

L 5 KR 5602/11

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 4 KR 3987/09
Datum
18.11.2011
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 KR 5602/11
Datum
07.05.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Leitsätze
Zur Sozialversicherungspflicht eines Consultants bei einem bundesweit
tätigen Finanzdienstleister. Abgrenzung der Tätigkeit eines selbständigen
Handelsvertreters von der eines abhängig Beschäftigten.

NZB anhängig unter [B 12 KR 69/14 B](#)

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 18.11.2011 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert wird auch für das Berufungsverfahren auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beigeladene zu 3) in seiner Tätigkeit als Consultant bei der Klägerin vom 01.04.2002 bis 24.09.2004 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Klägerin ist ein bundesweit tätiges Finanzdienstleistungsunternehmen mit Sitz in W ... Der Beigeladene zu 3) war im streitgegenständlichen Zeitraum als Consultant für die Klägerin tätig. Dieser Tätigkeit lag ein am 08.02.2002 geschlossener M.-Consultant-Vertrag zugrunde. Der Vertrag enthielt unter anderem die folgenden Regelungen:

§ 1 Gegenstand des Vertrages

1 Der Consultant ist tätig als selbständiger Gewerbetreibender iSv [§§ 84 ff HGB](#).

2 Die Tätigkeit des Consultant- umfasst die Beratung der M.-Kunden über sowie die Vermittlung von M.-Dienstleistungen und von Finanzprodukten, die von M. freigegeben sind, in dem durch seine Zielgruppenspezifikation und seinen jeweiligen Ausbildungsstand vorgegebenen Rahmen.

3 Der Consultant ist frei in der Bestimmung des Ortes und der Zeit seiner Tätigkeit. Insbesondere vereinbart er eigenverantwortlich die Termine mit den von ihm betreuten Kunden. Der Consultant ist der Geschäftsstelle E. III zugeordnet.

§ 2 Verpflichtungen des Consultant

1 Der Consultant darf während der Vertragszeit nur - hauptberuflich - für M. tätig sein und die M.-Dienstleistungen und die von M. freigegebenen Finanzprodukte vermitteln. Die Dienstleistungen und Finanzprodukte sind in der Provisionsordnung aufgeführt Eine Beteiligung - gleichgültig welcher Art - an Konkurrenzunternehmen ist ihm untersagt. () 2 Der Consultant hat seine Dienste in Person und mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu erbringen. 3 Der Consultant ist berechtigt und - soweit es um die Inanspruchnahme sachlicher und personeller Mittel geht - auch verpflichtet, sich bei der Wahrnehmung seiner Tätigkeit der Einrichtung und des Personals derjenigen Geschäftsstelle zu bedienen, welcher er gemäß § 1 Abs 3 dieses Vertrages zugeordnet ist. Hierzu können im Einzelfall weitere Regelungen durch M. getroffen werden. () 5 Alle Kunden, die der Consultant im Rahmen seiner M.-Tätigkeit gewinnt oder übertragen bekommt, sind Kunden von M. und ihm lediglich zur Beratung und Betreuung anvertraut. Der Consultant respektiert, wenn Kunden der

Beratung und Betreuung anderer M. Consultants anvertraut sind. Scheidet der Consultant aus, überträgt M. die Kunden des ausscheidenden Consultant und deren Verträge auf andere Consultants.

§ 3 Kundendaten und Kundenlisten, Vertragsstrafe

1 Die Namen, Anschriften, Telefonnummern und sonstige personenbezogene Daten, Informationen über die Vermögensverhältnisse, Versicherungsverträge, den Kapitalanlagenbestand und dessen Zusammensetzung sowie über Transaktionen der Kunden, von denen der Consultant während der Dauer seiner Tätigkeit für M. Kenntnis erhält, sind Geschäftsgeheimnisse von M. im Sinne von [§ 90 HGB](#) und [§ 17 UWG](#). Der Consultant erkennt an, dass ihm diese Daten nur als Geschäftsgeheimnisse anvertraut werden und dass deren Verwertung außerhalb dieses Vertrages nur zulässig ist, sofern sie der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmannes nicht widerspricht.

2 Der Consultant darf Aufzeichnungen der oben näher bezeichneten Kundendaten nur für M. und auf von M. zur Verfügung gestellten EDV-Programmen und firmeneigenen Unterlagen fertigen.

3 Die Kundenakten sind Eigentum von M ...

4 Kundenakten, Aufzeichnungen von Kundendaten sowie Vervielfältigungen aus Kundenakten und von Aufzeichnungen sind jederzeit auf Verlangen von M., bei Kündigung- oder Vertragsbeendigung unaufgefordert, vollständig an M. herauszugeben. Dem Consultant ist es untersagt, bei Kündigung oder Vertragsbeendigung weitere Aufzeichnungen von Kundendaten zu fertigen oder, auch unter Zuhilfenahme der EDV, zu vervielfältigen.

5 Gibt der Consultant Kundenakten, Aufzeichnungen von Kundendaten oder Vervielfältigungen derselben trotz schriftlicher Aufforderung nicht heraus, hat er für jeden Tag der verspäteten Rückgabe eine Vertragsstrafe von 2,00 EUR pro Kunde an M. zu zahlen.

6 Der Consultant verpflichtet sich zur Zahlung einer Vertragsstrafe von 150,00 EUR

1. für jeden Kunden, von dem er bei Beendigung des Vertrages die Kundenakte, Aufzeichnungen oder Vervielfältigungen derselben zurückbehält. 2. für alle ihm als Geschäftsgeheimnis anvertrauten Kunden- und Vertragsdaten, die er während seiner Tätigkeit oder nach Beendigung des Vertragsverhältnisses unter Verstoß gegen das in Abs. 4 geregelte Rückgabegebot und Vervielfältigungsverbot zu Konkurrenz Zwecken selbst verwertet oder Dritten, insbesondere Konkurrenten, unbefugt mitteilt oder zugänglich macht. Die gleiche Vertragsstrafe ist bereits bei Vorbereitung dieser Handlungen verwirkt. ()

§ 4 Gewährleistung des Beratungsstandards

1 M. verpflichtet sich, dem Consultant zur dauerhaften Gewährleistung des hohen Beratungsstandards die hierfür erforderliche fachliche Unterstützung, insbesondere Aus- und Weiterbildung, zur Verfügung zu stellen.

2 Der Consultant hat zur Sicherstellung des M.-Beratungsstandards die ihm von M. zur Verfügung gestellten Aus- und Weiterbildungsangebote wahrzunehmen.

3 Der Consultant darf die Beratung der Kunden nur so weit vornehmen, wie es sein Ausbildungs- und Wissensstand zulässt. Maßgeblich hierfür ist die M. Ausbildungsordnung in der jeweils aktuellen Fassung, die diesem Vertrag in der Anlage beigefügt ist. Die aktuelle Fassung kann jederzeit im M.-Intranet eingesehen werden. Zuwiderhandeln gegen die Ausbildungsordnung hat in jedem Fall zur Folge, dass M. bei Fehlberatung den Consultant im Innenverhältnis in Regress nimmt.

4 Der Consultant verwendet für seine Tätigkeit ausschließlich die ihm von M. zur Verfügung gestellten Unterlagen und EDV-Programme.

§ 5 Urlaub/Krankheit

Während seinesurlaubes bzw. einer Erkrankung hat der Consultant in Abstimmung mit dem Geschäftsstellenleiter für die Aufrechterhaltung einer Betreuung der ihm anvertrauten M.-Kunden zu sorgen.

§ 6 Vergütung

1 Der Consultant erhält für seine Tätigkeit Vergütungen in Form von Provisionen und Honoraren. Der Consultant bezieht Provisionen und Honorare ausschließlich über M ... () 4 Provisionen und gegenzurechnende Forderungen von M. werden in monatlich dem Consultant zugehenden Kontoauszügen erfasst. Der jeweilige Saldo ist vom Consultant anerkannt, wenn nicht spätestens bis zum 30. des darauffolgenden Monats Widerspruch erhoben wird.

5 M. stellt dem Consultant für längstens 3 Jahre einen monatlichen pauschalen Vorschuss auf die zu verdienenden Provisionen als zunächst zinsloses Darlehen in Höhe von EUR 2.200,- zur Verfügung. Das Darlehen wird dem Consultant von M. gewährt, um ihn bei der Existenzgründung finanziell zu unterstützen. Die vereinbarten Vorschusszahlungen werden nur solange gewährt, wie sie dem Ziel der Aufnahme einer eigenen Existenzgründung als selbständiger M. Consultant dienen.

6 Der Vorschuss wird jeweils abzüglich der im § 8 Abs. 2 definierten Aufwendungen ausgezahlt, soweit diese von M. verauslagt wurden. Der Saldo aus den als Darlehen gewährten Provisionsvorschüssen und gegengerechneten Provisionseinnahmen wird auf insgesamt EUR 30.000,00 begrenzt. Bei Überschreiten dieses Höchstbetrages ist M. unter anderem berechtigt, die Provisionsvorschusszahlungen einzustellen.

7 Die Rückführung des Darlehens erfolgt durch Verrechnung mit den tatsächlich verdienten Provisionen. Wenn der aufgelaufene Provisionsvorschuss durch verdiente Provisionen vollständig zurückgeführt ist, entfällt der Provisionsvorschuss mit dem darauffolgenden

Monat.

8 Mit Ablauf von zwei Jahren nach Vertragsbeginn ist ein dann noch nicht zurückgeführtes Darlehen mit 3% über dem jeweils gültigen Basiszinssatz entsprechend § 1 Diskont-Überleitungs-Gesetz (DÜG) zu verzinsen.

9 Wird der Consultant durch Krankheit oder durch Berufsunfähigkeit an der Ausübung seiner Tätigkeit gehindert, so endet die Weiterzahlung des Vorschusses nach vier Wochen.

10 Im Falle seines Ausscheidens ist der Consultant verpflichtet, 50% eines noch bestehenden Provisionsvorschussaldos zurückzuzahlen. Der Rückzahlungsanspruch wird mit Ausscheiden des Consultants fällig. Er ist nach Fälligkeit mit 3% über dem Basiszinssatz zu verzinsen.

11 Als Gegenleistung für den Erlass von 50% des zum Zeitpunkt des Ausscheidens noch bestehenden Provisionsvorschussaldos durch MLP verzichtet der Consultant auf 50% des zum gleichen Zeitpunkt bestehenden Schwebegeschäftes. M. nimmt diesen Verzicht an. Dem Provisionskonto werden somit nach Ausscheiden des Consultants jeweils nur 50% der dann noch verdienten Provisionen gutgeschrieben. Die Auszahlung erfolgt jeweils bis zum 15. des auf die Abrechnung folgenden Monats, sofern der Consultant seiner Rückzahlungsverpflichtung gemäß Abs. 10 bereits nachgekommen ist.

§ 8 Aufwendungen

1 Von MLP getragen werden die in den Geschäftsstellen anfallenden fixen Kosten wie Raummiete, Gehälter von Angestellten der M.-Gesellschaften, Grundgebühr und Miete für das Telefon, Telefakskosten, Büromaterial, Porti, Fachzeitschriften.

2 Der Consultant trägt ihm unmittelbar im Rahmen seiner Tätigkeit entstehende Aufwendungen selbst, insbesondere EDV-, Telefon-, KFZ-, Reise- und Bewirtungskosten sowie die Kosten der Versicherung gegen Vermögensschäden entsprechend § 12. Die laufenden Telefongebühren des Sekretariates sind von dem Consultant anteilig nach näherer Vereinbarung innerhalb der Geschäftsstelle zu tragen, der er zugeordnet ist.

3 Akquise und Terminvereinbarungen dürfen nur von Personen oder Dienstleistern vorgenommen werden, die mit M. eine diesbezügliche Vereinbarung geschlossen haben. M. regelt in Abstimmung mit der Geschäftsstelle die hierfür notwendige Ausbildung. Die dafür entstehenden Kosten trägt der Consultant anteilig nach näherer Vereinbarung innerhalb der Geschäftsstelle.

§ 9 Beschäftigung von Hilfspersonen

Der Consultant darf Hilfspersonen ausschließlich zu Hilfstätigkeiten im Rahmen seiner eigenen persönlichen Organisation beschäftigen. Tätigkeiten, die unmittelbar die Arbeit des Consultant nach § 1 Abs. 2 bzw. die Tätigkeit eines Geschäftsstellen-Sekretariates betreffen, dürfen nicht auf diese Hilfspersonen übertragen werden. Der Consultant hat sicherzustellen, dass seine Hilfspersonen keinen Zugang zu Kundenakten, der M.-EDV oder M.-internen Informationen erhalten. Eine M.-Geschäftsstelle ist als Beschäftigungsort ausgeschlossen.

