

DOK 311.01

**Zur Versicherungspflicht eines „freien Mitarbeiters“, der als Talentscout und Spielerbetreuer insbesondere im Fußballbereich tätig wurde
Zum Vergütungsmodell und unternehmerischen Risiko bei selbständigen Spielervermittlern**

§ 7 SGB IV, § 7a SGB IV

Urteil des LSG Berlin-Brandenburg vom 16.03.2016 – L 9 KR 114/13 –
Aufrechterhaltung des Urteils des SG Berlin vom 20.02.2013 – S 73 KR 1706/10 –

Streitig war die **Versicherungspflicht** des Beigeladenen zu 1 aufgrund seiner Tätigkeit für die Klägerin im Zeitraum vom September 2006 bis März 2010.

Die klagende GmbH (über deren Vermögen mittlerweile das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist) betreibt die Durchführung, Vermittlung und Vermarktung von Veranstaltungen, insbesondere von Musikveranstaltungen sowie die Vermittlung von Künstlern und Sportlern. Der Beigeladene zu 1 war zunächst als Sportjournalist tätig und trainierte nebenbei Fußballmannschaften im Jugendbereich. Zum 01.09.2006 meldete er sodann ein **Gewerbe mit der Tätigkeit Künstler- und Sportlerberatung** an. Am gleichen Tag schloss er mit der Klägerin einen „**Vertrag über freie Mitarbeit**“, in dem u.a. vereinbart war, dass er die Tätigkeiten der **Beratung, Betreuung und Vermittlung von Künstlern, Jugend-, Amateur- und Profisportlern sowie die Talent-sichtung** übernehmen solle. Er unterliege dabei **keinen Weisungen** und es werde von einem Zeitaufwand von mindestens 20 Stunden pro Woche ausgegangen. Im Übrigen gebe es für ihn als freien Mitarbeiter **bezüglich seiner Arbeitszeit keine Einschränkungen**. Als Vergütung wurde ein **monatliches Pauschalhonorar** von 3.500 € vereinbart, ausgehend von einem durchschnittlichen Zeitaufwand von 80 Stunden im Monat. Aufgrund eines von beiden Vertragsparteien eingeleiteten **Statusfeststellungsverfahrens** gem. § 7a SGB IV stellte die Beklagte im März 2009 fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1 für die Klägerin seit 01.09.2006 im Rahmen eines **abhängigen Beschäftigungsverhältnisses** ausgeübt werde und somit **Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung** bestehe. Da der Beigeladene zu 1 ab April 2010 als Geschäftsführer einer GbR tätig wurde, begrenzte die Beklagte sodann die Feststellung der Versicherungspflicht auf den **Zeitraum bis zum 31.03.2010**. Der **Widerspruch** gegen die Feststellung der Versicherungspflicht blieb **ohne Erfolg**. Das **SG wies** die hiergegen gerichtete **Klage ab**.

Das **LSG wies** die **Berufung als unbegründet zurück**.

Einer Entscheidung des Senats stehe nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Klägerin entgegen, da der vorliegende **Rechtsstreit nicht die Insolvenzmasse betreffe**. Die Feststellung der Versicherungspflicht stelle keinen Vermögensgegenstand dar, der in irgendeiner Weise der Zwangsvollstreckung unterliege. Die **Beklagte habe zutreffend die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1** im streitgegenständlichen Zeitraum für seine Beschäftigung bei der Klägerin **festgestellt**. Bei dieser Tätigkeit habe es sich um eine **Beschäftigung gem. § 7 Abs. 1 SGB IV** gehandelt. Der Beigeladene zu 1 habe hierbei den **Vorgaben der Klägerin in nicht nur untergeordneter Bedeutung unterlegen**. So habe die Klägerin den Beigeladenen zu 1 teilweise mit der Sichtung bestimmter Spieler und mit dem Besuch bestimmter Spiele betraut und erwartete anschließend seine Einschätzung hierzu. Darüber hinaus hatte der Beigeladene zu 1 für Künstler und Sportler, die mit der Klägerin in Kontakt standen, Betreuungsaufgaben wie z.B. Wohnungssuche, Behördengänge etc. zu erledigen. Zumindest insoweit habe er abweichend von den vertraglichen Regelungen „*nicht weisungsfrei*“ agiert. Auch für eine Erhöhung der dem Beigeladenen zustehenden Vergütung ab Oktober 2007 sowie für die in Ausnahmefällen mögliche Erstattung von Auslagen habe keine schriftliche Vereinbarung existiert. Hieraus werde deutlich, dass der schriftliche Vertrag zumindest hinsichtlich einiger Regelungen von den Parteien tatsächlich nicht ernsthaft gewollt war. Der **Senat lege** deshalb **als tatsächlich vereinbarten Vertragsinhalt die abweichenden mündlichen Vereinbarungen und ergänzend den schriftlichen Vertrag zugrunde** (vgl. S. 666). Hiernach

