

L 5 KR 3629/12

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

5

1. Instanz

SG Karlsruhe (BWB)

Aktenzeichen

S 2 KR 5083/10

Datum

21.03.2012

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 5 KR 3629/12

Datum

22.04.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 21.03.2012 werden zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die versicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Klägers als Solo-Kontrabassist im S. Sinfonieorchester B.-B. - F. im Zeitraum vom 01.09.1988 bis zum 31.01.2010.

Der 1945 geborene Kläger war 1985 vom Land N. als Hochschullehrer an der Musikhochschule des Rh. in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit berufen worden. Seit 1991 war er als Professor an der Staatlichen Musikhochschule K., ferner auch als Professor an der Musikhochschule in B. tätig. Er unterrichtete im Fach Kontrabass und Kammermusik. Im streitgegenständlichen Zeitraum gab er zudem Schülern und Studenten privaten Einzelunterricht. Daneben gab er u.a. als Mitglied im sog. "T. B." und im Ensemble "C. G." im In- und Ausland Konzerte für diverse Auftraggeber. Des Weiteren bestand eine Dozentur in San S. Sp. und bei der Villa M. in M. Schließlich arbeitete er als Solo-Kontrabassist im S. Sinfonie-Orchester B.-B. - F. ...

Am 08.03.2002 beantragte er bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status hinsichtlich seiner Tätigkeit im S. Sinfonieorchester. Er machte geltend, diese Tätigkeit nehme im Vergleich zu seinen anderen beruflichen Aktivitäten einen verhältnismäßig geringen zeitlichen Umfang ein. Angesichts seiner vielfältigen anderen Aufgaben spreche er die Einzeleinsätze mit dem weiteren, für das S. Sinfonieorchester tätigen Solo-Bassisten für ca. ein Jahr im Voraus ab. Es stehe ihm frei, von Leistungen Abstand zu nehmen, eine Aushilfe zu bestellen und diese zu vergüten, wenn er selbst einen Termin nicht wahrnehmen könne. Er könne nicht einseitig, beispielsweise durch Aufstellung von Dienstplänen, seitens des S. zur Arbeit herangezogen werden. Die bestehenden Bindungen seien gerade nicht Ausfluss eines einseitigen Direktionsrechts, sondern ergäben sich aus vertraglichen Vereinbarungen. Mit dem S. stimme er überein, dass er als freier Mitarbeiter tätig werde. Sein unternehmerisches Risiko ergebe sich daraus, dass er selbst über Art und Umfang und zeitliche Inanspruchnahme entscheiden könne und im Hinblick auf seine anderen künstlerischen Tätigkeiten selbst darüber befinden könne, welche Tätigkeit den Vorrang habe.

Nach der vertraglichen Vereinbarung mit dem S. vom 06.05.1988 war die Tätigkeit des Klägers als Solo-Bassist im Sinfonieorchester des Südwestfunks ab dem 01.09.1988 als genehmigte Nebentätigkeit in Form der freien Mitarbeit vereinbart worden. Der Kläger übernahm die auf einen von zwei Solo-Bassisten jeweils entfallenden Verpflichtungen, wozu auch die Vertretung des anderen Solo-Bassisten im Krankheitsfall bis zu 14 Tagen gehörte, soweit er nicht schon durch anderweitige Verpflichtungen daran gehindert war. Als Entgelt war ein jährliches Pauschalhonorar, zahlbar in elf Monatsraten zuzüglich einer Nebenkostenpauschale für Urlaubsgeld, Kleidergeld, Instrumentengeld, Essenszuschuss sowie Fahrtkosten zwischen Wohnort und Dienststätte vereinbart worden. Sofern der Kläger über einen längeren Zeitraum als 1 Monat seine geschuldete Leistung nicht erbringen könne, entfalle das vereinbarte Honorar anteilig. Sonderleistungen und Reisekosten für Dienstreisen wurden ihm wie den Mitgliedern des Sinfonieorchesters gewährt.

Mit Stellungnahme vom 29.08.2003 teilte der S. mit, der Kläger nehme als Solo-Bassist eine herausragende Stellung im Sinfonieorchester des S. ein. Durch seine Solistenstellung präge er die künstlerische Qualität der Orchesteraufführung und wirke deshalb programmgestaltend mit. Aufgrund der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.01.1982 bestehe daher ein Wahlrecht in der Beschäftigungsform. Der Kläger werde als freier Mitarbeiter beschäftigt. Die BfA habe im Rahmen einer Betriebsprüfung im Jahr 2001 für den ersten Cellisten und

Stimmführer des S.-Rundfunkorchesters entschieden, dass unter Anerkennung der programmgestaltenden Tätigkeit und der Tatsache, dass dem Musiker kein sozialer Schutz vorenthalten werde, Sozialversicherungspflicht nicht bestehe. Seit 01.09.1988 seien Sozialversicherungsbeiträge für den Kläger einbehalten worden. Sollte seit dieser Zeit eine selbständige Tätigkeit vorgelegen haben, sei beabsichtigt, die Rückzahlung dieser Beträge zu beantragen.