§ 10 EDV und Softwareüberlassung

Die im Rahmen seiner Tätigkeit zu nutzende EDV wird dem Consultant von M. zur Verfügung gestellt. Über die Überlassung der IT-Infrastruktur und die dem Consultant daraus entstehenden Kosten wird ein separater Vertrag geschlossen.

Der Vertrag war unterzeichnet von R. K., Leiter der MA-Entwicklung, Geschäftsstellenleiter M. W. und dem Beigeladenen zu 3).

Der in § 6 Abs. 5 des Vertrages vereinbarte Provisionsvorschuss wurde mit Vereinbarungen vom 15.05.2002, 05.05.2003 und 29.03.2004 auf 2.000 EUR (ab 01.05.2002), 1.800 EUR (ab 01.05.2003) und 1.500 EUR (ab 01.04.2004) reduziert. Mit Vereinbarung vom 02.04.2004 erkannte der Beigeladene zu 3) einen Vorschussaldo zu seinen Lasten zum 15.03.2004 in Höhe von 33.009,59 EUR an.

Auf Antrag des Beigeladenen zu 3) hatte ihn die damalige Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) mit Bescheid vom 03.06.2002 für den Zeitraum 01.04.2002 bis 01.04.2005 von der Versicherungspflicht als Selbstständiger mit einem Auftraggeber nach § 2 Satz 1 Nr. 9 Sozialgesetzbuch 6. Buch (SGB VI) befreit, da es sich bei der Aufnahme der jetzigen Tätigkeit um eine Existenzgründung im Sinne der Befreiungsvorschrift des [§ 6 Abs. 1](#) a Satz 1 Nr. 1 SGB VI handele.

Die Klägerin stimmte der Kündigung des Consultant-Vertrages durch des Beigeladenen zu 3) vom 21.09.2004 mit Wirkung zum 24.09.2004 zu.

Der Beigeladene zu 3) erhob am 26.07.2007 Klage vor dem Sozialgericht Freiburg gegen die Klägerin zunächst mit dem Begehren, festzustellen, dass er in seinem Mitarbeiterverhältnis bei der Klägerin der Versicherungspflicht in der Kranken- Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterlegen habe. Das Sozialgericht wies die Klage, die zuletzt darauf gerichtet war, die Klägerin (dortige Beklagte) zur Anmeldung seiner Beschäftigung zur Sozialversicherung zu verurteilen, mit Gerichtsbescheid vom 05.02.2008 (S 5 KR 4086/07) als unzulässig ab. Die dagegen eingelegte Berufung blieb erfolglos (Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 04.09.2009 - [L 4 KR 1035/08](#) -).

Mit rechtskräftigem Urteil vom 23.09.2009 (14 Ca 568/06) verurteilte das Arbeitsgericht Freiburg den Beigeladenen zu 3), an die Klägerin Provisionsvorschüsse in Höhe von 18.723,12 EUR nebst Zinsen zurückzuzahlen.

Bereits mit Schreiben vom 06.07.2007 hatte der Beigeladene zu 3) bei der Beklagten beantragt festzustellen, dass er bei der Klägerin versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Seine starke Einbindung in die Organisation der Klägerin spreche dafür, dass ein abhängiges und fremdbestimmtes Arbeitsverhältnis bestanden habe. Dies ergebe sich insbesondere aus §§ 8 bis 10 des Consultant-Vertrages, wonach sowohl Büro-, Büromaterial, Telekommunikations-Infrastruktur sowie EDV komplett von der Klägerin übernommen worden seien. Er sei gegenüber der Klägerin zeitlich, sachlich und in räumlicher Hinsicht völlig weisungsgebunden gewesen. Er legte mit Schreiben vom

25.09.2007 ein Urteil des Arbeitsgerichtes Mannheim vom 03.05.2007 (- 3 Ca 369/06 -), mit dem eine Klage der Klägerin auf Rückzahlung von Provisionsvorschüssen abgewiesen worden war.

Die Beklagte stellte mit vorläufigem Bescheid vom 06.11.2007 gegenüber dem Beigeladenen zu 3) fest, dass dieser während der Tätigkeit bei der Klägerin versicherungspflichtig in der Kranken-, Renten-, Arbeitsförderung- und Pflegeversicherung gewesen sei. Insbesondere sei der Beigeladene zu 3) stark in die Organisation und in den Betrieb der Klägerin eingegliedert und in dem betrieblichen Ablauf mit einbezogen worden. Der Beigeladene zu 3) habe seinen Dienst in Person zu leisten gehabt und weder seine eigene Einrichtung noch sein eigenes Personal nutzen dürfen. Er sei vielmehr verpflichtet gewesen, sich bei seiner Tätigkeit der Büroeinrichtung und des Personals der Geschäftsstelle zu bedienen, der er zugeordnet gewesen sei. Diese Regelung widerspreche eklatant einer selbständigen Tätigkeit und sei typisch für eine abhängige Beschäftigung. Im Rahmen der Gesamtwürdigung würden die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwiegen.

Mit Schreiben vom 06.11.2007 übersandte die Beklagte den Bescheid an die Deutsche Rentenversicherung Bund und bat um Entscheidung darüber, ob ein Arbeitnehmerstatus bestehe. Mit Schreiben vom 20.11.2007 übersandte sie den vorläufigen Bescheid auch der Klägerin.

Die Klägerin erhob am 23.11.2007 Widerspruch gegen den Bescheid vom 06.11.2007. Zur Begründung rügte sie die fehlende Anhörung. In der Sache verwies die Klägerin darauf, dass die 3. Kammer des Arbeitsgerichts Mannheim vor der vom Beigeladenen zu 3) vorgelegten Entscheidung vom 03.05.2007 in zwei Urteilen anders entschieden habe. So sei die Vorsitzende in den Urteilen vom 11.03.2004 (- 3 Ca 531/03 -) und 02.08.2007 (- 3 Ca 235/07 -) davon ausgegangen, dass die Regelungen des Consulting-Vertrages keine Regelung eines Arbeitsverhältnisses, sondern eines Handelsvertretervertragsverhältnisses darstellten. Der Beigeladene zu 3) sei nicht als Arbeitnehmer, sondern als selbständiger Handelsvertreter nach §§ 84 ff HGB für die Klägerin tätig gewesen. Er habe kein Gehalt bezogen, sondern erfolgsabhängige Provisionen erhalten. Zur Unterstützung seiner Existenzgründung habe er einen monatlichen Vorschuss auf die von ihm zu erwirtschaftenden Provisionszahlungen erhalten. Soweit der Beigeladene zu 3) den Antrag auf Statusfeststellung infolge des arbeitsgerichtlichen Verfahrens gestellt habe, sei darauf hinzuweisen, dass dort vom Vorsitzenden ausdrücklich klargestellt worden sei, dass die Rückzahlungsverpflichtung bezüglich der Provisionsvorschüsse unabhängig von der Statusfrage bestehe, es für die Entscheidung des arbeitsgerichtlichen Rechtsstreits daher unerheblich sei, ob der Beigeladene zu 3) Arbeitnehmer oder Handelsvertreter gewesen sei. Dem Beigeladenen zu 3) gehe es offenbar vorrangig darum, sich dieser Rückzahlungsverpflichtung zu entziehen. Nachdem der Beigeladene zu 3) aber weder im arbeitsgerichtlichen Verfahren noch im sozialgerichtlichen Verfahren erfolgreich sein werde, habe er sich an die Beklagte gewandt, um die begehrte Feststellung seines Arbeitnehmerstatus zu erreichen. Hierfür fehle ihm aber das Rechtsschutzbedürfnis, zudem sei sein Feststellungsbegehren auch unbegründet. Die Rechtsauffassung der Klägerin, dass der Beigeladene zu 3) als Consultant nicht als Arbeitnehmer, sondern als Handelsvertreter tätig gewesen sei, werde durch zahlreiche zivilgerichtliche und arbeitsgerichtliche Urteile der Instanzgerichte bestätigt. Es könnten mehr als 100 Urteile vorgelegt werden, in denen die Statusfrage zugunsten der Klägerin entschieden worden sei.

Nachdem die Beklagte ausweislich eines Aktenvermerks vom 07.10.2009 von der DRV Bund darauf hingewiesen worden war, dass der Widerspruch nicht von der DRV Bund erlassen werde, sondern von der Beklagten zu erlassen sei, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 22.10.2009 den Widerspruch der Klägerin zurück. Eine selbständige Tätigkeit liege auch bei einem Handelsvertreter nicht vor, wenn zu viele Einschränkungen seiner handelsvertretertypischen Selbständigkeit zusammen kommen würden und ihm gleichsam sämtliche Vorteile, die mit einer Selbständigkeit verbunden seien, genommen würden. Sie verwies erneut auf die Eingebundenheit des Beigeladenen zu 3) in die Betriebsorganisation der Klägerin und seine Weisungsgebundenheit.

Am 23.11.2009 hat die Klägerin Klage beim Sozialgericht Mannheim erhoben.

Sie macht unter anderem geltend, der angefochtene Bescheid sei formell rechtswidrig, da ihr zu keinem Zeitpunkt ein rechtliches Gehör erteilt worden sei. In der Sache macht sie geltend, der Beigeladene zu 3) habe weder in fachlicher, zeitlich noch örtlicher Hinsicht ihrem Weisungsrecht unterlegen. Dabei sei in Rechtsprechung und Literatur unstrittig, dass ein Handelsvertreter einem fachlichen Weisungsrecht des Unternehmens unterliege. Eine starke Eingliederung in die betriebliche Organisation oder dem betrieblichen Ablauf sei nicht gegeben. Auch habe der Beigeladene zu 3) eigenes Personal nutzen dürfen. Außerdem sei es ihm erlaubt gewesen, seine eigenen Einrichtungsgegenstände zu verwenden und ein eigenes Home-Office zu führen. Aus dem Consultant-Vertrag lasse sich keine Verpflichtung des Beigeladenen zu 3) entnehmen, dass dieser ausschließlich verpflichtet gewesen sei, die Räumlichkeiten der Geschäftsstelle in Erlangen zu nutzen. Geregelt sei in erster Linie die Berechtigung, die Geschäftsräumlichkeiten kostenfrei zu nutzen und ebenso kostenfrei das Sekretariat und Personal der Geschäftsstelle in Erlangen in Anspruch zu nehmen. Ein Consultant-Vertrag stelle nach einhelliger Rechtsprechung der Zivilgerichte ein reines Handelsvertretervertragsverhältnis dar. In Rechtsprechung und Literatur sei auch anerkannt, dass der Unternehmer ein berechtigtes Interesse daran habe, Kenntnis darüber zu haben, welche Personen für ihn tätig seien, und dieses Interesse sich auch darauf erstrecke, dass für den Unternehmer tätige Handelsvertreter nur nach vorheriger Genehmigung Dritte beschäftigen dürfen. Dies diene der Sicherstellung der Vertraulichkeit der über die Kunden bekannt gewordenen Informationen. Es treffe auch nicht zu, dass der Beigeladene zu 3) gezwungen gewesen sei, an Fortbildungsveranstaltungen und Seminaren teilzunehmen. Zutreffend sei vielmehr, dass sich die Klägerin dazu verpflichtet habe, dem Beigeladenen zu 3) Aus- und Weiterbildungsveranstaltungen anzubieten. Dadurch sei die Arbeitszeithoheit des Beigeladenen zu 3) nicht wesentlich eingeschränkt worden. Diesem sei auch kein Tätigkeitsort vorgeschrieben worden. Mit der Zuordnung zu einer Geschäftsstelle sei nur eine Zuständigkeitszuordnung der Geschäftsstelle als Verwaltungsstelle gemeint gewesen. Diese sei erforderlich, um über diese Zuordnung die personelle und sachliche Ausstattung der Geschäftsstelle zu regeln und über die Zuordnung eines Handelsvertreters zu einer Geschäftsstelle das interne Rechnungswesen zu gestalten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes seien Handelsvertreter auch dann selbstständig, wenn Berichtspflichten und Vorgaben hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes sowie Verpflichtungen zur Teilnahme an Schulungsveranstaltungen bestünden sowie Bestandspflege- und Verwaltungstätigkeiten in Bezug auf die vermittelten Finanzdienstleistungsprodukte vorgegeben seien. Der Handelsvertreter, der auf Grundlage des Consultant-Vertrages tätig sei, trage das volle Unternehmerrisiko. Grund hierfür sei, dass er das Vergütungs- oder Entgeltrisiko seiner Tätigkeit voll umfänglich selbst trage und die Freiheit der örtlichen und zeitlichen Unabhängigkeit seiner Tätigkeit bei gleichzeitiger Weisungsfreiheit genieße. Nach § 6 des Consultant-Vertrages sei der Beigeladene zu 3) ausschließlich erfolgsabhängig für seine Tätigkeit vergütet worden. Er sei Herr seiner Tätigkeitsgestaltung gewesen und habe entscheiden können, wann und wo er Kunden berate, wie häufig und wie viele Kunden er kontaktiere und zu Geschäftsabschlüssen zu bewegen versuche. Das Unternehmerrisiko zeige sich unter anderem auch darin, dass er keine Absicherung gegen Einnahmeausfälle im Krankheitsfall, keine