DOK 311.01

ergebe sich ein erhebliches **Übergewicht für die Indizien, die für eine Beschäftigung sprechen**. Die **Freiheiten des Beigeladenen zu 1 im Hinblick auf Arbeitszeit und Arbeitsbedingungen** seien für **Außendienstmitarbeiter typisch**, da diesen regelmäßig Zeitpunkt und Reihenfolge der Aufgabenerledigung nicht vorgegeben werde. Auch die eingeräumten **inhaltlichen Freiheiten** (z.B. welche Spieler bei welchem Anlass beobachtet werden sollten) seien **charakteristisch für Dienste höherer Art** (vgl. S. 667). Insbesondere habe der Beigeladene zu 1 eine **feste vorab vereinbarte und monatlich ausgezahlte Vergütung** in mehr als existenzsichernder Höhe erhalten. Ein relevantes **unternehmerisches Risiko** habe somit für ihn **nicht bestanden**. Die von ihm selbst zu tragenden Aufwendungen seien demgegenüber nicht ins Gewicht gefallen. Das typische Risiko eines selbstständigen Spielervermittlers liege **demgegenüber** darin, dass er mit umfangreicher Sichtung, diversen Vermittlungstätigkeiten etc. „**ohne Erfolgsgarantie in Vorleistung**“ gehe, um dann eine **von der Höhe des Arbeitsentgeltes des vermittelten Spielers abhängige Provision** zu erhalten. **Dieses Vergütungsmodell hätten die Klägerin und der Beigeladene zu 1 aber gerade nicht gewählt** (vgl. S. 667). Außerdem sei der Beigeladene zu 1 verpflichtet gewesen, die vertraglich geschuldete Leistung in eigener Person zu erbringen.

Das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 16.03.2010 – L 9 KR 114/13 – wie folgt entschieden:

Tatbestand

Die Beteiligten streiten um die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) aufgrund seiner Tätigkeit für die Klägerin in der Zeit vom 1. September 2006 bis zum 31. März 2010.

Die klagende GmbH, über deren Vermögen am 19. Dezember 2014 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde – Insolvenzverwalter ist der Beigeladene zu 5) –, betreibt die Durchführung, Vermittlung und Vermarktung von Veranstaltungen, insbesondere Musikveranstaltungen sowie Vermittlung von Künstlern und Sportlern. Der 1975 geborene Beigeladene zu 1) betätigte sich nach seinem nicht abgeschlossenen Studium der Volkswirtschaft als Sportjournalist. Außerdem trainiert er nach eigenen Angaben seit vielen Jahren Fußballmannschaften im Jugendbereich. Mit Wirkung zum 1. September 2006 meldete er ein Gewerbe mit der Tätigkeit Künstler- und Sportlerberatung an. Am selben Tag schlossen er und die Klägerin einen "Vertrag über freie Mitarbeit" (VfM) mit im Wesentlichen folgenden Inhalt:

"§ 1 Tätigkeit

Herr S wird ab 01.09.2006 die Aufgaben eines Sportlerberaters und Künstlerbetreuers mit folgenden Tätigkeiten übernehmen: Beratung, Betreuung und Vermittlung von Künstlern sowie Jugend-, Amateur- und Profi-Sportlern; Talentsichtung

§ 2 Weisungsfreiheit

Der Mitarbeiter unterliegt bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten keinen Weisungen des Auftraggebers. Gegenüber den anderen Angestellten der Firma hat der freie Mitarbeiter keine Weisungsbefugnis.

DOK 311.01

§ 3 Arbeitsaufwand

Art und Umfang der dem freien Mitarbeiter nach § 1 übertragenen Aufgaben machen einen Zeitaufwand von mind. 20 (in Worten: zwanzig) Stunden pro Woche an 5 (in Worten: fünf) Tagen erforderlich.

§ 4 Arbeitszeit/Konkurrenz/Verschwiegenheit

Im Übrigen unterliegt der freie Mitarbeiter in der Ausgestaltung seiner Arbeitszeit keinen Einschränkungen. Der freie Mitarbeiter darf auch für andere Auftraggeber tätig sein, mit der Ausnahme unmittelbarer Konkurrenzfirmen. Der freie Mitarbeiter verpflichtet sich, über ihm im Rahmen seiner Tätigkeit bekannt gewordene betriebliche Interna, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, Stillschweigen zu bewahren.

