen, ein Unternehmerrisiko habe für die Beigeladenen zu 1) und 2) darin bestanden, bei Schlechtleistung keine Folgeaufträge zu erhalten. Darin kommt deutlich zum Ausdruck, dass die Klägerin sehr wohl, obwohl dies den Beigeladenen zu 1) und 2) nicht bewusst gewesen ist, in gewissem Maße eine Kontrolle der Arbeitsergebnisse vorgenommen hat. Es wäre auch kaum nachvollziehbar, dass es nicht zu Konsequenzen gekommen wäre, wenn sich die Beigeladenen beispielsweise in der Vorweihnachtszeit bei Einsätzen in T-Punkten geweigert hätten, bei der Ausfüllung von Verträgen behilflich zu sein. Dass der Beigeladene zu 1) - im Gegensatz zu der Beigeladenen zu 2) - für mehrere Auftraggeber innerhalb der Mobilfunkbranche tätig geworden ist, spricht ebenfalls nicht - auch insoweit ist dem SG beizupflichten - gegen eine abhängige Tätigkeit. Auch wenn die Tätigkeit für die Klägerin nur für die Beigeladene zu 2) wegen Fehlens anderweitiger Auftraggeber in wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübt wurde, können, gerade im Bereich der Finanzierung eines Studiums, auch mehrere Tätigkeiten, ob abhängig oder selbständig, nebeneinander ausgeübt werden.

Ein weiteres, aus Sicht des Senates wesentliches Element, das gegen eine selbständige Tätigkeit spricht, ist das fehlende Unternehmerrisiko. Die Beigeladenen zu 1) und 2) haben weder Geld- noch Sachmittel mit ungewissem Erfolg (vgl. insoweit zuletzt BSG, Urt. vom 30.01.2007, Az.: [B 2 U 6/06 R](#), [www.juris.de](#)) eingesetzt. Vielmehr wurden die geleisteten Arbeitsstunden, sogar einschließlich der Pausen, von der Klägerin vollumfänglich bezahlt. Dass der Beigeladene zu 1) angegeben hat, er habe Arbeitsmittel, wie einen Personalcomputer und ein Mobilfunkgerät, für die Tätigkeit bei der Klägerin eingesetzt, steht dem nicht entgegen. Hierbei handelt es sich um Arbeitsmittel, die auch anderweitig, insbesondere im Rahmen des Studiums, nutzbar sind bzw. zu den üblicherweise privat vorgehaltenen Gerätschaften gehören. Sie werden jedenfalls nicht speziell für die Tätigkeit als Promotor vorgehalten worden sein. Die Anschaffung von Arbeitsmitteln hat die Beigeladene zu 2) nicht einmal geltend gemacht. Es ist auch nicht vorgetragen worden, dass den Beigeladenen zu 1) und 2) tatsächlich einmal - nicht durch Honorarzahungen gedeckte - Aufwendungen wegen kurzfristiger Absagen bereits vereinbarter Termine entstanden wären, wie dies nach der vertraglichen Gestaltung der Beziehung des Beigeladenen zu 1) zur Klägerin denkbar wäre. Dass die Promotoren nicht fest mit einem bestimmten regelmäßigen Arbeitsumfang rechnen konnten, ist, da es an einem Einsatz von Sachmitteln und Arbeitszeit fehlt, zu vernachlässigen.

Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Beigeladenen zu 1) und 2) von der Klägerin zu leisten sind, bleibt - nach Abschluss des Statusfeststellungsverfahrens - einer gesonderten Entscheidung der Beklagten bzw. dem beigeladenen Versicherungsträger/der Einzugsstelle vorbehalten.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) in Verbindung mit [§ 154](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Sie berücksichtigt den offenen Ausgang der Verfahren, betreffend die früheren Beigeladenen zu 2. bis 6., bezüglich derer das Berufungsverfahren beendet wurde, sowie bezüglich der Beigeladenen zu 1. und 2. das Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens.

Der Senat hat die Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2009-07-20