Sicherheit gegen Einnahmerückgänge bei Änderung der Marktsituation gehabt habe und dem vollen Risiko des Verlustes von Arbeitskraft und Geldmitteln bei Erfolglosigkeit der Vermittlungsbemühungen unterlegen sei. Die Verpflichtung, eine bestimmte EDV-Hard- und Software zu benutzen, begründe nach einheitlicher Rechtsprechung der Zivilgerichte kein Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 3). Dem Beigeladenen zu 3) seien auch keine Mindestvorgaben für seine Tätigkeit gemacht worden. Es bestehe lediglich ein unverbindlicher Erfolgsplan, dessen Nichteinhaltung keine Sanktionsregelungen nach sich ziehe. Dies erfolge vor dem Hintergrund, dass einerseits der Handelsvertreter sein Geschäftsjahr planen könne und andererseits die Klägerin eine Umsatzprognose abschätzen könne. Der Consultant-Vertrag regele keinen Urlaubsanspruch des Handelsvertreters, sondern lediglich dessen Verpflichtung, für die Aufrechterhaltung einer Betreuung der ihm anvertrauten Kunden der Klägerin im Falle seiner Krankheit oder seiner Urlaubsabwesenheit zu sorgen. Beschränkungen der Möglichkeit, jederzeit für beliebige Dauer Urlaub nehmen zu können, würden sich bereits aus dem faktischen Zwang ergeben, die Urlaubsplanung sowie eine Urlaubsvertretung mit Kollegen abzusprechen. Das Landgericht N.-F. habe in dem Rechtsstreit 1 O 7140/09 nach Beweisaufnahme, in deren Rahmen der Beigeladene zu 3) als Zeuge vernommen worden sei, den behaupteten Arbeitnehmerstatus abgelehnt. Festzuhalten bleibe weiter, dass der Beigeladene zu 3) weder verpflichtet gewesen sei, täglich Tätigkeitsberichte abzugeben noch täglich in der Geschäftsstelle von 9:00 Uhr bis 21:00 Uhr anwesend zu sein. Er sei auch nicht verpflichtet gewesen, an den Schulungsveranstaltungen jeden Montag und Freitag teilzunehmen. Weiter habe auch keine Verpflichtung bestanden, die Termineinträge in einen Online-Kalender einzustellen oder Telefonprotokolle sowie Telefonaktionen zu erstellen bzw. durchzuführen.

Durch Beschluss des Sozialgerichts vom 26.03.2010 wurden die Deutsche Rentenversicherung Bund, die Bundesagentur für Arbeit und Herr H. B. zum Verfahren notwendig beigeladen.

Das Sozialgericht zog die Akten des Landgerichts N.-F. - 1 O 7140/09 - bei und nahm die Protokolle der Beweisaufnahmen vom 26.03.2010 und vom 21.05.2010 zur Verfahrensakte.

Die Beigeladene zu 1) hat den Bescheid vom 18.10.2010 über eine Betriebsprüfung bei der Klägerin im Zeitraum vom 01.01.2004 bis zum 31.12.2007 und die Frage der versicherungsrechtlichen Beurteilung der Consultants vorgelegt. Danach sei von einer selbstständigen Tätigkeit der Consultants auszugehen.

Die Beklagte entgegnete auf das Klagevorbringen, der Beigeladene zu 3) sei sachlich, örtlich und zeitlich weisungsgebunden gewesen. Er sei verpflichtet gewesen, in der Geschäftsstelle der Klägerin in Erlangen anzutreten. Der zuständige Geschäftsstellenleiter, Herr M. W. habe dem Beigeladenen zu 3) ein eigenes Büro und mithin einen festen Arbeitsplatz zugewiesen. Durch ihn sei dem Beigeladenen zu 3) auch untersagt worden, außerhalb der vorgenannten Geschäftsstelle tätig zu sein, da der Beigeladene zu 3) keinen Umsatz gebracht habe und Herr Wicke sich auf diese Weise die Kontrolle über dessen Tätigkeit habe vorbehalten wollen. Regelmäßige Präsenzpflcht des Beigeladenen zu 3) habe in der Zeit von 9:00 Uhr bis abends 21:00 Uhr bestanden. Wenn er die Geschäftsstelle habe früher verlassen wollen, sei er vom Geschäftsstellenleiter unter Hinweis auf den niedrigen Umsatz entsprechend getadelt worden. Abweichungen hiervon seien nur bei auswärtigen Kundenterminen erlaubt gewesen, wobei der Beigeladene zu 3) wie auch andere Berater angewiesen worden seien, Kundentermine mit Blick auf die Außenwirkung möglichst in der Geschäftsstelle abzuhalten. Sämtliche Termine, gegliedert nach Kunden, Seminareinladungen, Erstberatungen und Folgetermine seien wöchentlich schriftlich vorzulegen und zu dokumentieren gewesen. Damit sei der Beigeladene zu 3) de facto in die Arbeitsorganisation der Klägerin fest eingebunden gewesen.

Der Beigeladene zu 3) machte ebenfalls geltend, er sei gegenüber der Klägerin zeitlich, sachlich und räumlich völlig weisungsgebunden gewesen. Durch den Geschäftsstellenleiter Herrn M. W., dem er untergeordnet gewesen sei, sei ihm ein eigenes Büro und damit ein fester Arbeitsplatz zugewiesen worden. Von diesem sei auch eine Anwesenheitspflicht in der Geschäftsstelle angeordnet worden. Insbesondere sei ihm untersagt worden, außerhalb der Geschäftsstelle tätig zu sein, da er keinen Umsatz gebracht habe. Anwesenheitspflicht habe von 9:00 Uhr bis 21:00 Uhr bestanden; sofern er die Geschäftsstelle vor 21:00 Uhr habe verlassen wollen, sei er von Herrn W. mündlich getadelt worden. Die Anwesenheitspflicht habe insbesondere auch für die wöchentlichen Gesprächsrunden montags von 13:00 bis 16:00 Uhr und freitags von 14:00 bis 16:00 Uhr bestanden. Anwesenheitspflichten seien sanktioniert worden mit Urlaubssperre, der Wegnahme des zugewiesenen Kundenstamms, so dass keine Neukunden hätten gewonnen werden können. Bei den jeweiligen Gesprächsrunden seien die seitens eines jeden einzelnen Mitarbeiters geleisteten Akquisitionsmaßnahmen als auch die Anbahnung von Geschäftsabschlüssen bzw. der Geschäftsabschluss anhand von Listen kontrolliert und innerhalb der Gesprächsrunden ausgewertet worden. Außerdem sei die Teilnahme an den zweimal jährlich durchgeführten Hauptseminaren Pflicht gewesen. Desweiteren sei er verpflichtet gewesen, fünfmal jährlich an sogenannten Schulungen und am Verkaufstraining teilzunehmen. Während des gesamten Mitarbeiterverhältnisses sei er verpflichtet gewesen, in regelmäßigen zeitlichen Abständen darzulegen, welcher Kunde warum noch keine Lebensversicherung, Berufsunfähigkeitsversicherung usw. abgeschlossen habe. Ihm sei es verwehrt geblieben, einen eigenen Kundenstamm im Sinne einer selbstständigen Tätigkeit aufzubauen.

Das Sozialgericht wies die Klage mit Urteil vom 18.11.2011 ab. Der Beigeladene zu 3) sei in der Zeit vom 01.04.2002 bis 24.09.2004 bei der Klägerin sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Der angefochtene Bescheid der Beklagten sei nicht zu beanstanden. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt seien, würden der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung der Beitrags- bzw. Versicherungspflicht unterliegen ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 SGB VI](#) und [§§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sei [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach sei Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung gebe eine Tätigkeit nach Weisungen sowie eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)).

Eine Bindung der Sozialgerichte an arbeitsgerichtliche Entscheidungen bestehe nicht (vgl. Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 09.03.2007, [L 4 KR 444/03](#) -). Dies gelte auch für Urteile der Zivilgerichte zu demselben Themenkomplex. Zulässig sei dagegen bei der sozialversicherungsrechtlichen Wertung eine Anknüpfung an das Handelsvertreterrecht, wonach ein Handelsvertreter mit Kaufmannseigenschaft derjenige sei, der im wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen könne ([§ 84 Abs. 1 Satz 2 Handelsgesetzbuch - HGB](#) -, vgl. BSG [SozR 4 - 2400 § 7 Nr. 5](#) Rn. 11).

Unter Berücksichtigung dieser maßgeblichen rechtlichen Vorgaben spreche mehr für als gegen eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 3).

Die im Consultant-Vertrag vom 08.02.2002 getroffenen Vereinbarungen enthielten sowohl Elemente einer selbstständigen als auch nicht selbstständigen Tätigkeit des Beigeladenen zu 3). Für eine Selbstständigkeit spreche, dass der Consultant nach § 1.1 als selbstständiger Gewerbetreibender im Sinne von § 84 ff. HGB tätig sein solle. Ein starkes Indiz für eine nicht abhängige Beschäftigung ergebe sich aus § 1.2., wonach der Consultant frei sei in der Bestimmung des Ortes und der Zeit der Tätigkeit und dieser insbesondere eigenverantwortlich die Termine mit dem von ihm betreuten Kunden vereinbare. § 6.1 regelt, dass die Vergütung in Form von Provisionen und Honoraren erfolge. Daraus ergebe sich, dass das Einkommen des Consultant vom Erfolg seiner Vermittlungsbemühungen abhängt, er folglich das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit trage. Typische Arbeitnehmerrechte wie Urlaubs- und Lohnfortzahlungsansprüche fehlten (§ 5). Außerdem müsse der Consultant unmittelbar im Rahmen seiner Tätigkeit entstehende Aufwendungen, insbesondere EDV-, Telefon-, Kfz-, Reise- und Bewirtungskosten selbst tragen (§ 8.2).