§ 5 Vergütung

Als Vergütung wird ein monatliches Pauschalhonorar von EUR 3.500 (in Worten: dreitausendfünfhundert) zuzüglich der jeweiligen gesetzlichen Mehrwertsteuer vereinbart. Grundlage für dieses Honorar ist ein durchschnittlicher Zeitaufwand von 80 Stunden im Monat. Wird dieser Zeitaufwand durch die Übernahme zusätzlicher Aufgaben nachweislich überschritten, erhält der freie Mitarbeiter für jede weitere Arbeitsstunde ein Honorar von EUR.— (zuzüglich jeweiliger gesetzlicher Mehrwertsteuer). Der freie Mitarbeiter verpflichtet sich, zusätzlich geleistete Arbeitsstunden innerhalb von - Wochen /Monaten nach Anfall abzurechnen.

§ 6 Sonstige Ansprüche/Versteuerung

Mit der Zahlung der in § 5 vereinbarten Vergütung sind alle Ansprüche des freien Mitarbeiters gegen den Auftraggeber aus diesem Vertrag erfüllt. Für die Versteuerung der Vergütung hat der freie Mitarbeiter selbst zu sorgen.

§ 10 Sonstiges

Von der Möglichkeit des Abschlusses eines Anstellungsvertrages ist in Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bewußt kein Gebrauch gemacht worden. Eine Umgehung arbeitsrechtlicher oder arbeitsgesetzlicher Schutzvorschriften ist nicht beabsichtigt. Dem freien Mitarbeiter soll vielmehr die volle Entscheidungsfreiheit bei der Verwertung seiner Arbeitskraft belassen werden. Eine über den Umfang dieser Vereinbarung hinausgehende persönliche, wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit wird nicht begründet.

§ 11 Nebenabreden

Nebenabreden und Änderungen des Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dieses Formerfordernis kann weder mündlich noch stillschweigend aufgehoben oder außer Kraft gesetzt werden. Die etwaige Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen berührt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht."

DOK 311.01

Seit Oktober 2007 vergütete die Klägerin die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) mit 3.750 Euro monatlich brutto. Darüber hinaus erzielte der Beigeladene zu 1) ab November 2008 aufgrund der Tätigkeit für einen weiteren Auftraggeber monatliche Vergütungen bis 1.000 Euro.

Während des von beiden Vertragsparteien eingeleiteten Statusfeststellungsverfahrens nach § 7a Sozialgesetzbuch / Viertes Buch (SGB IV) gab der Beigeladene zu 1) an, seine Tätigkeit lebe vom Aufbau sowie der Pflege von persönlichen Netzwerken; in wessen Auftrag er arbeite, solle bis zur ersten Kontaktaufnahme zwischen Auftraggeber und Sportler stets streng vertraulich behandelt und nicht für jeden auf den ersten Blick ersichtlich werden. Als Sichter operiere er zunächst am Besten anonym. Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 20 Stunden wöchentlich werde von der Klägerin nicht kontrolliert; die Regelung werde in der Praxis nicht umgesetzt. Eigenes Kapital setze er für die erforderlichen Arbeitsmittel (Telefon, Handy, Laptop, Drucker, Kopierer, Auto und diverse Büromaterialien) ein, aber auch für die Bewirtungen im Rahmen von Gesprächen mit Sportlern, deren Eltern (im Falle von Jugendspielern) und Vereinsoffiziellen. Inhaltlich gehe es bei seiner Arbeit um den Aufbau eines umfangreichen und möglichst umfassenden Kenntnisstandes über die aktuelle Fußballszene im Herren- und Jugendbereich. Als Talentsichter oder Spiel-/Spielerbeobachter stehe die eigene Recherche nach Talenten, die den Auftraggebern vorgestellt werden sollten, im Zentrum seiner Arbeit, d.h. der regelmäßige Besuch von Trainingseinheiten und Spielen im Jugend-, Amateur- und Profifußball. In einem nächsten Schritt gehe es darum, das Vertrauen von Spielern, deren Eltern sowie Vereinsoffiziellen auch durch Beratungsgespräche im privaten Umfeld und zunächst unabhängig vom konkreten Auftraggeber aufzubauen. Die Klägerin könne jedoch auch um die Beobachtung und Einschätzung eines bestimmten Spielers sowie die anschließende Herstellung eines ersten Kontakts zwischen Spieler und Klägerin bitten. Auf Wunsch der Auftraggeberin erfolge auch die Übernahme von vereinzelt Betreuungsaufgaben für bereits von der Agentur akquirierte Spieler, z.B. für Wohnungssuche, Behördengänge, Vergleich von Versicherungsangeboten, Fahrdiensten aller Art. Da die Klägerin auch im Musiksektor tätig sei, könne er auf deren Wunsch auch Aufgaben gleicher Natur für die von ihr betreuten Künstler übernehmen, was aber noch nicht in Anspruch genommen worden sei. Bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit sei er frei und erhalte Weisungen weder fachlicher noch organisatorischer Art. Er sei auch nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert. Bei dieser gebe es keine festangestellten Mitarbeiter mit identischen Aufgaben. Die Beauftragung erfolge jeweils mündlich. Weil es um den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses gehe, sei für seine Tätigkeit die persönliche Ausführung der Arbeiten erforderlich. Der zukünftige Einsatz von Hilfskräften im Bereich der reinen Sichtung (Besuch von Spielen und Trainingseinheiten ohne anschließende Kontaktaufnahme zu Spielern) und Informationsbeschaffung sei denkbar und geplant. Ein Kontakt zu anderen Mitarbeitern der Klägerin als dem Geschäftsführer sei nicht erforderlich. Die rechtliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses entspreche nicht den tatsächlichen Verhältnissen. Welche Spiele er besuche und wie lange er dort anwesend sei, stehe ihm frei, so dass er teilweise zwei bis drei Trainingseinheiten täglich besuchen könne.

