

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 12 KR 32/07 B

L 4 KR 444/03 (LSG Baden-Württemberg)
S 10 KR 469/00 (SG Mannheim)

INTER Krankenversicherung aG, Rechtsabteilung,
Erzbergerstraße 9-15, 68165 Mannheim,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Kaufmännische Krankenkasse - KKH,
Karl-Wiechert-Allee 61, 30625 Hannover,

Beklagte und Beschwerdegegnerin,

beigeladen:

1. Deutsche Rentenversicherung Bund,
Ruhrstraße 2, 10709 Berlin,
2. Pflegekasse bei der Kaufmännischen Krankenkasse - KKH,
Karl-Wiechert-Allee 61, 30625 Hannover,
3. Bundesagentur für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,
4.,

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat am 19. November 2008 durch den
Vorsitzenden Richter B a l z e r sowie die Richter Dr. B e r c h t o l d und
Dr. B e r n s d o r f f
beschlossen:



Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Landes-
sozialgerichts Baden-Württemberg vom 9. März 2007 wird als unzulässig verworfen.

Kosten des Beschwerdeverfahrens sind nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten über den sozialversicherungsrechtlichen Status der Beigeladenen zu 4.
- 2 Auf einen im Dezember 1998 gestellten Antrag der Beigeladenen zu 4. stellte die beklagte Krankenkasse gegenüber der Klägerin fest, dass die Beigeladene zu 4. ihre Tätigkeit für die Klägerin in der Zeit vom 1.4.1993 bis zum 28.2.1998 im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt habe. Den hiergegen unter Hinweis darauf gerichteten Widerspruch der Klägerin, die Beigeladene zu 4. sei bei ihr als "aufgrund eines freien Dienstvertrages" tätige "Dienstnehmerin" tätig gewesen, wies die Beklagte zurück. Klage und Berufung blieben erfolglos. Das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg hat seine Entscheidung damit begründet, dass die Beigeladene zu 4. bei der Klägerin im streitigen Zeitraum als Organisationsleiterin bzw Geschäftsstellenleiterin abhängig beschäftigt gewesen sei.
- 3 Mit ihrer Beschwerde wendet sich die Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des LSG vom 9.3.2007.

II

- 4 Die Beschwerde ist in entsprechender Anwendung von § 169 Satz 2 und 3 SGG als unzulässig zu verwerfen. Die Klägerin hat in der Begründung des Rechtsmittels entgegen § 160a Abs 2 Satz 3 SGG keinen Zulassungsgrund hinreichend dargelegt oder bezeichnet.
- 5 Das Bundessozialgericht (BSG) darf gemäß § 160 Abs 2 SGG die Revision gegen eine Entscheidung des LSG nur dann zulassen, wenn
 - die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (Nr 1) oder
 - das angefochtene Urteil von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweicht (Nr 2) oder
 - bestimmte Verfahrensmängel geltend gemacht werden (Nr 3).
- 6 Die inhaltliche Unrichtigkeit des Urteils ist demgegenüber kein Zulassungsgrund.



- 7 1. Die Klägerin macht zunächst Abweichungen des Berufungsurteils von zwei Entscheidungen des BSG geltend (*Urteil vom 29.1.1981, 12 RK 46/79, USK 8169 = Das Beitragsrecht/Meurer B 42-53/15; Urteil vom 10.5.2006, B 12 RA 2/05 R, SozR 4-2600 § 2 Nr 8 = NZS 2007, 97*). Abweichung (Divergenz) iS von § 160 Abs 2 Nr 2 SGG bedeutet Widerspruch im Rechtssatz, das Nichtübereinstimmen tragender abstrakter Rechtssätze, die zwei Urteilen zugrunde gelegt worden sind. Sie kommt nur dann in Betracht, wenn das LSG einen tragenden abstrakten Rechtssatz in Abweichung von einem vorhandenen abstrakten Rechtssatz der in der Vorschrift genannten Gerichte aufgestellt hat. Die Beschwerdebegründung muss daher erkennen lassen, welcher abstrakte Rechtssatz in den herangezogenen höchstrichterlichen Urteilen enthalten ist und welcher im Urteil des LSG enthaltene Rechtssatz dazu im Widerspruch steht (*vgl BSG in SozR 1500 § 160a Nr 14, 21, 29 und 67*). - Diesen Anforderungen genügt die Beschwerdebegründung nicht.
- 8 Die Klägerin wendet mit ihrer Divergenzrüge im Kern ein, dass das Berufungsgericht "dem Unternehmerrisiko eine gegenüber den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB eigenständige und entscheidende indizielle Bedeutung für die Statusbestimmung beigemessen" habe.
- 9 a) Die Klägerin arbeitet als maßgebliche rechtliche Aussage des BSG in den beiden Entscheidungen heraus:
- "... für die sozialversicherungsrechtliche Wertung ist eine Anknüpfung an das Handelsvertreterrecht zuzulassen, wonach ein Handelsvertreter mit Kaufmannseigenschaft ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB), (*vgl BSGE 51, 164 = SozR 2400 § 2 Nr 16; BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 5 Rdnr. 11*)."
- 10 Sie interpretiert diese Aussage dahin, dass das BSG darin für Handelsvertreter eine "Inhalts-gleichheit" zwischen der in § 84 Abs 1 Satz 2 HGB enthaltenen Definition der Selbstständigkeit und der sozialrechtlichen Bestimmung der Selbstständigkeit erkannt hat, und stellt einen Gleichklang mit der statusrechtlichen Beurteilung von Handelsvertretern durch das Bundesarbeitsgericht fest, das insoweit einen Rückgriff auf weitere Grundsätze zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters nicht für erforderlich gehalten habe.
- 11 Als Rechtssätze, mit denen das Berufungsgericht von dieser oberstgerichtlichen Aussage abgewichen sein soll, bezeichnet sie:

"Entscheidendes Indiz für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist hier ferner, dass die Beigeladene zu 4) kein wesentliches Unternehmerrisiko getragen hat. Bei ihr bedurfte es insoweit keines Einsatzes finanzieller Mittel zur Erzielung eines im Zeitpunkt dieses Einsatzes ungewissen Unternehmensgewinns, z.B. durch Einrichtung einer Büroorganisation oder einer Beratungsstelle. Der Senat vermag auch nicht festzustellen, dass bei der Beigeladenen zu 4)



der Erfolg des Einsatzes ihrer persönlichen Arbeitskraft, soweit sie sich vorrangig auf die Organisationsaufgaben bezog, ungewiss war. Denn die Klägerin hat der Beigeladenen zu 4) nicht nur die Betriebsstätte in Form der Geschäftsstelle selbst errichtet und unterhalten, sondern ihr auch noch einen firmeneigenen Dienstwagen zur Verfügung gestellt, für den die Klägerin die Benzinkosten trug; ferner wurde ihr eine Fahrtkosten- und Spesenpauschale (Vertrag 2) bzw. eine Fahrtkostenpauschale (Vertrag 3) gewährt. Weiter erhielt sie eine Grundvergütung sowie auch garantierte Beteiligungsprovisionen bzw. Provisionen für Eigengeschäfte, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass diese garantierte Grundvergütung und die Beteiligungsprovisionen selbst im Urlaubs- und Krankheitsfall für zwei Wochen, auf das Kalenderjahr für vier Wochen begrenzt, weitergezahlt wurden. Diesen Gesichtspunkt des fehlenden wesentlichen Unternehmerrisikos hat beispielsweise das LAG Niedersachsen in dem von der Klägerin vorgelegten Urteil nicht berücksichtigt. Daraus, dass die Beteiligten im Hinblick auf die in den Verträgen jeweils enthaltenen Verrechnungsregelungen davon ausgegangen sein mögen, dass im Organisationsbereich auch der Beigeladenen zu 4) solche Provisionen bzw. Beteiligungsprovisionen erzielt würden, die über die genannten Garantiebezüge hinausgehende Bezüge ergeben hätten, ergibt sich ein wesentliches Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 4) hinsichtlich des Erfolgs ihres Arbeitseinsatzes nicht. Im Übrigen geht der Senat auch davon aus, dass die Beigeladene zu 4) in der hier streitigen Zeit, abgesehen von der Ausschließlichkeitsbindung an die Klägerin, durch die Tätigkeit für die Klägerin in zeitlichem Umfang voll ausgelastet war, ohne dass es darauf ankommt, ob der tägliche Arbeitseinsatz der Beigeladenen zu 4) bei sechs, acht oder zehn Stunden gelegen hat."

