

Bundessozialgericht

- 12 RK 14/78 -

Verkündet am
13. Juli 1978

.....
RegHptsekretär
als UrkBeamter
d. GeschStelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1)

2)

3)

Prozeßbevollmächtigter:

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat auf
die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1978
für Recht erkannt:

- 2 -



- 2 -

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
Landesozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 26. Januar 1978
aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung
an das Landesozialgericht zurückverwiesen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

G r ü n d e :

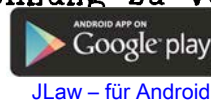
I

Die Beteiligten streiten um die Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 3), die aufgrund eines "Kommissions-Agenturvertrages" eine Schuhhandelsfiliale der Klägerin in Landau betreibt.

Die Klägerin hat in L , straße , Verkaufsräume gemietet und für den Einzelhandel mit Schuhwaren eingerichtet und ausgestattet. Die Beigeladene zu 3) übernahm aufgrund eines Vertrages vom 2. Januar 1973 den Betrieb dieses Verkaufsgeschäftes als "Inhaber". In dem Vertrag ist bestimmt, daß sie sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben dritter Personen bedienen könne. Diese Mitarbeiter hatte sie im eigenen Namen anzustellen und die Sozialversicherungsbeiträge auf eigene Kosten abzuführen. Für Fehlverhalten der Mitarbeiter einschließlich leichter Fahrlässigkeit ist eine Haftung der Beigeladenen zu 3) gegenüber der Klägerin vorgesehen. Die Einstellung der Hilfskräfte ist der Klägerin anzuzeigen. Darüber hinaus ist folgendes bestimmt: Für die Betriebsführung erhält die Beigeladene zu 3) eine Vergütung von 11 % des Verkaufserlöses. Dieser Verdienst ergibt sich aus einer zunächst festgesetzten Provision von 16 %, die jedoch durch Abzug eines Pauschales für Werbemaßnahmen und Geschäftsunkosten auf 11 % gekürzt wurde. Im übrigen trägt die Klägerin die Unkosten des Geschäfts und der Werbung. Sie stellt auch die Ware zur Verfügung, nimmt unverkaufte Ware zurück, bestimmt die Mindestpreise und macht die überörtliche Werbung. Der Verkauf der Schuhe erfolgt im Namen der Klägerin, das Sortiment ist ausschließlich von der Klägerin zu beziehen. Die Beigeladene zu 3) kann lediglich aus diesem Sortiment auswählen. Sie ist verpflichtet, die üblichen Öffnungszeiten einzuhalten, täglich abzurechnen und die örtliche Werbung in Abstimmung mit der Klägerin durchzuführen. Neben dem Verkauf der Schuhwaren ist sie berechtigt, Zubehör auf eigene Rechnung zu vertreiben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)

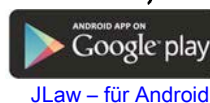


[JLaw – für iOS](#)

Dieses darf jedoch nur bei der Klägerin eingekauft werden, soweit diese die betreffenden Artikel führt. Der Vertrag ist mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende schriftlich kündbar.

In einem weiteren Vertrag hat die Beigeladene zu 3) als "Selbst- und Gesamtschuldnerin" die Haftung für alle Mieterverpflichtungen der Klägerin gegenüber dem Vermieter der Geschäftsräume übernommen.

Durch Bescheid vom 3. August 1976 hat die Beklagte die Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 3) in der Angestelltenversicherung (§ 2 Abs 1 Nr 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes -AVG-) und ihre Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung (§ 168 Abs 1 des Arbeitsförderungsgesetzes -AFG-) festgestellt. Der Widerspruch der Klägerin blieb ohne Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 11. Oktober 1976). Auf die Klage hat das Sozialgericht (SG) Speyer den Bescheid vom 3. August 1976 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. Oktober 1976 aufgehoben (Urteil vom 26. April 1977). Auf die Berufung der Beigeladenen zu 1) hat das Landessozialgericht (LSG) Rheinland-Pfalz das Urteil des SG abgeändert und die Klage abgewiesen (Urteil des LSG vom 26. Januar 1978). Es hat dazu ausgeführt: Die Beigeladene zu 3) sei im Verhältnis zur Klägerin persönlich abhängig und deshalb Beschäftigte iS des Sozialversicherungsrechts. Sie könne nicht als Selbständige angesehen werden, da sie kein Unternehmerisiko trage. Nach dem "Kommissionsagenturvertrag" könne sie im betrieblichen Bereich nicht selbständig entscheiden. Die Preisgestaltung und die Öffnungszeiten seien festgelegt. Die Klägerin stelle die Geschäftsräume und die Ware und trage die Unkosten (ausgenommen Personal). Die Mithaftung der Beigeladenen zu 3) als selbstschuldnerischer Bürge für die Miete sei ohne Bedeutung, weil sie bei der Klägerin Rückgriff nehmen könne. Auch liege in der Bürgschaft an sich noch kein Unternehmerrisiko. Dieses bestehe in der Ungewißheit des Erfolges eines eigenen wirtschaftlichen Einsatzes. Dafür genüge es nicht, daß jemand nur gegen Provision ohne Mindestgarantie und ohne Anspruch auf Urlaub, auf Lohn oder



Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall arbeite. Die Tätigkeit müsse mit dem weiteren typischen Merkmal verbunden sein, daß der Vertragspartner wirtschaftliche Entscheidungen selbst treffen könne und dafür einstehen müsse. Daran fehle es. Die Beschäftigung und Bezahlung von Hilfspersonen sei unbeachtlich, denn mangels Unternehmereigenschaft sei die Beigeladene zu 3) dazu nicht berechtigt gewesen. Unternehmerin sei die Klägerin, bei der alle Entscheidungsbefugnisse konzentriert seien. Sie verfüge über die Betriebsmittel, trage die Kosten und insgesamt gesehen, auch alle unternehmerischen Risiken. Die Haftung der Beigeladenen zu 3) für Warenfehlbestände oder Fehlbeträge bedeute kein unternehmerisches Risiko, sondern sei auch für die in solchen Positionen beschäftigten Angestellten nicht ungewöhnlich. Insgesamt gesehen widerspräche es dem Schutzgedanken der gesetzlichen Sozialversicherung, Personen, die unter Ausnutzung der Vertragsfreiheit und der Gewerbefreiheit scheinbar die Stellung von selbständigen Unternehmern erhielten, in Wahrheit aber überwiegend persönlich und zugleich auch wirtschaftlich abhängig seien, von dem Schutz der Sozialversicherung auszunehmen.

Mit der Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 2 Abs 1 Nr 1 AVG und des § 168 Abs 1 AFG und führt dazu aus: Das LSG habe nicht auf das allein für ein Beschäftigungsverhältnis entscheidende Merkmal der persönlichen Abhängigkeit abgehoben, sondern der rechtlich nicht entscheidenden wirtschaftlichen Abhängigkeit maßgebliches Gewicht beigelegt. Im einzelnen habe das LSG nicht gewürdigt, daß die Beigeladene zu 3) das Sortiment selbständig zusammenstelle. Sie sei auch nicht zu ständiger persönlicher Anwesenheit verpflichtet, sondern könne nach eigenem Ermessen das Geschäft durch Angestellte betreuen lassen. Unter dem Gesichtspunkt des Unternehmerrisikos sei unbeachtet geblieben, daß in der Bürgschaft für die Mietverpflichtung ein erheblicher wirtschaftlicher Wert und ein entsprechendes Risiko liege. Auch beteilige sich die Beigeladene zu 3) an Unkosten des Ladens, indem vertraglich die an sich vorgesehene Provision von 14 % um eine



Pauschle von 3 % gekürzt werde. Schließlich trage sie auch das Risiko von Einkommensschwankungen, wie sie sich durch Saison und modischen Trend ergeben. Zu Unrecht werde auch der Beschäftigung von Hilfspersonen keine Bedeutung beigemessen. Bei der kurzen Kündigungsfrist (für den Agenturvertrag) von einem Monat, liege in der Beschäftigung dieser Hilfspersonen das erhebliche Risiko, Lohn auch für eine Zeit zahlen zu müssen, in der die Mitarbeiter nicht mehr beschäftigt werden könnten.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

Die Beklagte und die Beigeladene zu 1) und 2) beantragen,

die Revision zurückzuweisen.

Die Beigeladene zu 3) stellt keinen Antrag.

II

Die Revision der Klägerin ist begründet. Das Urteil des LSG ist aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Nach den bisherigen Feststellungen kann noch nicht entschieden werden, ob die Beigeladene zu 3) bei der Klägerin in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht und deshalb versicherungspflichtig in der Angestelltenversicherung (§ 2 Abs 1 Nr 1 AVG) und beitragspflichtig zur Arbeitslosenversicherung (§ 168 Abs.1 AFG) ist. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis setzt voraus, daß der Arbeitnehmer



vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer und Ort der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Das kann allerdings - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerechten dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß" verfeinert sein. Andererseits kennzeichnen vornehmlich das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit eine selbständige Tätigkeit. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt dabei davon ab, welche Merkmale überwiegen. Daher sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen. Maßgebend hat stets das Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu sein. Bedeutsam können dabei auch vertragliche oder sonstige Vereinbarungen zwischen den Beteiligten sein. Weichen die Vereinbarungen aber von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (ständige Rechtsprechung BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 - 12/3/12 RK 39/74 - SozR 2200 § 1227 Nr 8 S 15/16 mit weiteren Nachweisen).