Die Klägerin gab an, dass das vereinbarte Pauschalhonorar je nach Erfolg des Beigeladenen zu 1) jederzeit neu verhandelbar sei, bei Erfolglosigkeit aber keine weiteren Aufträge erteilt würden. Im Jugendbereich bestimme der Beigeladene zu 1), welche Spieler gesichtet würden. Er kümmere sich auch um ein Probetraining und gegebenenfalls um die Platzierung des Spielers im Lizenzverein und bahne Verträge mit Eltern/Trainern an. Ferner

DOK 311.01

übernahme der Beigeladene zu 1) eigenständig die Akquise und die Betreuung der Spieler. Sobald er einen geeigneten Spieler gefunden habe, mache er ihr – der Klägerin – einen entsprechenden Vorschlag. Die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit von 20 Stunden sei nur ein Richtwert. Bislang sei nur ein monatliches Pauschalhonorar verabredet worden, da der Bereich der Spielervermittlung noch im Aufbau und hier anfangs ein hoher Beratungsbedarf mit gleichbleibenden Leistungen durch den Beigeladenen zu 1) bestünden. Der Aufbau der Strukturen durch den Beigeladenen zu 1) müsse abgegolten werden. Eine Auslagenerstattung gebe es nur in engen Fällen nach Absprache (z.B. Flugkosten).

Mit Bescheid vom 19. März 2009, bestätigt durch den Widerspruchsbescheid vom 10. August 2010, stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Beigeladene zu 1) für die Klägerin seit dem 1. September 2006 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnis ausgeübt werde und Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung dem Grunde nach seit diesem Zeitpunkt bestehe.

Seit April 2010 ist der Beigeladene zu 1) Geschäftsführer der S Sport Support GbR.

Mit Bescheid vom 26. November 2010 stellte die Beklagte die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung seit dem 1. September 2006 aufgrund der o.g. Tätigkeit fest. Den hiergegen gerichteten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 2. März 2012 wegen Unzulässigkeit zurück.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht hat die Beklagte erklärt, sie halte an ihrem Bescheid vom 19. März 2009 nicht mehr fest und begrenze ihre Feststellung auf die Zeit bis zum 31. März 2010. Die Klägerin hat erklärt, der unmittelbare Kontakt zu Sportlern habe in der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für ihr Unternehmen keine wichtige Rolle gespielt.

Mit Urteil vom 20. Februar 2013 hat das Sozialgericht die Klage, die neben der Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide auf die Feststellung gerichtet war, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit für die Klägerin in der Zeit von September 2006 bis März 2010 nicht versicherungspflichtig gewesen sei, abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die Verpflichtung des Beigeladenen zu 1) zur höchstpersönlichen Leistungserbringung und das Fehlen eines relevanten Unternehmerrisikos mit entsprechenden unternehmerischen Chancen schlossen eine Zuordnung zum Typus der selbständigen Tätigkeit aus. Das besondere Aufgabenfeld der Vertragsparteien zeichne sich durch große individuellen Beurteilungsspielräumen unterliegende Bewertungen aus, die sich auf die besondere fachspezifische Erfahrung des Beigeladenen zu 1) stützten. Dessen Tätigkeit werde schon wegen des Arbeitsfeldes durch die Notwendigkeit von Freiräumen und Flexibilität bei der Aufgabenerfüllung geprägt. Dies seien Merkmale jeglicher sportpädagogischen und kreativen Tätigkeit. Die Beteiligten hätten in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass die Tätigkeit des Talentscouts für bestimmte Vereine durch bei diesen beschäftigte Personen erfolge. Am Wortlaut des Vertrages über die freie Mitarbeit sei nach allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben nicht haften zu bleiben. Dass eine höchstpersönliche Leistungserbringung vereinbart gewesen sei, habe der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung dadurch herausgestellt, dass er überzeugend ausgeführt habe, er habe gerade auf die Erfahrung des Beigeladenen zu 1) und dessen Beurteilungsvermögens zurückgreifen wollen und hätte beispielsweise dem Kammervorsitzenden die notwendigen Bewertungen nicht zugetraut. Dem Beigeladenen zu 1) sei durch den Geschäftsführer der