- 12 Die Klägerin deutet diese Passage des Berufungsurteils dahin, dass das LSG (auch bei Handelsvertretern) eine selbstständige Tätigkeit nicht anerkenne, wenn kein wesentliches Unternehmerrisiko getragen werde.
- 13 Es kann dahinstehen, ob die Klägerin überhaupt in der gebotenen Weise einen tragenden abstrakten Rechtssatz des BSG und einen für widersprechend gehaltenen abstrakten Rechtssatz des Berufungsgerichts - sie selbst bezeichnet diesen als "Beurteilungsmaßstab" - benannt hat. Denn jedenfalls hat sie nicht substantiiert ausgeführt, dass eine bzw. worin die Unvereinbarkeit der beiden "Rechtssätze" besteht bzw. liegt, und deshalb eine Abweichung nicht hinreichend dargetan. Sie hat vor allem nicht dargelegt, woraus sie - und das ist ihre Prämisse - die Überzeugung des Berufungsgerichts ableitet, die Beigeladene zu 4. habe bei der Ausübung ihrer Tätigkeit die Rechtsstellung eines Handelsvertreters im Sinn des HGB innegehabt. Insoweit ist das LSG nämlich davon ausgegangen (Seite 15 des Urteils), dass die Aufgabe der Beigeladenen zu 4. (gerade) nicht im Wesentlichen die einer Provisionsvertreterin war mit der Verpflichtung, sich um die Vermittlung oder den Abschluss von Geschäften zu bemühen, hat (Seite 16) der Bezeichnung der Beigeladenen zu 4. in den Verträgen 2 und 3 als selbstständige Handelsvertreterin bzw. selbstständige Gewerbetreibende (gerade) keine entscheidende Bedeutung beigemessen und (Seite 18) die Arbeitsanweisungen an die Beigeladene zu 4. (gerade) als weit über das hinausgehend bezeichnet, was sich nach dem HGB an Pflichten des selbstständigen Handelsvertreters ergibt. Der Sache nach trägt die Klägerin lediglich vor, dass das Berufungsgericht die oberstgerichtliche Rechtsprechung auf den konkreten Sachverhalt unzutreffend angewandt habe ("... nimmt die ... Statusbeurteilung ... nicht anhand des ... vom BSG aufgestellten Rechtssatzes vor ..."; "... Rechtsauffassung des LSG steht mit ... Rechtssätzen nicht in Einklang ..."). Besonders deutlich wird dies auf Seite 5 der Beschwerdebegründung, in der die Klägerin bei einem Vergleich mit dem im Tatbestand des Urteils des



BSG vom 10.5.2006 wiedergegebenen Tätigkeitsbild eines Handelsvertreters die Anerkennung auch der Beigeladenen zu 4. als Handelsvertreterin und damit eine gleiche Behandlung verlangt. Hierauf kann eine Nichtzulassungsbeschwerde jedoch nicht gestützt werden. Nicht die etwaige Unrichtigkeit der Entscheidung im Einzelfall, sondern die Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen begründet die Zulassung der Revision wegen Abweichung (vgl. BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 26).

- 14 b) Als weiteren abstrakten Rechtssatz des BSG in seinem Urteil vom 29.1.1981 stellt die Klägerin heraus:

"Seine persönliche Selbständigkeit (die allerdings eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom Unternehmer nicht ausschließt) kommt dabei vornehmlich in den vom Gesetz in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB genannten Merkmalen zum Ausdruck. Außer ihnen können indessen noch weitere Umstände von Bedeutung sein, soweit sie als Indizien für das Vorliegen der ausdrücklichen im Gesetz genannten Merkmale der Selbständigkeit anzusehen sind oder sich schon aus der Unternehmereigenschaft des Handelsvertreters ergeben; zu ihnen gehört namentlich das eigene Unternehmerrisiko, das als Gegenstück der unternehmerischen Betätigungsfreiheit im Unternehmerbegriff mit enthalten ist."

- 15 Sie erläutert diesen dahin, dass das BSG ein "Unternehmerrisiko" des Handelsvertreters schon dann annehme, wenn dieser unternehmerische Aktivitäten über das Maß hinaus entfalten könne, das der garantierten Provisionssumme entspreche, deren Erfolg ungewiss sei, bzw wenn die Handelsvertreterstätigkeit Chancen auf einen erfolgsabhängigen Verdienst eröffne.

- 16 Als widersprechende rechtliche Aussage des LSG bezeichnet die Klägerin:

"Daraus, dass die Beteiligten im Hinblick auf die in den Verträgen jeweils enthaltenen Verrechnungsregelungen davon ausgegangen sein mögen, dass im Organisationsbereich auch der Beigeladenen zu 4) solche Provisionen bzw. Beteiligungsprovisionen erzielt würden, die über die genannten Garantiebezüge hinausgehende Bezüge ergeben hätten, ergibt sich ein wesentliches Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 4) hinsichtlich des Erfolgs ihres Arbeitseinsatzes nicht."