Aufgrund der bisherigen Feststellungen sprechen für eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 3) folgende Tatsachen: Die Geschäftsräume gehören der Klägerin und sind von ihr ausgestattet worden. Die Klägerin trägt auch die Unkosten der Geschäftsräume. (Der Abzug eines Pauschales von einer ziffernmäßig höher festgesetzten Provision bedeutet keine echte Übernahme von Unkosten.) Die Klägerin stellt auch die Ware zur Verfügung, nimmt unverkaufte Ware zurück, macht überörtliche Werbung und bestimmt die Mindestpreise. Der Verkauf erfolgt in ihrem Namen. Demgegenüber deutet auf eine selbständige Tätigkeit hin, daß die Beigeladene zu 3) - soweit ersichtlich - nicht verpflichtet ist, überhaupt selbst in dem Betrieb tätig zu werden und daß sie dementsprechend auch



frei ist, wie lange und in welcher Weise sie dort tätig wird, wann und wie oft sie Urlaub nimmt und wie ihre Tätigkeit im einzelnen gestaltet wird.

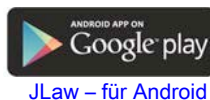
Bei der Beurteilung dieser Umstände kann jedoch nicht allein von dem Vertragstext ausgegangen werden. Es kommt vielmehr darauf an, inwieweit die tatsächliche Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses diesem Vertrage entspricht und ferner darauf, ob hier eine die Beigeladene zu 3) bindende Regelung nicht letztlich nur deshalb unterbleiben konnte, weil bestimmte Sachzwänge vertragliche Bindungen überflüssig machten oder nicht geboten erscheinen ließen. So ist zB denkbar, daß wegen der begrenzten Verdienstmöglichkeiten oder wegen der tatsächlichen Einflußnahme der Klägerin und der in der kurzen Kündigungsfrist liegenden Gefahr des Existenzverlustes ein intensiver Einsatz der Beigeladenen zu 3) unumgänglich war. Ferner liegt es nahe, daß Weisungen der Klägerin hinsichtlich der Gestaltung der Tätigkeit im einzelnen und hinsichtlich der Auswahl des Sortiments unterblieben sind, weil sie zweckmäßiger oder üblicher Weise ohnehin dem örtlichen Filialleiter überlassen bleiben, da dieser den besseren Einblick in die örtlichen Bedürfnisse hat. Diese tatsächliche Gestaltung muß das LSG noch aufklären, da sie bei der Würdigung des Gesamtbildes nicht entbehrt werden kann.

Soweit die Klägerin rügt, das LSG habe dem Unternehmerisiko zu Unrecht Bedeutung beigemessen, kann ihr nicht gefolgt werden. Das BSG hat in ständiger Rechtsprechung in dem Bestehen eines Unternehmerrisikos ein Indiz für die Selbständigkeit der betreffenden Person gesehen (BSGE 11, 257; SozR Nrn 20, 27, 34 und 51 zu § 165 RVO; SozR 2200 § 1227 Nr 8; BSG, Urteile vom 10. Februar 1965 - 3 RK 14/61 - BKK 1965, 172; vom 30. April 1968 - 3 RK 5/66 - USK 6846; vom 16. Dezember 1976 - 12/3 RK 4/75 - USK 76196). Ein solches Unternehmerrisiko kann schon darin liegen, daß der Erfolg des Einsatzes der Arbeitskraft ungewiß ist (BSG USK 76196).



Auch das Bestehen eines Unternehmerrisikos ist jedoch nicht schlechthin entscheidend, sondern nur im Rahmen der Würdigung des Gesamtbildes zu beachten. Außerdem kann die Belastung mit Risiken nur dann für Selbständigkeit sprechen, wenn dem Unternehmerrisiko eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen. Die Belastung eines Erwerbstätigen, der im übrigen nach der Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als Arbeitnehmer einzustufen wäre, mit zusätzlichen Risiken, vermag keine Selbständigkeit zu begründen.