Allerdings würden mehrere vertragliche Bestimmungen einer selbstständigen Handelsvertreterstätigkeit entgegenstehen. So beschränke § 1.2 die Vermittlung von Dienstleistungen und Finanzprodukten der Klägerin auf diejenigen, die von der Klägerin freigegeben seien, und zwar in dem durch die Zielgruppenspezifikation und den jeweiligen Ausbildungsstand des Consultant vorgegebenen Rahmen. Der Beigeladene zu 3) habe also nicht vollständig selbstständig tätig werden können, sondern sei vielmehr der Steuerung der Klägerin unterlegen, die die vermittelten Produkte dem jeweiligen Ausbildungsstand anpassen könne. Nach § 2.2 habe der Consultant seine Dienste in Person leisten müssen, dies widerspreche dem freien Handelsvertreterstatus, der sich im Regelfall selbst ausgewählter Hilfspersonen bedienen könne. § 9 beschränke die Beschäftigung von Hilfspersonen ausschließlich auf Tätigkeiten im Rahmen der eigenen persönlichen Organisation. Der Beigeladene zu 3) habe daher eigenes Personal nur in sehr begrenztem Umfang nutzen dürfen. Auch sei er nach § 2.3 nicht nur berechtigt, sondern - soweit es um die Inanspruchnahme sachlicher und personeller Mittel ging - auch verpflichtet gewesen, sich bei der Wahrnehmung seiner Tätigkeit der Einrichtung und des Personals der Geschäftsstelle zu bedienen. Eine Handelsvertreterstätigkeit werde aber üblicherweise unabhängig von der Organisation des Auftraggebers in eigenen Räumen und mit eigenem Personal durchgeführt. Für eine selbstständige Tätigkeit sei es auch nicht charakteristisch, dass die sachlichen Kosten durch den Auftraggeber übernommen würden. § 8.1 bestimme aber, dass die von der Klägerin in Geschäftsstellen anfallenden fixen Kosten wie Raummiete, Gehälter von Angestellten der M.-Gesellschaften, Grundgebühr und Miete für das Telefon, Telefakskosten, Büromaterial, Porto und Fachzeitschriften übernommen würden. Die nach § 8.2 mit dem Consultant vereinbarten selbst zu tragenden Aufwendungen seien auf die unmittelbar im Rahmen der Tätigkeit entstehenden Kosten, insbesondere EDV-, Telefon-, Kfz-, Reise- und Bewirtungskosten sowie Versicherungskosten begrenzt gewesen. Ein wesentliches Betriebsmittel sei für den Beigeladenen zu 3) die EDV-Anlage gewesen, diese sei aber nach § 10 von der Klägerin zur Verfügung gestellt worden. Einschränkungen der Selbstständigkeit enthielten auch §§ 4 und 5 des Consultant-Vertrages. Nach § 4.3 habe der Consultant die Beratung der Kunden nur soweit vornehmen dürfen, wie es sein Ausbildungs- und Wissensstand zugelassen habe. Ob diese Voraussetzungen erfüllt gewesen seien, habe die Klägerin beurteilt, die deshalb den Consultant auch verpflichtet habe, die zur Verfügung gestellten Aus- und Weiterbildungsangebote wahrzunehmen (§ 4.2). Eingeschränkt worden sei auch das für einen Selbstständigen typische Recht zu bestimmen, wann und in welchem Umfang er Urlaub nehme. Nach § 5 habe dies grundsätzlich mit dem Geschäftsstellenleiter abgestimmt werden müssen, um die Betreuung der dem Consultant anvertrauten Kunden aufrecht zu erhalten. Die vertraglichen Regelungen zwischen dem Beigeladenen zu 3) und der Klägerin würden kein eindeutiges Bild ergeben, ob eine selbstständige Tätigkeit oder eine abhängige Beschäftigung vorliege. Deshalb sei die faktische Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses von entscheidender Bedeutung. Dabei sei von besonderem Gewicht, wie die in § 1.3 festgelegte freie Bestimmung des Ortes und der Zeit der Tätigkeit tatsächlich praktiziert worden sei. Während eine fachliche Weisungsabhängigkeit und Kontrolle grundsätzlich der Annahme einer selbstständigen Tätigkeit noch nicht entgegenstehe, sei die frei bestimmte Arbeitszeit unverzichtbares Merkmal für eine nicht abhängige Beschäftigung. Hierzu vermittele die im Rahmen des Rechtsstreites 1 O 7140/09 durch das Landgericht N.-F. am 26.03.2010 und 21.05.2010 durchgeführte Beweisaufnahme wesentliche Erkenntnisse. Danach habe zwar keine direkte rechtliche Verpflichtung zu bestimmten Anwesenheitszeiten in der Geschäftsstelle, jedoch seitens der Klägerin die eindeutige Erwartung bestanden, dass der Consultant nach der Aussage des damaligen Geschäftsstellenleiters M. W. in der Zeit von 9:00 bis 19:00 Uhr anwesend gewesen sei. Der Consultant F. D. habe darüber hinaus ebenso wie der als Zeuge vernommene Beigeladene zu 3) eine Anwesenheitserwartung bis 21:00 Uhr angegeben. Der Zeuge D. habe zudem bestätigt, dass diese Präsenzerwartung auch durch den Geschäftsstellenleiter kontrolliert und mit entsprechenden Hinweisen auf die erwartete Umsatzleistung zumindest kommentiert worden sei. Der Consultant sei daher einem indirekten Druck der Klägerin ausgesetzt gewesen, wenn der erwartete zeitliche Präsenzrahmen nicht eingehalten worden sei. Dieses System der Erwartung und Kontrolle resultiere aus den Umsatzvorstellungen der Klägerin, die nach der Aussage des Zeugen Wicke einen Arbeitseinsatz von 50 Wochenstunden erfordere, um die Vorgaben zu erfüllen. Wenn die Klägerin aber durch diese gesetzten Rahmenbedingungen die - wenn auch ungeschriebene - Erwartung zum Ausdruck bringe, dass eine Arbeitsleistung von 50 Stunden wöchentlich erbracht werden solle, habe sie damit dem Consultant durch solche Rahmenbedingungen eine freie Gestaltung der Arbeitszeit genommen und in das Betriebssystem ähnlich wie einen Arbeitnehmer eingegliedert. In der Gesamtabwägung seien deshalb die fehlende eigene Betriebsstätte, die zur Verfügung gestellten Betriebsmittel und die faktische Einengung der Arbeitszeitgestaltung durch die Präsenzerwartung der Klägerin in der Geschäftsstelle ausschlaggebend für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 3).

Die Klägerin hat gegen das ihren Bevollmächtigten am 22.11.2011 zugestellte Urteil am 20.12.2011 Berufung eingelegt.

Sie macht geltend, die Tätigkeit des Beigeladenen zu 3) sei keine abhängige Beschäftigung sondern eine Tätigkeit als selbständiger Handelsvertreter gewesen. Maßgebliche Grundlage sei der Consultant-Vertrag mit dem Beigeladenen zu 3) gewesen, der entgegen der Auffassung des Sozialgerichts keine Klauseln enthalten habe, die gegen seine Handelsvertreterstätigkeit gesprochen hätten. So sei die Regelung des § 1 Abs. 2, nach der die Freigabe der vom Consultant zu vermittelnden Produkte entsprechend der Zielgruppenspezifikation und dem Ausbildungsstand des Consultant erfolge, kein Anhaltspunkt gegen eine selbstständige Tätigkeit. Sie sei in die Gesamtregelung des § 1 eingebettet, der in Abs. 1 und 3 eindeutig den Willen der Vertragsparteien zur Begründung einer selbstständigen Tätigkeit erkennen lasse. Zudem stelle die Beratung von Akademikern in vermögensrechtlichen Angelegenheiten sehr hohe fachliche Anforderungen, die entsprechende Einflussmöglichkeiten des Auftraggebers erforderten. Dies sei, wie in der Rechtsprechung durchgehend bestätigt werde, ein Gebot der Versicherungsbranche und rechtfertige auch die verpflichtende Teilnahme an Aus- und Fortbildungsveranstaltungen. Dass der Beigeladene zu 3) nach § 2 Abs. 2 seine Dienste in Person habe erbringen müssen, stehe im Zusammenhang mit der Schulungsverpflichtung, die ad absurdum geführt werde, wenn gleichzeitig ein beliebiger Dritter ohne Schulung berechtigt gewesen wäre, die Tätigkeiten durchzuführen. Außerhalb seiner originären Aufgaben als Consultant habe der Beigeladene zu 3) jederzeit Hilfspersonen beschäftigen dürfen. Auch die in § 2 Abs. 3 geregelte Verpflichtung zur Ausübung der Tätigkeit in dem Geschäftsstellenbüro der Klägerin und der Einsatz des dort beschäftigten Personals berühre die Gestaltungsfreiheit der unternehmerischen Tätigkeit des Beigeladenen zu 3) nicht in seinem Kernbereich. Vielmehr sei ihm durch die Zurverfügungstellung dieser Struktur die Möglichkeit zur Ausübung seiner

selbständigen Handelsvertreter Tätigkeit eröffnet worden, ohne dass ihm dadurch Kosten oder weiterer Organisationsaufwand entstanden wäre. Auch die Nutzung der EDV der Klägerin spreche nicht gegen eine selbständige Tätigkeit, denn der Beigeladene zu 3) habe die EDV über sein Notebook jederzeit und überall nutzen können. Die Bindung an die EDV der Klägerin sei aufgrund der Produkte und der datenschutzrechtlichen Vorgaben zwingend gewesen. In § 5 des Vertrages sei entgegen der Auffassung des Sozialgerichts keine die Selbständigkeit einschränkende Vorgabe betreffend der Urlaubsgewährung zu sehen. Es gehöre vielmehr zu den allgemeinen Unternehmerpflichten, dafür Sorge zu tragen, dass Kunden betreut würden. Die vertragliche Regelung enthalte ein reines Informationsrecht im Sinne eines Abstimmens, nicht mehr und nicht weniger. Der Consultant sei lediglich verpflichtet mitzuteilen, wie er für die von ihm betreuten Kunden im Falle von Urlaub und längerer Krankheit Sorge trage. Das Wort Abstimmen sei keinesfalls mit Genehmigung gleichzusetzen. Auch dies sei arbeitsgerichtlich und zivilgerichtlich bereits bestätigt worden. Das Sozialgericht habe hingegen außer Acht gelassen, dass eine Vielzahl der vertraglichen Regelungen eindeutig für eine selbständige Tätigkeit spreche. Dies gelte vor allem für die in § 6 geregelte Vergütung auf Provisionsbasis, für die in § 8 geregelte Kostenpflicht des Beigeladenen zu 3) für die im Rahmen seiner Tätigkeit entstehenden unmittelbaren Aufwendungen, für die Berechtigung nach § 9 zur Beschäftigung von Hilfspersonen, für die Verpflichtung aus § 12, sich ab dem 2. Vertragsjahr selbst gegen Vermögensschadensersatzansprüche Dritter in einem weisungsfreien Raum befinde, so müsse dem die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) entgegen gehalten werden. Die ihm zukommende Weisungsfreiheit sei nämlich nicht unbeschränkt. So habe das BAG anerkannt, dass Schulungen ohne gravierenden zeitlichen Aufwand ebenso wie Stornogefahrmitteilungen sowie die Tätigkeit als Hauptberuf nicht gegen die Selbständigkeit des Handelsvertreters spreche. Gleiches gelte für das Verbot, Kundendaten an Dritte weiterzugeben, vorgegebene Berichtspflichten und die Zurverfügungstellung von Hilfsmitteln, etwa Laptops, in der das BAG lediglich eine Konkretisierung der Pflicht des Unternehmers aus § 86 HGB sieht, Arbeitsmaterialien und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, um eine sachgerechte Betreuung der Kunden zu gewähren. Die zeitliche Anwesenheitspflicht von sechs Stunden in der Geschäftsstelle mache nach der Auffassung des BAG (5 AZR 566/98) den selbständigen Handelsvertreter nicht zu einem Arbeitnehmer. Mit dem Selbständigenstatus des Handelsvertreters sei es durch aus vereinbar, dass er einen bestimmten Bezirk zugewiesen bekomme und einem Weisungsrecht bezogen auf Schulungsmaßnahmen unterliege (BAG, Urteile vom 15.12.1999 - 5 AZR 770/98, 5 AZR 169/99, 5 AZR 566/98, 5 AZR 3/99 -). Auch das OLG N. lasse in einem Urteil vom 15.04.2009 (12 W 623/09) keinen Zweifel daran, dass es sich bei dem hier maßgeblichen Consultantvertrag um einen selbständigen Handelsvertretervertrag nach § 84 ff HGB handele.

Die Rückschlüsse, die das Sozialgericht aus den Zeugenaussagen im Verfahren vor dem Landgericht N. gezogen habe, seien rechtsirrig. So sei außer Acht gelassen worden, dass in der maßgeblichen Geschäftsstelle Erlangen kein vertretungsberechtigtes Organ der Klägerin beschäftigt gewesen sei. Die Geschäftsstelle stelle eine Bürogemeinschaft selbständiger Handelsvertreter dar, auch der Zeuge W. sei seinerzeit Handelsvertreterkollege des Beigeladenen zu 3) gewesen und keinesfalls weisungsbefugt. Dass eine Vielzahl selbständiger Handelsvertreter sich im Rahmen einer Bürogemeinschaft abzustimmen hätten, dürfe nachvollziehbar sein. Dies sei auch der Grund für die Montagsrunde gewesen, zu der sich die Berater auf freiwilliger Basis getroffen hätten. Das Landgericht habe zum einen den Rechtsweg vor die ordentlichen Gerichte bejaht und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass eine selbständige Beschäftigung als freier Handelsvertreter vorgelegen habe. Ferner seien in dem dortigen Verfahren auch die Zeuginnen K. und S. befragt worden, wobei die Zeugin K. ihre freiwillige Entscheidung, in der Geschäftsstelle zu arbeiten, bekundet habe und die Zeugin S. aus ihrer Kenntnis als Sekretärin der Geschäftsstelle über ganz unterschiedliche Anwesenheitszeiten der Consultants berichtet habe, worüber eine Kontrolle durch Herrn W. nach der Erinnerung der Zeugin nicht ausgeübt worden sei. Von einem indirekten Druck oder einem System der Erwartung, wie das Sozialgericht angenommen habe, könne daher ebenso wenig die Rede sein wie von einer Weisungsgebundenheit des Beigeladenen zu 3). Das Sozialgericht gehe daher auch von einer unzutreffenden Bewertung der Arbeitswirklichkeit aus. Die Bevollmächtigten der Klägerin haben in der mündlichen Verhandlung des Senats zum besseren Verständnis der vertraglichen Regelungen herausgestellt, dass die M. Finanzdienstleistungen AG ein Versicherungsmakler sei, der die gesamte Palette von Versicherungsleistungen und (seriösen) Finanzprodukten abdecke und mehr als 20.000 verschiedene Produkte anbiete. Da niemand alle Produkte beherrschen könne, sei es notwendig, die Handelsvertreter zu schulen und ihnen Kundensegmente vorzugeben. Das Notebook der Consultants sei für die M.-interne Auflistung der Produkte und die dazu gehörenden Berechnungsprogramme gedacht, die auch laufend aktualisiert werden müssten. Aus Datenschutz- und Wettbewerbsgründen müsse dafür Sorge getragen werden, dass die für die Consultants gedachten Informationen nicht in falsche Hände geraten.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 18.11.2011 und den Bescheid der Beklagten vom 06.11.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.10.2009 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise, die Zeugen F. D., N. K. und O. K. zu der Frage, dass die Consultants der Geschäftsstelle Erlangen III von 9.00 - 19.00 respektive 21.00 Uhr (dort) zugegen sein mussten und zu der Frage, dass die Consultants keine Gesamtakquise betreiben durften und dass ihnen der überwiegende Teil (möglicher Kunden) zugewiesen worden ist, zu vernehmen,

Der Bevollmächtigte der Klägerin hat daraufhin beantragt,

hilfsweise, die Zeugen N. S., S. K. und M. W. sowie die Zeugen R. H., N. S., R. T. und B. W. (alle zu laden über die Geschäftsadresse M.-V.-Str. 1 d in E.) gegenbeweislich für die Behauptung der Beklagten, der Beigel. zu 3) habe einer täglichen Anwesenheitspflicht von 09:00 Uhr -

21:00 Uhr unterlegen, zu vernehmen.