DOK 311.01

Klägerin auch gesagt worden, dass er bestimmte Spiele sehen und bestimmte Sportler beobachten solle. Darüber hinaus habe er dem Geschäftsführer Berichte und Bewertungen zu liefern gehabt. Das Konkurrenzverbot in der vereinbarten Ausgestaltung sei Indiz gegen eine selbständige Beschäftigung, weil das Angebot des Beigeladenen zu 1) an Mitbewerber der Klägerin dadurch ausgeschlossen werde und er für bestimmte Tätigkeiten in seinem Berufsfeld an die Klägerin gebunden werde. Der erfolgte Kapitaleinsatz (Kfz, Telefon, PC/Notebook etc.) präge nicht den Wert und Inhalt der Arbeitsergebnisse und habe mit 1.400.- Euro ein für das Gesamthonorar eher geringen Umfang. Die vereinbarte Vergütung von ca. 2.300 Euro – nach Abzug der Aufwendungen – erlaube für einen Selbständigen ein Einkommen, dass für eine besonders qualifizierte Fachkraft gerade einmal eine durchschnittliche Vergütung nach Abzug von angemessenen Versicherungsbeiträgen beinhalte.

Gegen dieses ihm am 22. März 2013 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin vom 22. April 2013, zu deren Begründung sie vorträgt: Nur in Einzel-/Ausnahmefällen habe ihr Geschäftsführer dem Beigeladenen zu 1) Hinweise erteilt, dass er sich bestimmte Spiele und Sportler ansehen solle. Der Beigeladene zu 1) habe seine Leistungen zwar persönlich erbringen sollen, die gesichteten Spieler habe er jedoch für verschiedene Auftraggeber auswerten dürfen.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 20. Februar 2013 und den Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 10. August 2010 in der Fassung des Bescheides vom 26. November 2010, dieser in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 2. März 2012, aufzuheben und festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 1. September 2006 bis zum 31. März 2010 nicht aufgrund einer Beschäftigung bei ihr der Versicherungspflicht in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Der Beigeladene zu 1) trägt vor, über die Erhöhung seiner Vergütung ungefähr ab Oktober 2007 auf 3.750.- Euro monatlich brutto gebe es keine schriftlichen Vereinbarungen. Er habe im gesamten Zeitraum zwischen 2006 und 2010 von der Klägerin keine zusätzlichen Provisionen bei der erfolgreichen Vermittlung eines von ihm akquirierten Spielers erhalten.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Einzelnen sowie wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte sowie die beigezogene Verwaltungsakte, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Zu Recht hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide sind nicht zu beanstanden, weil der Beigeladene zu 1) aufgrund seiner Beschäftigung bei der Klägerin in der Zeit vom 1. September 2006 bis zum 31. März 2010 der Versicherungspflicht in allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung unterlag.

A. Streitgegenstand sind die Bescheide der Beklagten vom 10. August 2010, 26. November 2010 und 2. März 2012, soweit sie den Zeitraum 1. September 2006 bis 31. März 2010 betreffen. Nicht mehr streitgegenständlich ist zum einen die Zeit ab dem 1. April 2010, da die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht den zeitlichen Geltungsbereich ihrer Bescheide begrenzt hat und die Klägerseite das darin liegende Teilanerkennnis durch ihren entsprechend beschränkten Antrag konkludent angenommen hat. Nicht mehr Streitgegenstand ist zum anderen der (Ausgangs)-Bescheid der Beklagten vom 19. März 2009, nachdem sie diesen Bescheid durch ihre Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht, an ihm nicht mehr festzuhalten, konkludent aufgehoben hat.

Der Bescheid vom 26. November 2010 ist – worauf die Beklagte darin zu Recht hinweist – gemäß § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahrens geworden. Mit der Feststellung der Versicherungspflicht für einen bestimmten Zeitraum aufgrund einer Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin enthält er alle notwendigen Tatbestandsmerkmale, sodass es auf den aufgehobenen Bescheid vom 19. März 2009 nicht mehr ankommt. Wegen der Wirkung von § 96 SGG war der Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 26. November 2010 unzulässig, sodass auch der Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 2. März 2012 nicht zu beanstanden ist.