Die Beigeladene zu 3) hat in mehrfacher Hinsicht ein Risiko zu tragen. Zunächst einmal trägt sie das Risiko des Erfolgs des Einsatzes ihrer Arbeitskraft, weil ihr kein Mindesteinkommen garantiert ist, sondern lediglich ein bestimmter Prozentsatz des Verkaufserlöses. Ein weiteres, nicht unerhebliches Risiko liegt in der Anstellung von Mitarbeitern auf eigenen Namen und eigenes Risiko, zumal - wie die Revision mit Recht hervorhebt -, im Hinblick auf die kurze Kündigungsfrist des Vertrages die Gefahr besteht, daß sie diese Mitarbeiter weiterhin bezahlen muß, ohne sie noch einsetzen zu können. Auch in dem Handel mit Zubehör liegt ein unternehmerisches Risiko. Schließlich ist noch das in der Bürgschaft für die Miete liegende Risiko zu beachten. Weitere Risiken bestehen indes nicht. Das LSG hat bereits darauf hingewiesen, daß eine freie unternehmerische Entscheidung im Bereich des Schuhhandels nicht gegeben ist, weil die Beigeladene zu 3) hinsichtlich der Gestaltung von Preisen und der Auswahl des Sortiments engen Bindungen unterliegt. Dessen ungeachtet, können aber die bestehenden Risiken ausreichen, die Beigeladene zu 3) als selbständig anzusehen. Ob dies der Fall ist, hängt aber im Rahmen der Feststellung des Gesamtbildes noch davon ab, inwieweit diesen Risiken Freiheiten in der Gestaltung der Tätigkeit tatsächlich gegenüberstehen. Dabei kann von Bedeutung sein, daß die Beigeladene zu 3) berechtigt ist, Hilfspersonal im eigenen Namen und auf eigenes Risiko



- 10 -

einzustellen. Ihrer Freiheit, eigenes Personal zu beschäftigen, steht aber nur dann eine größere Selbständigkeit gegenüber, wenn sie hierdurch in die Lage versetzt wird, freier über den Einsatz ihrer eigenen Arbeitskraft zu bestimmen. Das ist nicht der Fall, wenn sie keinen weiteren Spielraum in der Gestaltung des Arbeitsablaufs und des Umfangs des Einsatzes ihrer eigenen Arbeitskraft erwirkt, als derjenigen, der ohnehin von der Sache her geboten ist und auch einer angestellten Filialleiterin einzuräumen wäre. Auch insoweit ist für die Beurteilung des Gesamtbildes die tatsächliche Gestaltung der Arbeit in der Filiale der Beigeladenen zu 3), die Zahl der Angestellten, der Umfang ihrer Beschäftigung, ihres Verdienstes sowie der Umfang des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft der Beigeladenen zu 3), das ihr brutto zufließende Einkommen aus dieser Tätigkeit und der ihr nach Abzug der Unkosten für die Mitarbeiter verbleibende Verdienst und schließlich ein Vergleich zu den üblichen Verdiensten eines entsprechenden angestellten Filialleiters von wesentlicher Bedeutung. Ergibt sich nämlich bei vollem Einsatz der Arbeitskraft der Beigeladenen zu 3) ein merklich höherer Verdienst als ihn eine angestellte Filialleiterin erzielen würde, so zeigt sich darin, daß die rechtliche Möglichkeit, Mitarbeiter zu beschäftigen und den Einsatz der eigenen Arbeitskraft zu beschränken, auch finanziell zu verwirklichen ist. Darin läge ein starker Hinweis auf die Selbständigkeit der Beigeladenen zu 3). Alle diese Umstände muß das LSG deshalb noch aufklären. Das LSG wird alsdann eine erneute Würdigung des Gesamtbildes vorzunehmen haben und dabei die Grundsätze berücksichtigen müssen, die in der Frage des Unternehmerrisikos ergangenen Rechtsprechung des BSG niedergelegt ist. Sprechen danach aufgrund

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 11 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 11 -

der Feststellung des tatsächlichen Ablaufs der Rechtsbeziehungen der Klägerin mit der Beigeladenen zu 3) ebensoviele Gründe für die Selbständigkeit der Beigeladenen zu 3) wie für eine abhängige Beschäftigung, so ist dem im Vertrag zum Ausdruck gekommenen Willen der Vertragspartner der Vorrang zu geben. Dieser deutet hier auf eine selbständige Stellung der Beigeladenen zu 3) hin.

Die Kostenentscheidung bleibt dem abschließenden Urteil vorbehalten.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)