Die Beklagte hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend und verweist darauf, dass in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung andere Kriterien für die Abgrenzung einer selbständigen Tätigkeit von einer abhängigen Beschäftigung entwickelt worden seien als in der Arbeits- und Zivilgerichtsbarkeit. Zu Recht habe das Sozialgericht über den schriftlich geschlossenen Consultant-Vertrag hinaus auf die tatsächlichen Verhältnisse abgestellt und danach das Gesamtbild der Arbeitsleistung bewertet. Es sei daher unerheblich, dass die Klägerin und der Beigeladene zu 3) hier schriftlich festgelegt hätten, dass der Beigeladene zu 3) Gewerbetreibender sei und die Regelungen des HGB zur Anwendung kämen. Für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit genüge dies nicht. Zu Recht habe das Sozialgericht darauf abgestellt, dass der Beigeladene zu 3) der vollständigen Steuerung der Klägerin unterlegen habe. Dies ergebe sich aus § 1 Ziff. 2 und § 4 Ziff. 3 des Vertrages, wonach sich die für die Beratungstätigkeit des Consultant freigegebenen Produkte nach seinem jeweiligen Ausbildungsstand gerichtet hätten. Da der Beigeladene zu 3) als sogenannter A-Berater nach der Ausbildungsordnung der Klägerin eine 21 Monate lange Ausbildung habe absolvieren müssen (mit Präsenzpflcht und Nachholpflicht für die gesamte Seminareinheit bei zwei versäumten Stunden), sei der Beigeladene zu 3) als Berufsanfänger in seinem Wirken als selbständiger Handelsvertreter qualitativ derart eingeschränkt gewesen, dass ihm der Aufbau einer eigenen Existenz kaum möglich gewesen sei. Er habe nur eine sehr eingeschränkte Produktbandbreite vermitteln dürfen und nur die Studenten der Ingenieurwissenschaften als Kundenpotential zugewiesen erhalten. Die Klägerin habe über die Ausbildung bestimmen können, welche Kunden der Consultant kontaktieren könne. Aus den Aussagen der Zeugen im Verfahren vor dem Landgericht Nürnberg ergebe sich, dass es auch habe passieren können, dass Kunden einem anderen Berater zugewiesen worden seien, wenn diese nicht zum Tätigkeitsbereich des jeweiligen Beraters gehört hätten. Die Klägerin habe den Beigeladenen zu 3) darüber hinaus auch durch die Verpflichtung zur hauptberuflichen Ausübung seiner Tätigkeit (§ 2 Ziff. 1 des Vertrages) und durch die Zahlung der Provisionen allein durch sie, die Klägerin, in eine vollständige rechtliche und tatsächliche Abhängigkeit zu sich gebracht. Der Beigeladene zu 3) war dadurch in einem Maße weisungsgebunden abhängig von der Klägerin, dass von einer für einen selbständigen Handelsvertreter prägenden Selbstbestimmtheit schlechterdings nicht gesprochen werden könne. Auch die Teilnahme an den Schulungs- und Fortbildungsmaßnahmen sei nicht nur verpflichtend, sondern für den Aufbau einer existenzsichernden Tätigkeit als selbständiger Handelsvertreter nachgerade konstitutiv gewesen. Ein entscheidendes Kriterium für eine abhängige Beschäftigung sei auch die Verpflichtung des Beigeladenen zu 3) zur höchstpersönlichen Leistungserbringung (§ 2 Ziff. 2 des Vertrages). Die in § 9 des Consultantvertrages eröffnete Möglichkeit, Hilfskräfte einzustellen, habe sich allenfalls auf Hilfstätigkeiten, nicht aber auf die Kerntätigkeit des Consultant bezogen, sei im Hinblick auf die Sicherung der Kundendaten so eingeschränkt gewesen, dass der Beigeladene zu 3) nicht einmal eine Sekretärin mit Telefondienst hätte betrauen dürfen, und sei letztlich vom Beigeladenen zu 3) tatsächlich auch gar nicht genutzt worden. Die Klägerin selbst habe darauf hingewiesen, dass dies für ihn aufgrund seiner finanziellen Möglichkeiten gar nicht in Frage gekommen wäre. Dies führe dazu, dass die Delegationsmöglichkeit in § 9 nicht als maßgebliches Indiz für eine selbständige Tätigkeit gewertet werden könne, sondern dass vielmehr die persönliche Arbeitsleistung des Beigeladenen zu 3) die Regel gewesen ist, was nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 11.03.2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) -) für eine abhängige Beschäftigung spreche. Die Klägerin hat den Beigeladenen zu 3) auch über die Verpflichtung zur Nutzung eines von ihr anzumietenden Notebooks in Sinne einer abhängigen Beschäftigung an sich gebunden. Ohne dieses Notebook wäre weder der Consultant-Vertrag geschlossen worden noch hätte der Beigeladene zu 3) Zugriff auf die Daten und Produktdetails der Klägerin gehabt. Auch die Regelung in § 5 des Consultantvertrages, wonach der Berater während des Urlaubs bzw. bei Krankheit "in Abstimmung mit dem Geschäftsstellenleiter" für die Aufrechterhaltung der Kundbetreuung zu sorgen habe, spreche jedenfalls vor dem Hintergrund, dass der Beigeladene zu 3) einer permanenten Anwesenheitspflicht auf der Geschäftsstelle unterlegen habe, für eine abhängige Beschäftigung. Denn der Beigeladene zu 3) habe - unabhängig von der Frage, ob der Urlaub habe genehmigt werden müssen - zumindest eine Meldung beim Geschäftsstellenleiter vornehmen müssen, was bereits ein untrügliches Zeichen für die Einbindung in die Betriebsorganisation der Klägerin sei. Zutreffend habe das Sozialgericht festgestellt, dass für den Beigeladenen zu 3) eine Anwesenheitspflicht auf der Geschäftsstelle jedenfalls in der Zeit von 9.00 Uhr bis 19.00 Uhr bestanden habe. Dies sei dem Wesen eines selbständigen Handelsvertreters indes fremd. Entgegengesetztes lasse sich auch den Aussagen der Zeuginnen K. und S. nicht entnehmen. Letztere habe hierzu gar nichts bekundet, die Zeugin K. habe aber mitgeteilt, ihre Arbeitszeit habe in den ersten Jahren von 9.00/9.30 Uhr bis 21.00/21.30 Uhr betragen, was dem Umstand geschuldet gewesen sei, dass sie hätten erfolgreich sein wollen und müssen. Wenn die Klägerin nunmehr behauptete, der Zeuge W. sei lediglich Handelsvertreterkollege des Beigeladenen zu 3) in einer Bürogemeinschaft von selbständigen Handelsvertretern gewesen, obwohl der Zeuge W. in seiner Aussage angegeben habe, er sei bis Ende 2006 Geschäftsstellenleiter in E. gewesen, so schlage dies dem Fass den Boden aus. Nicht nachvollziehbar sei ferner die Kritik der Klägerin an den Feststellungen des Sozialgerichts, der Beigeladene zu 3) habe einem "indirekten Druck" und einem "System der Erwartung" seitens der Klägerin unterlegen. Durch die zweiwöchigen mehrstündigen Pflichttermine in der Geschäftsstelle mit Berichtspflicht und engmaschiger Kontrolle der Zielvorgaben und des Sollumsatzes durch die Klägerin habe dies den Grad der gegenüber einem selbständigen Handelsvertreter zulässigen Kontrolle überschritten. Letztlich spreche auch die wirtschaftliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 3) aufgrund des Wettbewerbsverbotes in § 2 Ziff. 1 des Consultantvertrages für eine abhängige Beschäftigung bei der Klägerin.

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

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Klägerin ist gem. [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft und auch sonst zulässig. Sie ist jedoch nicht begründet. Die Beklagte hat in dem angefochtenen Bescheid vom 06.11.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.10.2009 zu Recht festgestellt, dass der Beigeladene zu 3) in seiner Tätigkeit für die Klägerin versicherungspflichtig zu allen Zweigen der Sozialversicherung war. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen.

I.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig. Unschädlich ist, dass die Beklagte den Bescheid vom 06.11.2007 als vorläufigen Bescheid bezeichnet, diesen ausschließlich an den Beigeladenen zu 3) gerichtet und die Klägerin vor dem Erlass nicht angehört hat. Der Klägerin wurde jedenfalls im Widerspruchsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, wovon sie auch mit einer umfangreichen Widerspruchsbegründung (Schriftsatz vom 21.11.2007) Gebrauch gemacht hat. Da die Beklagte über den Widerspruch der Klägerin mit dem an die Klägerin adressierten Widerspruchsbescheid vom 22.10.2009 entschieden hat, ist insoweit in jeder Hinsicht Heilung nach [§ 41](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) eingetreten.

Die Beklagte war zu dem Erlass des angefochtenen Bescheids sachlich zuständig und der Bescheid ist hinreichend bestimmt und beschränkt sich auch nicht auf eine unzulässige Feststellung von Elementen eines Rechtsverhältnisses.

1.) Die Beklagte war als Einzugsstelle ([§ 28i SGB IV](#)) zum Erlass des angefochtenen Bescheids sachlich zuständig. Sie hatte auch kein Antragsverfahren bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (Clearing-Stelle) gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) einzuleiten.

Gem. [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. In diesem Verfahren können Feststellungen nicht nur von Amts wegen, sondern auch auf Antrag von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern getroffen werden (vgl. BSG, Urt. v. 23.09.2003, - [B 12 RA 3/02 R](#) -; LSG B.-B., Urt. 15.08.2007, - [L 31 KR 128/07](#) -; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 19.02.2008, - [L 11 KR 5528/07](#) -). Das Antragsverfahren ist in [§ 7a SGB IV](#) geregelt. 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 (fakultatives Statusfeststellungsverfahren). Die Einzugsstelle hat einen Antrag nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist (obligatorisches Statusfeststellungsverfahren). Über den Antrag entscheidet abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) (Einzugsstelle) die Deutsche Rentenversicherung Bund (als Clearing-Stelle, [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)- vgl. dazu näher Senatsurteil vom 16.06.2010, - [L 5 KR 5179/08](#) -).

Hier hat der Beigeladene zu 3) bei der Beklagten am 06.07.2007 die Überprüfung seines sozialversicherungsrechtlichen Status in der Tätigkeit für die Klägerin beantragt und damit das Einzugsstellenverfahren gem. [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) eingeleitet. Die Beklagte war nicht verpflichtet, bei der Deutschen Rentenversicherung Bund (Clearing-Stelle) den Antrag zur Durchführung des obligatorischen Statusfeststellungsverfahrens gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) zu stellen, da dessen Voraussetzungen (Tätigkeit eines Angehörigen oder eines Geschäftsführers einer GmbH) nicht vorlagen.

2.) Der angefochtene Bescheid vom 06.11.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22.10.2009 ist inhaltlich ausreichend bestimmt und beschränkt sich nicht auf eine unzulässige "Elementenfeststellung". 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 bestimmbareren 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 Antragsverfahren ([§ 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. 11.03.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) -).