Mit Bescheid vom 17.10.2003 stellte die Beklagte nach erfolgter Anhörung fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Solo-Bassist im Sinfonieorchester des S. seit 01.09.1988 im Rahmen eines abhängigen und dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Der zuständigen Einzugsstelle seien ab diesem Zeitpunkt Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung gemeldet und gezahlt worden. Ungeachtet der sozialversicherungsfreien Tätigkeit als Beamter unterliege eine daneben ausgeübte Beschäftigung grundsätzlich der Versicherungspflicht.

Einen dagegen am 07.11.2003 erhobenen Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 23.01.2007 zurück. Im anschließenden Klageverfahren vor dem Sozialgericht Karlsruhe (S 2 KR 3295/07) einigten sich die Beteiligten vergleichsweise dahingehend, dass der Bescheid vom 17.10.2003 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.01.2007 aufgehoben wurde und die Beklagte mit erneutem Bescheid nicht nur zum Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, sondern auch zur Versicherungspflicht in den einzelnen Versicherungszweigen entscheiden sollte.

Die Beklagte forderte daraufhin weitere Informationen beim S. und beim Kläger an. Nach Auskunft des S. könne der Kläger zu bis zu 60 % des Gesamtdienstes herangezogen werden. Er teile dem Orchesterbüro die Einteilung, die er in Abstimmung mit seinem Kollegen vorgenommen habe, mit. Der Orchestermanager lege den Dienstplan und die Arbeitszeiten fest. Im Falle einer Verhinderung werde ein Ersatz für den Kläger engagiert. Die Vergütung der Ersatzkraft werde ihm berechnet. Der Kläger führte ergänzend aus, dass von ihm hinsichtlich der Proben, der Produktions- und Konzerttage eine künstlerisch konstruktive Umsetzung vorausgesetzt werde. Er müsse im Übrigen im Rahmen dieser künstlerischen Tätigkeiten den Angehörigen der sog. Kontrabass-Gruppe Hinweise geben für die bestmögliche kreative Umsetzung des jeweils in Rede stehenden musikalischen Geschehens, die Mittel dazu erläutern und gegenüber der Gruppe als Solist auch vorführen, um im Ablauf der Probe einen vollen Einklang mit den Streichern und dem Orchester zu erreichen. Als Solo-Bassist müsse er führen und von Fall zu Fall entsprechende Vorkehrungen und Entscheidungen treffen, um durch Umsetzung von Impulsen zu einem hochwertigen Musikwerk zu verhelfen.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 03.05.2010 fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Solo-Bassist beim S. seit dem 01.09.1988 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde und Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung bestehe.

Der Kläger erhob am 20.05.2010 erneut Widerspruch. Entgegen den Feststellungen der Beklagten sei er überregional bekannt und wirtschaftlich unabhängig. Er verfüge über umfängliche Einkünfte aus unterschiedlichen Auftragsverhältnissen. Eine Eingliederung in den Betrieb des S. liege nicht vor. Die Behauptung, es würden Weisungen zur Art und Weise der Tätigkeit erteilt, verkenne die Besonderheiten künstlerischer Tätigkeit.

Mit Bescheid vom 14.07.2010 änderte die Beklagte den Bescheid vom 03.05.2010 dahingehend ab, dass für den Kläger in der ausgeübten Beschäftigung als Solo-Bassist seit dem 01.09.1988 Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Keine Versicherungspflicht bestehe in der Pflegeversicherung. Hinsichtlich der Krankenversicherung bestehe Versicherungsfreiheit. Ab dem 01.02.2010 bestehe ebenfalls Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Rentenversicherung und in der Arbeitslosenversicherung. Mit Schreiben ebenfalls vom 14.07.2010 an den Bevollmächtigten des Klägers wies die Beklagte darauf hin, dass der Kläger seit dem 01.02.2010 Regelaltersrente beziehe, so dass eine Erstattung der bis zum 31.01.2010 gezahlten Beiträge zur Rentenversicherung aufgrund von [§ 26 Abs. 2 SGB IV](#) nicht in Betracht komme.