B. Einer Entscheidung des Senats steht nicht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Klägerin als (vorübergehendes) Verfahrenshindernis entgegen.

Allerdings wird nach § 202 Sozialgerichtsgesetz (SGG) i.V.m. § 240 Satz 1 Zivilprozessordnung im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei das Verfahren, wenn es die Insolvenzmasse betrifft, unterbrochen, bis es nach den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften aufgenommen oder das Insolvenzverfahren beendet wird. Der vorliegende Rechtsstreit betrifft jedoch nicht die Insolvenzmasse. Diese erfasst nach der Legaldefinition in § 35 Abs. 1 Insolvenzordnung (InsO) das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt, gemäß § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO aber nicht Gegenstände, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen. Mangels Bezugs zur Insolvenzmasse tritt somit keine Verfahrensunterbrechung ein bei Streitigkeiten nicht-vermögensrechtlicher Art oder bei Verfahren, die höchstpersönliche Ansprüche des Gemeinschuldners (z.B. persönliche Unterlassungspflichten) betreffen (Stadler, in: Musielak, ZPO, 8.A., § 240 Rd. 5 m.w.N.). Eine nur wirtschaftliche Beziehung zur Masse reicht nicht aus (BGH, Beschluss vom 22. Juni 2004 – X ZB 40/02 –, juris, m.w.N.; Zöller/Greger, ZPO, 24. Aufl., § 240 Rdn. 8).

DOK 311.01

Die Feststellung der Versicherungspflicht stellt keinen Vermögensgegenstand dar, der in irgendeiner Weise der Zwangsvollstreckung unterliegt. Vielmehr steht sie zur Masse in einer allenfalls wirtschaftlichen Beziehung, weil auf der Grundlage einer bejahten Versicherungspflicht die Einzugsstelle (und damit nicht die hiesige Beklagte) Beitragsansprüche begründen kann. In Verfahren mit dem Streitgegenstand "Feststellung der Versicherungspflicht" tritt daher keine Unterbrechung ein, wenn über das Vermögen einer prozessbeteiligten natürlichen Person das Insolvenzverfahren eröffnet wird (a.A.: Rittweger/Zieglmeier, AnwBl 2015, 660, 665, ohne Differenzierung nach dem jeweiligen Streitgegenstand). Dem lässt sich nicht entgegenhalten, der Insolvenzverwalter sei zur Durchführung seiner Aufgaben darauf angewiesen, Anträge nach § 7a SGB IV stellen zu können, um die Anfechtung der Zahlungen des auf die Beschäftigten entfallenden Gesamtsozialversicherungsbeitrags vorbereiten zu können (so wohl Pietrek in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 7a SGB IV, Rd. 79). Denn zum einen kann der Insolvenzverwalter das Fehlen einer Beschäftigung ggf. inzident im Rahmen des Anfechtungsverfahrens geltend machen. Zum anderen wurden von der Klägerin bislang noch keine Beiträge aufgrund der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) entrichtet, die vom Beigeladenen zu 5) zur Masse zurückgefordert werden könnten.

C. Die Bescheide der Beklagten vom 10. August 2010 und 26. November 2010 haben zutreffend die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 1. September 2006 bis zum 31. März 2010 aufgrund seiner Beschäftigung bei der Klägerin festgestellt.

I. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Fünftes Buch - SGB V), in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Sechstes Buch), in der sozialen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Elftes Buch) und nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch / Drittes Buch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Beschäftigung ist danach die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach Satz 2 dieser Vorschrift eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Eine Beschäftigung 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, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, welches sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebenden

DOK 311.01

de Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung des BSG seit dem Urteil vom 24. Januar 2007 - B 12 KR 31/06 R -, und des Senats, vgl. Urteil vom 20. November 2013 - L 9 KR 294/11 -; jeweils juris).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als "nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis" i.S.v. § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert – wie oben beschrieben – eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d.h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb – der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend – voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil vom 25. April 2012 - B 12 KR 24/10 R -, juris).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist in Fällen wie dem vorliegenden vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Dazu haben Verwaltung und Gerichte zunächst deren Inhalt konkret festzustellen. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgeblich, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen "Etikettenschwindel" handelt, der u.U. als Scheingeschäft i.S.d. § 117 BGB zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 – B 12 KR 23/13 R –, juris).

DOK 311.01

II. Unter Berücksichtigung dieses Maßstabs stellt sich die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin in der Zeit vom 1. September 2006 bis zum 31. März 2010 als Beschäftigung dar.