Die Beklagte ist diesen Anforderungen gerecht geworden. Sie hat hinreichend deutlich gemacht, dass sich die Feststellung auf die vom Beigeladenen zu 3) im Betrieb der Klägerin ausgeübte Tätigkeit bezieht und sich auch nicht auf die isolierte Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses beschränkt. Vielmehr ist ausdrücklich festgestellt worden, dass für die in abhängiger Beschäftigung verrichtete Tätigkeit des Beigeladenen zu 3) Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung besteht.

II.

Der angefochtene Bescheid ist materiell rechtmäßig. Die Beklagte hat zu Recht festgestellt, dass der Beigeladene zu 3) im Unternehmen der Klägerin eine abhängige und zu allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.

1.) Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 24 SGB III](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) und [§ 20 SGB XI](#) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts 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. 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](#) -). 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](#) -). 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. Letzteres besteht 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 indessen 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](#) -). 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 selbständige 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](#) -; zur Abgrenzung der selbständigen Erwerbstätigkeit von der abhängigen Beschäftigung auch etwa Senatsurteil vom 04.09.2013, - [L 5 R 166/13](#) -).

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; zu diesen gehört, unabhängig von ihrer Ausübung, auch die einem Beteiligten zustehende (nicht wirksam abbedungene) Rechtsmacht. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (zu alledem etwa BSG, Urt. v. 25.01.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -; Urt. v. 19.06.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) - m.w.N.; vgl. auch Senatsurteile vom 13.06.2007, - L 5 KR 2782/06 -; vom 25.04.2007, - L 5 KR 2056/06 -, vom 14.2.2007, - L 5 R 3363/06 -, vom 01.02.2006, - L 5 KR 3432/05 - und vom 11.10.2006, - [L 5 KR 5117/04](#)). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 25.01.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -).

2.) Im vorliegenden Fall streiten die Beteiligten über die Abgrenzung der Tätigkeit eines selbständigen Handelsvertreters von der eines abhängig Beschäftigten. Die Klägerin macht insoweit auf der Grundlage der ausdrücklichen Regelung in § 1 Ziff. 1 des mit dem Beigeladenen zu 3) geschlossenen Consultant-Vertrages geltend, dass dieser die Tätigkeit eines selbständigen Handelsvertreters nach [§§ 84 ff HGB](#) ausgeübt habe und deshalb nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege.

Das BSG hat die maßgeblichen Kriterien für die Abgrenzung zwischen beiden Tätigkeiten in einem Grundsatzurteil vom 29.01.1981 (- [12 RK 63/79](#) - in Juris) dargelegt. Daran hält es in ständiger Rechtsprechung fest (vgl. zuletzt Urteil vom 22.06.2005 - [B 12 KR 28/03 R](#) - in Juris).

Dabei geht das BSG von der Rechtsgestaltung des selbständigen Handelsvertreters nach [§§ 84 ff HGB](#) aus, der zwar bei der Gestaltung seiner Tätigkeit auch Weisungen des Unternehmers, für den er tätig ist, unterliegen kann, dass er sich von dem abhängig beschäftigten Handlungsgehilfen gem. [§ 59 HGB](#) aber dadurch abgrenzt, dass das Weisungsrecht des Unternehmers nicht so stark ausgestaltet sein darf, dass die dadurch bewirkten Einschränkungen seiner unternehmerischen Freiheit diese in ihrem Kerngehalt beeinträchtigen. Wenn der Beauftragte seine Tätigkeit und seine Arbeitszeit wie ein Angestellter einrichten muss, kann er nicht mehr als selbständig und damit als Handelsvertreter angesehen werden. Während der Unternehmer über die Arbeitskraft des abhängig beschäftigten Handlungsgehilfen durch einseitig erteilte Weisungen grundsätzlich unbeschränkt verfügen kann, fehlt eine derartige persönliche Abhängigkeit beim Handelsvertreter, der seinem Auftraggeber in einem Verhältnis persönlicher Selbständigkeit und Gleichstellung gegenüber steht (BSG, Urteil vom 29.01.1981, [a.a.O.](#) RdNr. 19 f.). Die persönliche Selbständigkeit des Handelsvertreters (die eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Unternehmer nicht ausschließt) kommt vor allem in den vom Gesetz in [§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB](#) genannten Merkmalen zum Ausdruck. Daneben können noch weitere Umstände von Bedeutung sein, soweit sie als Indizien für das Vorliegen der ausdrücklich im Gesetz genannten Merkmale der Selbständigkeit anzusehen sind oder sich schon aus der Unternehmereigenschaft des Handelsvertreters ergeben; zu ihnen gehört insbesondere das eigene Unternehmerrisiko, das als Gegenstück der unternehmerischen Betätigungsfreiheit im Unternehmerbegriff mit enthalten ist. Handelsvertreter ist danach, wer von einem Unternehmer ständig mit der Vermittlung von Geschäften betraut ist, sofern er nach dem Gesamtbild seiner Tätigkeit persönlich selbständig ist, insbesondere im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann und ein entsprechendes Unternehmerrisiko trägt; liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist er angestellter Handlungsgehilfe (BSG, [a.a.O.](#) RdNr. 21).

Von den gleichen Grundsätzen geht das BSG auch im Recht der Sozialversicherung aus. Es betont, dass die Begriffe der Selbständigkeit und der Abhängigkeit im Handelsrecht zwar eine andere Funktion als im Sozialversicherungsrecht haben. So dienen sie im Handelsrecht dazu, bestimmte mit Vermittlungsdiensten betraute Personen jeweils einem besonderen Normenbereich mit den entsprechenden privatrechtlichen Ansprüchen zuzuordnen, die Handelsvertreter den [§§ 84 ff HGB](#), die Handlungsgehilfen den [§§ 59 ff HGB](#), wobei diese Zuordnung zugleich über den jeweiligen Rechtsweg entscheidet (Zivilgerichtsbarkeit für Ansprüche der Handelsvertreter, Arbeitsgerichtsbarkeit für solche der Handlungsgehilfen). Im öffentlichen Recht der Sozialversicherung dienen die genannten Begriffe demgegenüber der Abgrenzung von versicherungsfreien und versicherungspflichtigen Tätigkeiten und den damit verbundenen Rechtsfolgen. Trotz dieser unterschiedlichen Funktionen versteht das BSG die genannten Begriffe im Handels- und im Sozialversicherungsrecht als weitgehend inhaltsgleich. (BSG, [a.a.O.](#) RdNr. 22). So wird auch im Sozialversicherungsrecht eine selbständige Tätigkeit durch das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet, während ein abhängig Beschäftigter typischerweise einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, das Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung umfasst. Auch die Rechtsprechung zur Sozialversicherung bezieht dabei für die Unterscheidung zwischen selbständigen und abhängigen Dienstleistungen alle Umstände des Falles ein, stellt also auf das "Gesamtbild" ab, berücksichtigt allerdings auf der anderen Seite auch den Zweck der Sozialversicherung, den abhängig Beschäftigten wegen ihrer sozialen Schutzbedürftigkeit ein besonderes Sicherungssystem des öffentlichen Rechts zur Verfügung zu stellen (BSG, [a.a.O.](#) RdNr. 23).

Nach der Auffassung des BSG schließen der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung und ihre Natur als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts, über dessen Normen grundsätzlich nicht im Wege der Privatautonomie verfügt werden kann, es aus, dass über die rechtliche Einordnung der Tätigkeit allein die von den Vertragsschließenden getroffenen Vereinbarungen entscheiden. Allein der Wille der Vertragsschließenden, eine mit der Vermittlung von Geschäften beauftragte Person den Normen des Handelsvertreterrechts zu unterstellen ("Handelsvertreter gemäß [§ 84 Abs. 1 HGB](#)") kann deshalb für die Frage ihrer Versicherungspflicht dann nicht maßgebend sein, wenn diese rechtliche Einordnung den sonstigen Bestimmungen des Vertrages oder ihrer tatsächlichen Anwendung nicht entspricht. Dabei kommt es nicht nur auf die schriftlich niedergelegten oder ausdrücklich getroffenen Vertragsbestimmungen an; zu berücksichtigen ist vielmehr auch das schlüssige (konkludente) Verhalten der Vertragspartner. Der im Vertrag verlautbarte Wille der Vertragspartner, die beiderseitigen Beziehungen in einem bestimmten Sinne zu regeln, insbesondere ein Dienstverhältnis den Normen eines bestimmten Vertragstyps zu unterstellen, ist somit für die Beurteilung der Versicherungspflicht eines der Partner nur dann maßgebend, wenn die übrigen Bestimmungen des Vertrags und seine tatsächliche Durchführung der gewählten Vertragsform entsprechen (BSG, [a.a.O.](#) RdNr. 24).

3.) Nach diesen Grundsätzen ist maßgeblich für die Beurteilung der Sozialversicherungspflicht der Tätigkeit des Beigeladenen zu 3), ob die ihm in der Regelung des § 1 Ziff. 3 des Consultantvertrages zugesicherte Entscheidungsfreiheit hinsichtlich Ort und Zeit seiner Tätigkeit mit den übrigen Bestimmungen des Vertrages und der tatsächlichen Ausübung seiner Tätigkeit in Einklang steht und ihm eine unternehmerische Freiheit bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit und der Bestimmung seiner Arbeitszeit garantiert. Dies haben die Beklagte und das Sozialgericht zu Recht verneint. Auch für den Senat ergibt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung der konkreten Verhältnisse der Tätigkeit des Beigeladenen zu 3) das Bild einer abhängigen Beschäftigung. Die für einen selbständigen Handelsvertreter geforderte persönliche Selbständigkeit und Gleichordnung gegenüber der Klägerin vermag der Senat nicht zu erkennen.

Der Umstand, dass der Vertrag dem Geschäftsstellenleiter keine ausdrücklichen rechtlichen Befugnisse einräumt, dem Beigeladenen zu 3) im Einzelfall konkrete Anweisungen hinsichtlich Zeit und Ort seiner Aufgabenerledigung zu erteilen, vermag im Sozialversicherungsrecht für sich allein noch nicht zur Annahme von Selbständigkeit zu führen. Dafür genügt jedenfalls das dem Consultant in § 1 Ziff 3 Satz 2 eingeräumte Recht, eigenverantwortlich mit Kunden Termine vereinbaren zu dürfen, nicht. Zu bedenken ist, dass es bei leitenden Angestellten weithin üblich ist, dass diese weitgehend unabhängig von konkreten Vorgaben in zeitlicher und örtlicher Hinsicht arbeiten. Gleichwohl unterliegen sie unstreitig der Sozialversicherungspflicht. Das BSG hat mit Urteil vom 29.08.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) insoweit nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, dass "gerade höhere Dienste dennoch im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet werden, wenn sie fremdbestimmt bleiben, weil sie in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (stRspr seit [BSGE 16, 289](#), 294 = SozR Nr 30 zu § 165 RVO und [BSGE 21, 57](#), 58 f = SozR Nr 2 zu § 2 AVG; in jüngerer Zeit zB BSG [SozR 3-2940 § 3 Nr 2](#) S 9 mWn; [BSGE 66, 168](#) = [SozR 3-2400 § 7 Nr 1](#) und [SozR 3-2400 § 7 Nr 20](#) S 80)". Eine rechtliche Eingliederung in den Betrieb der von der Klägerin vorgehaltenen Geschäftsstelle ist durch die nachstehend beschriebenen vertraglichen Regelungen bei weitgehender rechtlicher (dazu unter a) und tatsächlicher (dazu unter b) Fremdbestimmung von Geschäftsfeld, Kundenstamm und Arbeitsausführung erfolgt. Der Beigeladene zu 3) ist danach nicht im eigenen Unternehmen tätig geworden, sondern im Unternehmen der Klägerin.

a.) Die Regelungen des § 1 Ziff. 1 und 3 des Consultant-Vertrages stehen im Widerspruch zu anderen Regelungen des Vertrages, die den Kernbereich der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit maßgeblich beschränken. Schon das Sozialgericht hat darauf abgestellt, dass der Vertrag keine eindeutige Zuordnung der vereinbarten Tätigkeit zu einer selbständigen Beschäftigung ermöglicht. Darüber hinausgehend führt nach Auffassung des Senats das Ineinandergreifen der verschiedenen Regelungen dazu, dass die für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Regelungen in den Hintergrund treten, wohingegen die den Consultant verpflichtenden Regelungen im Ergebnis zur Folge haben, dass ihm unternehmerische Gestaltungsmöglichkeiten völlig fehlen und seine alltägliche Arbeit der eines Arbeitnehmers entspricht.