- 17 Auch insoweit hat die Klägerin jedenfalls eine Abweichung nicht formgerecht dargelegt. So wäre darauf einzugehen gewesen, dass das BSG in der zitierten Entscheidung - worauf die Klägerin auf Seite 7 ihrer Beschwerdebegründung (Fettdruck) selbst hingewiesen hat - ein volles Unternehmerrisiko für den Arbeitseinsatz angenommen hat, "soweit sie (die Handelsvertreter) von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen". In diesem Zusammenhang wäre zu begründen gewesen, warum sich das LSG hierzu in Widerspruch gesetzt hat, nachdem es in einer Hilfsbegründung ("Im Übrigen ...") ausgeführt hat (Seite 19), dass die Beigeladene zu 4. durch die Tätigkeit für die Klägerin in zeitlichem Umfang voll ausgelastet war. Im Kern nimmt die Klägerin auch hier Bezug auf einzelne Begründungselemente der Berufungsentscheidung und hält diese für rechtlich unzutreffend ("Diese Prüfung ist ... unvollständig und ... widersprüchlich ..."). Die Zulassung der Revision wegen Divergenz kann sie damit nicht erreichen.



- 18 c) Nicht in der erforderlichen Weise dargetan hat die Klägerin schließlich, inwieweit die von ihr für widersprechend gehaltenen "Rechtssätze" des LSG für den von ihm entschiedenen Streitfall rechtserheblich sind, dh dessen Entscheidung tragen. Das vom Berufungsgericht hinsichtlich der Beigeladenen zu 4. gefundene Ergebnis beruht darauf, dass im Hinblick auf ihre für die Klägerin ausgeübte Tätigkeit die für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses sprechenden Umstände als überwiegend angesehen wurden (Seite 15 des Urteils). Soweit die Klägerin ausschließlich (zutreffend) darauf hinweist, dass das Berufungsgericht das Fehlen eines wesentlichen Unternehmerrisikos als "entscheidendes Indiz" für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung bezeichnet habe, verkennt sie, dass das LSG gleichwohl ("ferner") das Gesamtbild der Tätigkeit betrachtet und eine Abwägung vorgenommen hat. Wie und warum das Urteil des LSG bei einer so strukturierten Abwägungsentscheidung auf den von der Klägerin genannten, für widersprechend gehaltenen Rechtssätzen des LSG beruhen soll, wird nicht begründet.
- 19 2. Die Klägerin beruft sich außerdem auf den Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung (§ 160 Abs 2 Nr 1 SGG).
- 20 Sie wirft die Frage auf,
- "ob dem Merkmal des 'Unternehmerrisikos' im Rahmen der sozialrechtlichen Statusprüfung überhaupt noch eine Bedeutung zukommt, wie sie in der hier bereits mehrfach zitierten (älteren) Entscheidung des BSG vom 29.1.1981 - 12 RK 45/79 - im Rahmen der Statusprüfung gemäß § 84 Abs 1 Satz 2 HGB noch angenommen wurde".
- 21 Die Klägerin meint, bei der statusrechtlichen Beurteilung von Handelsvertretern eine unterschiedliche Handhabung des BSG zu erkennen, und hält eine uneingeschränkte Kongruenz der für die arbeits- und sozialrechtliche Beurteilung der Selbstständigkeit von Handelsvertretern/Versicherungsvertretern maßgeblichen Kriterien für der Rechtssicherheit dienlich.
- 22 Die Klägerin hat jedenfalls die Klärungsfähigkeit dieser Frage in einem nachfolgenden Revisionsverfahren nicht dargelegt. Abgesehen davon, dass es sich bei dieser Frage um eine abstrakte Frage handelt, hätte sie - was bereits in anderem Zusammenhang gefordert worden ist - begründen müssen, dass das LSG die Beigeladene zu 4. als Handelsvertreterin im Sinn des HGB angesehen hat. Diese Prämisse liegt auch der obigen Frage zugrunde.
- 23 3. Einen möglicherweise entscheidungserheblichen Verfahrensmangel (§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG) hat die Klägerin nicht bezeichnet.
- 24 Soweit sie auf Seite 9 ihrer Beschwerdebegründung ausführt, " ... hätte es näherer Aufklärung des Sachverhalts und einer Beweisaufnahme durch Vernehmung der von der Klägerin benannten Zeugin, Frau M. M. , bedurft", hat sie der Sache nach einen Verfahrensmangel nicht geltend gemacht und wäre eine Rüge in dieser Allgemeinheit im



Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde durch § 160 Abs 2 Nr 3 SGG auch von vornherein ausgeschlossen.

- 25 Von einer weiteren Begründung sieht der Senat ab, weil sie nicht geeignet ist, zur Klärung der Voraussetzungen der Revisionszulassung beizutragen, § 160a Abs 4 Satz 3 Halbsatz 2 SGG.
- 26 Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG. § 197a SGG ist nicht anzuwenden, denn die Klage war bereits vor dem Inkrafttreten von § 197a SGG am 2.1.2002 rechtshängig.