1. Ausgangspunkt sind zunächst die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1).

a. Diese ergeben sich im vorliegenden Fall nicht nur aus dem VfM. Vielmehr bestand seitens der Vertragsparteien offenkundig von vornherein Einverständnis, dass Kernelemente der schriftlich getroffenen Regelungen abweichend gehandhabt werden sollten.

aa. So unterlag der Beigeladene zu 1) Vorgaben der Klägerin von nicht nur untergeordneter Bedeutung. Nach den übereinstimmenden Angaben beider Vertragsparteien beauftragte die Klägerin den Beigeladenen zu 1) teilweise mit der Sichtung bestimmter Spieler und mit dem Besuch bestimmter Spiele und erwartete anschließend seine Einschätzung. Darüber hinaus hatte der Beigeladene zu 1) für Künstler und Sportler, die mit der Klägerin bereits in geschäftlichem Kontakt standen, in deren Auftrag Betreuungsaufgaben (Wohnungssuche, Behördengänge, Vergleich von Versicherungsangeboten, Fahrdiensten aller Art) zu erledigen. Zumindest insoweit agierte er abweichend von § 2 VfM nicht weisungsfrei.

Auch für die Erhöhung der dem Beigeladenen zu 1) zustehenden Vergütung auf 3.750.- Euro ab Oktober 2007 sowie für die in engen Fällen mögliche Erstattung von Auslagen (z.B. Flugkosten) zusätzlich zur abschließend (§ 6 VfM) gezahlten Vergütung existiert keine schriftliche Vereinbarung. Die Erhöhung der Vergütung korreliert mit der Behauptung der Klägerin, das Pauschalhonorar sei jederzeit neu verhandelbar gewesen, belegt aber zugleich, dass die schriftlichen Vereinbarungen entgegen der doppelten Schriftformklausel (§ 11 Sätze 1 und 2 VfM) nicht abschließend sein sollten.

Dass der Beigeladene zu 1) die Ergebnisse seiner Sichtung auch für andere Auftraggeber und somit offenbar auch für unmittelbare Wettbewerber der Klägerin verwerten durfte, steht in Widerspruch zu § 4 Satz 2 VfM.

bb. Hieraus wird deutlich, dass der Vertrag zumindest hinsichtlich § 2, § 4 Satz 2, § 5 und § 11 (doppelte Schriftformklausel) von den Parteien nicht ernsthaft gewollt war. Der Senat legt daher als von den Parteien vereinbarten Vertragsinhalt die abweichenden mündlichen Vereinbarungen und ergänzend den schriftlichen Vertrag zugrunde.

2. Unter Berücksichtigung dieser zusätzlichen Vereinbarungen überwiegen die für eine Beschäftigung sprechenden Indizien erheblich.

a. Eine Zuordnung zum Typus der Beschäftigung erlauben folgende Umstände:

aa. Der Beigeladene zu 1) führte – wie bereits festgestellt – Arbeiten aus, die auch nach Weisungen durchgeführt wurden. Dass die Klägerin von der offenkundig bestehenden rechtlichen Möglichkeit, dem Beigeladenen zu 1) bestimmte Sportler und Spiele vorzugeben, nur eingeschränkt Gebrauch machte, ist irrelevant, da das Recht, Weisungen zu erteilen, genügt. Die Nichtausübung eines Rechts ist unbeachtlich, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. (BSG, Urteile vom 19. August 2015 – B 12 KR 9/14 R

DOK 311.01

–, vom 25. Januar 2006 – B 12 KR 30/04 R –, und vom 19. Juni 2001 – B 12 KR 44/00 R –, jeweils juris, jeweils m.w.N.). Im Übrigen entsprechen die Freiheiten des Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der Arbeitszeit den Arbeitsbedingungen typischer Außendienstmitarbeiter, da diesen regelmäßig Zeitpunkt und Reihenfolge der Aufgabenerledigung nicht vorgegeben wird. Die dem Beigeladenen zu 1) eingeräumten inhaltlichen Freiheiten (welche Spieler werden bei welchem Anlass beobachtet, wie erfolgt die Kontaktaufnahme bei positiver Einschätzung) sind charakteristisch für Dienste höherer Art, welche regelhaft mit solchen Freiräumen ausgestattet sind.