a1.) Eine Einschränkung der unternehmerischen Freiheit des Beigeladenen zu 3) ergibt sich zunächst aus der Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung. § 2 Ziff. 2 des Consultant-Vertrages gibt die Erbringung der Dienste in Person ausdrücklich vor. § 9 ermöglicht die Beschäftigung von Hilfspersonen ausschließlich zu Hilfstätigkeiten im Rahmen seiner eigenen persönlichen Organisation und schließt die Übertragung von Tätigkeiten aus dem Arbeitsbereich des Consultant sowie auch Tätigkeiten des Geschäftsstellen-Sekretariats auf Hilfspersonen ausdrücklich aus. Aus dem Zusammenspiel beider Regelungen ergibt sich entgegen der von der Klägerin geltend gemachten Auffassung eindeutig, dass dem Beigeladenen zu 3) die Beschäftigung von Hilfspersonen bei seiner Tätigkeit als M.-Berater generell untersagt war. Indem sich der Ausschluss der Beschäftigung auch auf Aufgaben des Sekretariats erstreckte, war ihm keinerlei Einsatz eigenen Personals im Zusammenhang mit seiner Consultant-Tätigkeit möglich. Selbst Terminvereinbarungen hätten nach § 8 Abs. 3 des Vertrages nicht von eigenen Mitarbeitern des Beigeladenen zu 3) vorgenommen werden dürfen, sondern waren von der Klägerin besonderes legitimierten Personen vorbehalten. Der allein zulässige Einsatz von Hilfspersonen "im Rahmen seiner eigenen persönlichen Organisation" geht daher in Bezug auf die Tätigkeit für die Klägerin vollkommen ins Leere und kann sich lediglich auf den privaten Bereich oder eine etwaige Nebentätigkeit, sofern überhaupt zulässig, beziehen. Im Rahmen der Tätigkeit für die Klägerin war indes die Beschäftigung jeglichen Hilfspersonals durch diese Vertragsregelungen ausgeschlossen. Die für unternehmerisches Handeln prägende Entscheidungsfreiheit darüber, ob und in welchem Umfang Mitarbeiter im Rahmen der Beratungs- und Verkaufstätigkeit eingesetzt werden, stand dem Beigeladenen zu 3) daher nicht zu.

a2.) Auch war der Beigeladene zu 3) aufgrund der Regelung des § 2 Ziff. 3 des Vertrages zur Inanspruchnahme der sachlichen und personellen Mittel der von der Klägerin voll finanzierten Geschäftsstelle (vgl. § 8 Ziff. 1 des Vertrages) verpflichtet, was einer persönlichen Selbständigkeit ebenfalls entgegen steht. Dies gilt auch für die Verpflichtung zur Nutzung der EDV der Klägerin, insbesondere die Verpflichtung zur Nutzung des mietweise zur Verfügung gestellten Notebooks (vgl. § 10 des Vertrages). Nach § 5 Ziff. 1 des Mietvertrages über das Notebook war der Beigeladene zu 3) verpflichtet, ausschließlich die von der Klägerin zur Verfügung gestellten Programme und die von ihr verwendeten Softwarepakete zu nutzen. Insoweit standen dem Beigeladenen zu 3) keinerlei Spielräume zur eigenen Gestaltung seiner Tätigkeit offen.

a3.) Zudem bestanden umfangreiche Verpflichtungen des Beigeladenen zu 3) an den Aus- und Fortbildungsmaßnahmen der Klägerin teilzunehmen. § 4 Ziff. 2 des Vertrages gibt insoweit vor, dass der Consultant zur Sicherstellung des Beratungsstandards an den Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen der Klägerin teilzunehmen hat. Es handelte sich mithin nicht lediglich um Angebote seitens der Klägerin und es stand dem Beigeladenen zu 3) keinesfalls frei, an entsprechenden Schulungsmaßnahmen teilzunehmen. Dem korrespondieren die Maßgaben der Ausbildungsordnung der Klägerin, die nach § 4 Ziff. 3 zum Gegenstand des Vertrages gehörte. Diese spricht von Präsenzeinheiten im Schulungszentrum der Klägerin und wertet bei Versäumen von mehr als zwei Stunden eines Seminars, unabhängig von dessen Dauer, die gesamte Einheit als fehlend. Zwar wird insoweit die Möglichkeit einer Wiederholung eingeräumt. Zugleich sieht die Ausbildungsordnung aber eine Gesamtdauer des "Studiums" für A-Berater von 21 Monaten vor, deren Verlängerung durch Wiederholung von Prüfungen nicht über 6 Monate hinausgehen soll. Aufgrund dieser Verpflichtungen stellt sich die Tätigkeit des Consultant eher als eine Ausbildung dar, in der er erst die Berechtigung zur Vermittlung von Produkten der Klägerin erwerben musste. Dieser Ausbildungscharakter ist aber mit einer selbstverantwortlichen unternehmerischen Tätigkeit eines Handelsvertreters nicht vereinbar. Zwar muss sich ein selbständiger Handelsvertreter gegebenenfalls auch über neue Produkte des Auftraggebers im Rahmen von Schulungen informieren. Dabei handelt es sich aber lediglich um ergänzende Schulungen, von der die Befähigung zur Ausübung der Tätigkeit als solche nicht abhängt. Für einen Consultant der Klägerin ist aber zumindest die erfolgreiche Absolvierung einer dreimonatigen ersten Ausbildungsstufe zur Erlangung des Zertifikats "M. Financial Consultant (CU)" Voraussetzung. Wie bei den Ausbildungszielen der Ausbildungsordnung weiter aufgeführt ist, ist dieser M. Financial Consultant (CU) in den Grundlagen des Vorsorge-, Risiko- und Vermögensmanagements befähigt zur Beratung der M.-Zielgruppenkunden. Der Beklagten ist insoweit zuzustimmen, dass die Absolvierung der Schulungen für den Beigeladenen zu 3) hier für den Aufbau einer existenzsichernden Tätigkeit geradezu konstitutiv war.

a4.) Die persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 3) vom Unternehmen der Klägerin wird weiter durch seine in den Vertragsregelungen von § 1 Ziff. 2, § 2 Ziff. 3 und § 4 Ziff. 3 festgeschriebene Bindung seines Handlungsspielraums betreffend die Produktpalette und die Zuweisung des Kundenpotentials bewirkt. Diese vertraglichen Regelungen sprechen für eine Weisungsabhängigkeit im Sinne einer Zuweisung von Tätigkeiten, die mit der Selbständigkeit eines Handelsvertreters nicht mehr vereinbar ist. Zwar kann auch einem Handelsvertreter ein örtlicher Bezirk für die Ausübung seiner Tätigkeit zugewiesen werden ([§ 86 Abs. 2 HGB](#)). Einer entsprechenden Einschränkung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit müsste aber eine entsprechende Absicherung seiner Gewinnchancen gegenüberstehen, etwa durch einen vertraglich garantierten Gebietsschutz, durch den ihm jegliche Provisionen der in seinem Bezirk

geschlossenen Verträge zustehen, auch wenn der Vertragsschluss auf der Tätigkeit anderer Handelsvertreter beruht (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 29.01.1981, [a.a.O.](#) RdNr. 27). Entsprechende Garantien enthält der Consultant-Vertrag des Beigeladenen zu 3) nicht. Die Klägerin hat sich daher über die Ausbildung des Consultants und die Verteilung des Kundenpotentials (Zielgruppe) unter den Consultants einen erheblichen Einfluss nicht nur auf die Tätigkeit des einzelnen Consultants, sondern auch auf seine Verdienstchancen vorbehalten.

a5.) Erhärtet wird die persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 3) im Sinne eines Angestellten auch durch das ihm in § 2 Ziff. 1 des Vertrages auferlegte Wettbewerbsverbot. Es handelt sich dabei um eine arbeitnertypische Regelung (LSG R.-P., Urteil vom 25.04.2002 - [L 1 AL 162/00](#) - in Juris, m.w.N.), die hier auch nicht nur zu einer unwesentlichen Einschränkung der unternehmerischen Freiheit des Beigeladenen zu 3) führt. Da er aufgrund der umfassenden, nachstehend noch im Einzelnen dargestellten zeitlichen Dauer seiner Arbeitszeit, die seiner Entscheidungsfreiheit nicht unterliegt, darauf angewiesen war, seinen Lebensunterhalt allein aus der Tätigkeit für die Klägerin zu bestreiten, traf ihn das Wettbewerbsverbot zusätzlich und zwar nicht nur in seiner wirtschaftlichen, sondern auch in seiner persönlichen Abhängigkeit von der Klägerin (vgl. hierzu: LAG B., Urteil vom 02.04.2008 - [2 Sa 264/06](#) - , in Juris).

a6.) Der Senat teilt auch die Auffassung des Sozialgerichts und der Beklagten hinsichtlich der Verpflichtung des Beigeladenen zu 3) aus § 5 des Vertrages, die Vertretung der Kundenbetreuung bei Urlaub und Krankheit mit dem Geschäftsstellenleiter abzustimmen, die mehr für eine abhängige Beschäftigung spricht als für eine selbständige Tätigkeit. Diese Verpflichtung geht deutlich über eine bloße Anzeige von Urlaub hinaus. Zwar weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass es zu den Aufgaben eines selbständigen Handelsvertreters gehört, für seine ordnungsgemäße Vertretung bei urlaubs- oder krankheitsbedingter Abwesenheit zu sorgen. Ausdruck einer persönlichen Selbständigkeit wäre es aber, wenn der Consultant seine Vertretung eigenverantwortlich zu regeln hätte. Die Notwendigkeit einer Abstimmung mit dem Geschäftsstellenleiter nimmt ihm diesen Teil seiner unternehmerischen Selbständigkeit und begründet stattdessen für diesen Bereich eine persönliche Abhängigkeit gegenüber der Betriebsorganisation der Klägerin. Dafür genügt schon die Verpflichtung zur Abstimmung mit dem - insoweit auch übergeordneten, eine Leitungsfunktion wahrnehmenden - Geschäftsstellenleiter ohne dass es auf ein Genehmigungserfordernis ankommt. Arbeitnertypisch ist in diesem Zusammenhang auch die Regelung des § 6 Abs. 9 des Vertrages, nach der eine Fortzahlung der Provisionsvorschüsse im Krankheitsfall für vier Wochen erfolgt.

b.) Neben den dargestellten vertraglichen Regelungen spricht auch die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit überwiegend gegen eine durch unternehmerische Freiheiten geprägte selbständige Tätigkeit. Die gelebte Vertragswirklichkeit war von einer mindestens 50 Stunden umfassenden Arbeitswoche auf der Geschäftsstelle gekennzeichnet, wobei der Consultant wöchentlichen Ergebniskontrollen unterworfen war, sodass eine Freiheit, die übertragene Arbeit in zeitlicher und örtlicher und inhaltlicher Hinsicht nach eigenem Gutdünken zu gestalten, auch praktisch nicht bestand.