Mit Widerspruchsbescheid vom 01.11.2010 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Für eine abhängige Beschäftigung des Klägers spreche, dass er aufgrund der vertraglichen Vereinbarung mit dem S. zur Leistung des versprochenen Dienstes als Solo-Bassist verpflichtet sei und daher vom S. entsprechend zur Arbeitsleistung herangezogen werden könne. Die monatlich pauschale Entlohnung lasse kein unternehmerisches Risiko erkennen. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Termine des Sinfonieorchesters des S. nicht durch den Kläger disponiert werden könnten und auch nicht aus Rücksicht auf die Person des Klägers abgesagt oder verändert werden könnten. Dass die Termine für die Teilnahme des Klägers mit seinem Einvernehmen disponiert würden, hebe daher nicht seine Verpflichtung zur Dienstleistung auf. Weiterhin werde vom S. aufgrund der Höhe und der Regelmäßigkeit des gezahlten Honorars ein gewisser Umfang der Mitwirkung des Klägers erwartet. Der Kläger sei auch örtlich und zeitlich weisungsgebunden, da Ort und Dauer der Proben, der Produktionen und der öffentlichen Auftritte vorgegeben seien. Die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Sinfonieorchesters sei gegeben, da der Kläger als Teil des Orchesters an Proben, Produktionen und öffentlichen Auftritten als Mitglied des Sinfonieorchesters in Erscheinung trete. Überdies würden seit Beginn der Tätigkeit des Klägers die entsprechenden Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt, mithin das Vertragsverhältnis tatsächlich als sozialversicherungspflichtig geführt. Es sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen nach ca. 14 Jahren der gelebten Beschäftigung eine selbständige Tätigkeit ausgeübt worden sein solle. Der Bescheid vom 14.07.2010 sei Gegenstand des Widerspruchsverfahrens geworden. Einwendungen dagegen seien nicht erhoben worden.

Am 02.12.2010 erhob der Kläger erneut Klage zum Sozialgericht Karlsruhe. Er berief sich auf die im vorangegangenen Klageverfahren vorgebrachten Argumente und ließ ergänzend vortragen, er verrichte verschiedene Tätigkeiten für unterschiedliche Auftraggeber, was seine Selbständigkeit verdeutliche. Er sei weder wirtschaftlich noch persönlich vom S. abhängig. Es bestehe keine Eingliederung in den Betrieb des S., Arbeits- und Anwesenheitszeiten könne der Kläger in der bereits beschriebenen Art und Weise frei vereinbaren. Dass ein Mitwirkender im Orchester auch an Proben und Aufführungen auftrags- und vereinbarungsgemäß teilnehme und der Ort der Tätigkeit vom Auftraggeber vorgegeben werde, sei Teil und Inhalt des freien Rechtsverhältnisses und spreche nicht gegen eine selbständige Tätigkeit. Der Kläger sei überregional bekannt, wirtschaftlich unabhängig und nehme als herausragender Solist Einfluss auf die künstlerische Gestaltung des Musikstücks. Der Kläger begehre des Weiteren Auskunft über die Höhe der für seine Tätigkeit beim S. entrichteten Sozialversicherungsbeiträge und die Erstattung dieser durch die Beklagte.

Mit Urteil vom 21.03.2012 wies das Sozialgericht die Klage ab. Der Kläger habe als Solobassist beim S. Sinfonieorchester in der Zeit vom