bb. Der Beigeladene zu 1) bezog eine feste, vorab vereinbarte und monatlich ausgezahlte Vergütung in mehr als existenzsichernder Höhe. Auch nach Abzug der Aufwendungen des Beigeladenen zu 1) i.H.v. ca. 1.400.- Euro verblieb ihm ein monatliches Bruttoentgelt von 2.100.- (bzw. 2.350.- Euro ab Oktober 2007); dies ist existenzsichernd und entspricht in etwa dem 6-fachen Regelsatz nach § 20 Sozialgesetzbuch / Zweites Buch - SGB II - (345.- Euro ab 1. Juli 2006 mit Steigerung bis zu 359.- Euro ab 1. Juli 2009) bzw. den damals geltenden Bezugsgrößen (Durchschnittsentgelt der gesetzlichen Rentenversicherung, § 18 SGB IV) zwischen 2.065.- Euro (in 2006, Ost) und 2.555.- Euro (in 2010, West). Hinzu kommt, dass damit nur ein Aufwand von ca. 20 Stunden wöchentlich (= Hälfte der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit) abgegolten sein sollte, dem Beigeladenen zu 1) also die Möglichkeit bleiben sollte, in der übrigen Zeit anderen Erwerbstätigkeiten nachzugehen.

cc. Ein relevantes unternehmerisches Risiko bestand für den Beigeladenen zu 1) aus mehreren Gründen nicht.

(1) Die feste Vergütung sollte nach der nachvollziehbaren Darstellung der Vertragsparteien eine wirtschaftliche Unsicherheit für den Beigeladenen zu 1), der in der Anfangsphase seiner Tätigkeit durch den Aufbau von Strukturen erheblich in Vorleistung gegangen war, vermeiden; dieser Absicherung bedurfte es augenscheinlich für den gesamten noch streitigen Zeitraum.

(2) Die vom Beigeladenen zu 1) benannten, von ihm zu tragenden Aufwendungen, die mit der festen Vergütung abgegolten waren, fielen nach den obigen Berechnungen nicht entscheidend ins Gewicht. Insbesondere aber standen diesem Verlustrisiko trotz entsprechender Freiheiten bei der Arbeitsgestaltung keine entsprechende Gewinnchancen gegenüber (zu diesem Erfordernis: Senat, Urteil vom 10. Juli 2013 – L 9 KR 302/11 –, juris, m.w.N.). Die o.g. (schriftlichen und mündlichen) vertraglichen Vereinbarungen erlaubten es dem Beigeladenen zu 1) gerade nicht, eine höhere Vergütung bei höherem Arbeitseinsatz zu erzielen. Indem die Vertragsparteien für den Fall, dass der Zeitaufwand von 80 Stunden monatlich durch die Übernahme zusätzlicher Aufgaben nachweislich überschritten wird, "für jede weitere Arbeitsstunde ein Honorar von EUR.— (zuzüglich jeweiliger gesetzlicher Mehrwertsteuer)" vorgesehen haben, haben sie hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Mehrarbeit gerade nicht zusätzlich vergütet werden sollte.

(3) Im übrigen liegt das typische unternehmerische Risiko eines Spielervermittlers darin, dass er mit umfangreicher Sichtung, Erfahrungswissen bei der Einschätzung des Entwicklungspotenzials eines Sportlers sowie diversen Vermittlungstätigkeiten ohne Erfolgsgarantie in Vorleistung geht, um dann eine von der Höhe des Arbeitsentgelts des vermittelten Spielers abhängige Provision zu erhalten (§ 2 der Verordnung über die Zulässigkeit der

DOK 311.01

Vereinbarung von Vergütungen von privaten Vermittlern mit Angehörigen bestimmter Berufe und Personengruppen (VermittlVergütVO); vgl. SG Berlin, Urteil vom 6. Juli 2011 - S 36 KR 183/10 -, bestätigt durch LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 4. Mai 2012 - L 1 KR 226/11-, beide unveröff.). Dieses Vergütungsmodell haben die Klägerin und der Beigeladene zu 1) – nach eigenem Bekunden zu dessen finanzieller Absicherung (s.o.) – gerade nicht gewählt.

dd. Der Beigeladene zu 1) war verpflichtet, die vertraglich geschuldete Leistung in (eigener) Person zu erbringen. § 613 Satz 1 BGB ist im o.g. Vertrag gerade nicht ausgeschlossen worden.

b. Für die Zuordnung zum Typus des Selbständigen sprechen dagegen lediglich gewisse Freiheiten des Beigeladenen zu 1) bei der Ausübung der Tätigkeit und der Umstand, dass die Vertragsparteien nach § 10 VfM einen "Anstellungsvertrag" ausdrücklich nicht schließen wollten. Diesen Umständen kommt allerdings im Rahmen der Abwägung insgesamt nur geringes Gewicht zu.

D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. §§ 154 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und entspricht dem Ergebnis des Rechtsstreites. Hierbei ist berücksichtigt, dass die Beklagte im Laufe des Rechtsstreit hinsichtlich des streitgegenständlichen Zeitraums nicht unwesentlich nachgegeben hat.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil Gründe hierfür (§ 160 Abs. 2 SGG) nicht vorliegen.