Der Senat stützt sich bei diesen Feststellungen im Wesentlichen auf die vom SG herangezogenen Niederschriften im Verfahren vor dem Landgericht Nürnberg 1 O 7140/09 über die Vernehmung der Zeugen S. K. und M. W. am 21.05.2010 bzw. 26.03.2010. Angesichts der dort stattgefunden umfangreichen Beweisaufnahme bestand keine Notwendigkeit, die bereits vom Landgericht N. vernommenen, in den Hilfsanträgen gleichwohl nochmals benannten Zeugen ein zweites Mal, diesmal vor dem erkennenden Senat, zum gleichen Beweisthema anzuhören.

b1.) Entgegen der in § 2 Abs. 3 des Consultant-Vertrages vorgesehenen Freiheit hinsichtlich der Zeit der Tätigkeit, auf die sich die Klägerin maßgeblich beruft, ist der Senat zu der Überzeugung gelangt, dass der Beigeladene zu 3) - von eventuellen Außendienstbesuchen abgesehen - wie ein Arbeitnehmer ausschließlich in erheblichem zeitlichen Umfang in der Geschäftsstelle - hier nach § 1 Ziff. 3 Satz 3 des Vertrages der Geschäftsstelle E. III - gearbeitet hat. Von einer für den selbständigen Handelsvertreter zwingend erforderlichen wesentlichen Freiheit bei der Bestimmung seiner Arbeitszeit ([§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB](#)) konnte er keinen Gebrauch machen. Bei einer erwarteten Arbeitszeit von täglich 10 bis 12 Stunden bleibt dem Mitarbeiter kein nennenswerter Spielraum, wie er sich diese Zeiten legt, zumal die zu einem hohen Anteil auf Kundenkontakt ausgerichtete Tätigkeit der Consultants die Ausübung der Tätigkeit in den Nacht- und frühen Morgenstunden vollständig ausschließt. Dies entnimmt der Senat den Angaben des Beigeladenen zu 3) im erstinstanzlichen Verfahren, die weitgehend durch die Angaben des Zeugen W. im Verfahren 1 O 7140/09 vor dem Landgericht N.-F. bestätigt wurden. So hat der Beigeladene zu 3) in seinem Schreiben vom 26.04.2010 an das Sozialgericht geltend gemacht, es habe für ihn eine tägliche Arbeitszeit mit Anwesenheitspflicht von 9.00 Uhr bis 21.00 Uhr bestanden. Lediglich für auswärtige Kundentermine seien Abweichungen erlaubt gewesen, wobei die Berater angewiesen worden seien, Kundentermine überwiegend in der Geschäftsstelle durchzuführen. Für die Richtigkeit dieser Aussage spricht, dass in der Zeit nach 19.00 Uhr mit berufstätigen Kunden noch telefonisch Kontakt aufgenommen werden kann. Der Zeuge W. hat hierzu bekundet, es habe einen Zeitrahmen gegeben, in dem die Erreichbarkeit des M.-Beraters in der Geschäftsstelle erwartet worden sei, dies sei der Zeitraum von 9.00 Uhr bis 19.00 Uhr gewesen. Der Zeuge W. hat weiter angegeben, dass er gegenüber dem Consultant geäußert habe, dass ein Einsatz von ca. 50 Wochenstunden erforderlich sei, um erfolgreich zu sein. Es sei Sache des Mitarbeiters gewesen, wie er sich diese Zeiten lege. Wegen der hohen zeitlichen Belastung sei anfangs auch ein Gespräch mit dem Lebenspartner des Consultants geführt worden. Die Aussage des Zeugen W. gibt somit die Erwartungen der Klägerin im Rahmen des von ihr vorgegebenen Vertriebssystems wieder.

Entgegen der von der Klägerin im Berufungsverfahren vertretenen Auffassung hat auch die Zeugin K. einen tatsächlichen Umfang der täglichen Arbeitszeit von etwa 9.00/9.30 Uhr bis 21.00/21.30 Uhr in ihrer Aussage vor dem Landgericht N.-F. bestätigt. Wenn sie vorträgt, die Wahl der Geschäftsstelle als Arbeitsort habe in ihrer eigenen Entscheidung gelegen, so relativiert sich das durch ihre Angabe, dass man zu Beginn ihrer Tätigkeit im Oktober 2004 wegen der EDV ortsgebunden und auf die Tätigkeit in der Geschäftsstelle angewiesen gewesen sei. Der Beigeladene zu 3) hat in der Zeit zuvor (bis September 2004) bei der Klägerin gearbeitet, so dass eine Entscheidungsfreiheit für ihn hinsichtlich des Ortes seiner Tätigkeit nicht zuletzt auch aufgrund der Angewiesenheit auf die EDV der Klägerin nicht bestanden hat.

b2.) Zur Überzeugung des Senats steht auch fest, dass der Beigeladene zu 3) in seiner Tätigkeit einer engmaschigen Kontrolle von Seiten der Klägerin unterlag, die die von einem Handelsvertreter abzuverlangenden Berichtspflichten bei weitem überstieg. So fanden grundsätzlich regelmäßig montags Besprechungs- und Schulungsrunden in der Geschäftsstelle statt. Dies ergibt sich aus den Zeugenaussagen von S. K. und M. W. vor dem Landgericht N. im Verfahren 1 O 7140/09. Die Zeugin K. bestätigte die regelmäßige Durchführung der Montagsrunden sowie die regelmäßige Besprechung der Geschäftszahlen, wobei sie einräumte, dass diese im Einzelfall für den betreffenden Consultant sehr peinlich sein konnten. Der Druck habe darin bestanden, dass man erfolgreich sein wollte und dies in der Anfangszeit schon schwierig gewesen sei. Geschäftsstellenleiter Wicke bestätigte ebenfalls, dass ihm für die Montagsrunden die Zahlen der einzelnen M.-Berater zur Verfügung gestanden hätten und diese mit den von M. erwarteten Eckwerten, die hätten erreicht werden sollen, verglichen worden seien.

Verbunden sei dies mit Überlegungen gewesen, wie die Zahlen durch verbesserte Akquise hätten verbessert werden können.

Diese Aussagen sprechen für ein Vertriebssystem mit fortlaufender, die Tätigkeit der Consultants permanent begleitender Leistungskontrolle und nicht zuletzt auch für den vom Sozialgericht herausgestellten Druck auf den einzelnen Consultant. Mit der Selbständigkeit eines Handelsvertreters und seiner Gleichordnung im Verhältnis zu dem ihn beauftragenden Unternehmen hat dies nichts mehr zu tun. Widerlegt ist damit auch die Behauptung der Klägerin im Berufungsverfahren, der Geschäftsstellenleiter W. sei gleichrangiges Mitglied einer Bürogemeinschaft von selbständigen Handelsvertretern gewesen. Geschäftsstellenleiter W. hat vielmehr die Erwartungen von M. an den wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit des Consultants in der Art eines Vorgesetzten eingefordert.

Gleichrangiges Mitglied einer Bürogemeinschaft von selbständigen Handelsvertretern war Geschäftsstellenleiter W. im Übrigen auch schon deshalb nicht, weil er für die Klägerin den Consultant-Vertrag vom 08.02.2002 mit unterschrieben hatte und deshalb als Vertragspartei die Rechte aus diesem Vertrag für M. gegenüber dem Beigeladenen zu 3) geltend machen konnte.

c.) Ungeachtet der beschriebenen Einschränkungen der unternehmerischen Freiheiten des Beigeladenen zu 3) bestanden für ihn allerdings durch die Provisionsregelungen in § 6 des Consultantvertrages sowie die Verpflichtung zur Übernahme von Betriebskosten in § 8 Ziff. 2 des Vertrages auch gewisse wirtschaftliche bzw. unternehmerische Risiken. So konnte der Beigeladene zu 3) seinen Verdienst allein aus Provisionen und Honoraren erzielen, die ihm von der Klägerin gezahlt wurden (§ 6 Ziff. 1 des Vertrages). Ein Grundvergütung oder eine garantierte Beteiligungsprovision waren nicht vereinbart worden, so dass der Erfolg der Tätigkeit des Beigeladenen zu 3) allein von dem Einsatz seiner Arbeitskraft abhängig war. Die von ihm zu tragenden Betriebskosten beschränkten sich auf die tatsächlich entstandenen Verbrauchskosten für Telefon, EDV- und Kfz-Nutzung, Reise- und Bewirtungskosten und fallen gegenüber den von der Klägerin getragenen Sach- und Personalkosten für die Geschäftsstelle nicht in einer so nennenswerten Weise ins Gewicht, dass sich daraus ein maßgebliches Unternehmerrisiko begründen ließe. So ergibt sich ein etwaiges unternehmerisches Risiko des Beigeladenen zu 3) letztlich allein aus der ausschließlich erfolgsabhängigen Vergütung auf Provisions- und Honorarbasis. Die Ungewissheit des Eintritts eines wirtschaftlichen Erfolges durch Einsatz der eigenen Arbeitskraft spricht aber - wie oben dargelegt - nur dann für eine selbständige Tätigkeit, wenn ihr größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen. Gerade solche Freiheiten waren dem Beigeladenen zu 3) - wie bereits im Einzelnen dargelegt - aber nicht eingeräumt worden. Die Vergütung auf Provisionsbasis kann der Senat daher in der Gesamtbetrachtung nicht als ausschlaggebendes Merkmal für die Annahme einer Tätigkeit als selbständiger Handelsvertreter berücksichtigen. Das Gesamtbild der Tätigkeit aufgrund einer Gesamtwürdigung der vertraglichen Regelungen und der tatsächlichen Ausgestaltung spricht daher ganz überwiegend für eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 3).

Nur ergänzend ist zu der Provisionsreglung in § 6 des Consultant-Vertrages noch anzumerken, dass die darlehnsweise Gewährung des Provisionsvorschusses in § 6 Ziff. 5 die persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 3) von der Klägerin eher noch erhöht haben dürfte. Dass der Klägerin insoweit ein einseitiges Bestimmungsrecht hinsichtlich der Höhe des Vorschusses zustand, ergibt sich aus der mehrfachen Kürzung des Provisionsvorschusses während des Beschäftigungszeitraums, ungeachtet dessen, dass diese Kürzungen jeweils durch "Vereinbarungen" mit dem Beigeladenen zu 3) erfolgten. Die Klägerin hat hiermit erkennbar auf den hinter ihren Erwartungen zurückgebliebenen Erfolg der Tätigkeit des Beigeladenen zu 3) reagiert. Letztlich hatte der Beigeladene zu 3) bei Ausscheiden 50 % des gezahlten Provisionsvorschusses selbst zu tragen (§ 6 Ziff. 10) und wurde hierzu auch arbeitsgerichtlich verurteilt (vgl. Urteil des Arbeitsgerichts F. vom 23.09.2009 - 14 Ca 568/06 -). Das LAG B. hat in einem Urteil vom 02.04.2008 (- [2 Sa 264/06](#) -, a.a.O.) für eine entsprechende Fallkonstellation zu Recht darauf abgestellt, dass eine derartige Vertragsgestaltung das Unternehmerrisiko des Arbeitgebers vollständig auf den abhängig beschäftigten Arbeitnehmer abwälzt, der für den Fall der Erfolglosigkeit seiner Tätigkeit mit den Kosten, die durch seine Tätigkeit und den notwendigen Erwerb von Branchenkenntnissen entstanden sind, belastet wird und damit nicht nur das Risiko trägt, nichts zu verdienen, sondern auf eigenes Risiko den Versuch finanziert, festzustellen, ob er für die Tätigkeit bei der Klägerin geeignet ist. Diese Risikoverteilung ist nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall zumindest im Hinblick auf den 50%igen Anteil des Provisionsvorschusses, den der Beigeladene zu 3) nach seinem Ausscheiden zurückzahlen hatte, in gleicher Weise gegeben. Offenbar hat die Klägerin die Notwendigkeit zur Korrektur dieser Risikoverteilung gesehen und beschäftigt nunmehr die Consultants zumindest im ersten Jahr ihrer Tätigkeit im Rahmen eines Traineeprogramms als Angestellte mit fester Vergütung und sozialen Leistungen (vgl. Internetportal der Klägerin: <http://www.x>)

4.) Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg auf die abweichende Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 3) durch die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1) berufen. Diese hat zwar dem Beigeladenen zu 3) am 03.06.2002 einen Freistellungsbescheid nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGBVI erteilt und ist darin von einer selbständigen Tätigkeit mit einem Auftraggeber ohne Beschäftigung eines Arbeitnehmers ausgegangen. Dieser Bescheid betrifft aber nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 3) und dem Rentenversicherungsträger und bindet die Beklagte nicht. Ob dem aber überhaupt eine inhaltliche Prüfung des Consultant-Vertrages zugrundelag, ist dem erteilten Bescheid nicht zu entnehmen. Auch auf die Betriebsprüfung durch die DRV Bund und den hierzu ergangenen Bescheid vom 18.10.2010 kann sich die Klägerin nicht berufen. Denn die Prüfung bezieht sich auf Consultant-Verträge bis zur Version "Mavert 16" und prüft die tatsächlichen Umstände der Consultant-Tätigkeit in einer rein abstrakten Weise. Welche konkreten Vertragsverhältnisse Gegenstand der Prüfung waren, ist dem Bescheid nicht zu entnehmen. Ebenso wenig vermag der Senat dem Bescheid zu entnehmen, ob der mit dem Beigeladenen zu 3) geschlossene Vertrag zu den geprüften Vertragsversionen gehört. Der im vorliegenden Verfahren vorzunehmenden konkreten Einzelfallprüfung kann dieser Bescheid schon deshalb nicht entgegengehalten werden.

Nach alledem musste der Berufung der Klägerin deshalb der Erfolg versagt bleiben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#). Es entspricht nicht der Billigkeit, der Klägerin auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, da diese (insbesondere) Sachanträge nicht gestellt und damit ein Prozessrisiko nicht übernommen haben ([§§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO](#)).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i. V. m. [§ 52 Abs. 2 GKG](#). Im Anschluss an die inzwischen ständige Rechtsprechung des BSG (Urt. v. 04.06.2009, - [B 12 R 6/08 R](#) -; Beschl. v. 05.03.2010 - [B 12 8/09 R](#) -) setzt der Senat den Auffangwert von

5.000 EUR und nicht den Betrag der ggf. nachzuzahlenden Beiträge an.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-10-02