01.09.1988 bis 31.01.2010 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen. Grundsätzlich könne ein Künstler sowohl abhängig beschäftigt als auch selbständig tätig sein (vgl. BSG, Urteil vom 22.06.1972 - [12/3 RK 82/68](#) -; BSG, Urteil vom 26.02.1983 - [12 RK 26/81](#)). Ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung von Musikern in Orchestern sei, ob sie vertraglich verpflichtet seien, an festgelegten Proben teilzunehmen, ob sie eine im Voraus festgesetzte Gage bekämen, ob sie auf die Vertragsverhandlungen mit dem Veranstalter bzw. die Programmgestaltung und die Programmdurchführung Einfluss hätten und in wieweit sie an der musikalisch-künstlerischen Gestaltung mitbeteiligt würden (vgl. BSG, Urteil vom 04.04.1979 - [12 RK 37/99](#) -; Landessozialgericht Saarland, Urteil vom 11.08.1980 - [L 1 K 10/80](#) -; Sozialgericht Gelsenkirchen, Urteil vom 30.01.1986 - [S 17 KR 55/85](#) -). Bei der Tätigkeit des Klägers im Zeitraum vom 01.09.1988 bis 31.01.2010 würden die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung überwiegen. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche die Befugnis des Beigeladenen zu 1), die Arbeitskraft des Klägers in Anspruch zu nehmen. Der Kläger habe sich vertraglich verpflichtet, im Sinfonieorchester und den dazugehörigen Proben mitzuwirken, wobei er alternierend zu einem weiteren Solo-Bassisten zum Einsatz komme. Aus dem Umstand, dass ein jährliches Pauschalhonorar zwischen den Vertragsparteien vereinbart worden sei und nur ein weiterer Solobassist verfügbar sei, werde hinreichend ersichtlich, dass die Vertragsparteien von einem regelmäßigen Tätigwerden des Klägers bei ca. 50 % der Einsätze des Orchesters ausgegangen seien. Hierfür spreche auch die schriftliche Auskunft des Beigeladenen zu 1) vom 20.01.2010 an die Beklagte, wonach der Kläger sich mit seinem Kollegen die anfallenden Orchesterarbeitstage teile (in der Regel ca. 210 Arbeitstage). Zwar habe sich der Kläger im Einzelnen aushandeln können, an welchen Einsätzen des Orchesters er teilnehme, und damit hinsichtlich der Einteilung seiner Arbeitszeit größere Freiheiten genossen. Angesichts der vertraglichen Verpflichtung zur Teilnahme an 50 % der Einsätze des Orchesters sei dies aber nicht von überragender Bedeutung. Anders als ein Selbständiger habe der Kläger im streitigen Zeitraum gerade nicht die Freiheit gehabt, nach eigenem Gutdünken seine Teilnahme an Einsätzen des S.-Orchesters zu- oder abzusagen und stattdessen für andere Orchester tätig zu werden. Aufgrund der vertraglichen Vereinbarung habe der Beigeladene zu 1) die Teilnahme des Klägers vielmehr an 50 % der Orchestereinsätze verlangen und die Arbeitskraft des Klägers in diesem Umfang heranziehen können. Ferner habe der Kläger eine im Voraus festgesetzte Vergütung erhalten. Das wirtschaftliche Risiko der Einsätze habe der Beigeladene zu 1) getragen. Der Kläger sei hinsichtlich der Vergütung den abhängig beschäftigten Orchestermitgliedern weitestgehend gleichgestellt gewesen. Das ihm gezahlte jährliche Pauschalhonorar sei bei tariflichen Erhöhungen der Vergütungen für die Mitglieder des S.-Orchesters entsprechend erhöht worden. Der Kläger habe zusätzlich eine Nebenkostenpauschale für Urlaubsgeld, Kleidergeld, Instrumentengeld, Essenszuschuss sowie für die Fahrtkosten zwischen Wohnort und Dienststelle erhalten. Bei Sonderleistungen nach TZ 0541 OTV habe er zusätzliche Vergütungen wie die Mitglieder des S.-Orchesters erhalten, ebenso Ersatz für Reisekosten bei Dienstreisen mit dem Orchester wie die Mitglieder des S.-Orchesters. Für ein freies Mitarbeiterverhältnis spreche lediglich, dass der Kläger im Falle seiner Verhinderung zu Einsätzen des Orchesters kostenpflichtig Ersatz habe stellen müssen bzw. die Kosten für eine durch den Beigeladenen zu 1) engagierte Vertretung zu tragen gehabt habe. Das damit einhergehende gewisse wirtschaftliche Risiko sei jedoch vorliegend allein nicht entscheidend, sondern - wie alle anderen Gesichtspunkte - im Rahmen des Gesamtbildes der Tätigkeit zu würdigen. Im Rahmen der zu treffenden Gesamtabwägung sprächen insbesondere die bestehenden Weisungsbefugnisse für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung des Klägers. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 04.04.1979 - [12 RK 37/77](#)) habe der Beigeladene zu 1) die Freiheit, Ort, Zeit und Auswahl der Darbietung in den Vertragsverhandlungen mit den Veranstaltern auch für den Kläger und damit im Verhältnis zu ihm einseitig festzulegen. Für die Einordnung der Tätigkeit eines Orchestermusikers als freie Mitarbeit oder abhängige Beschäftigung sei ausschlaggebend, wem das Recht zustehe, die Einzelheiten zu bestimmen, so z.B. den Umfang der Proben, die Art der Anreise sowie Art und Ort der Unterbringung, die Auswahl der Musikstücke und die Art des Arrangements und sonstige Details des äußeren Auftretens und der Durchführung. Nur wenn in diesen Bereichen dem Musiker die Bestimmung selbst zugestanden habe oder die erforderlichen Entscheidungen im Einvernehmen aller zu treffen seien, sei auf ein freies Mitarbeiterverhältnis zu schließen. Wenn bereits eine vertragliche Bindung an die Abschlüsse des Beigeladenen zu 1) mit den Veranstaltern oder Produzenten bestehe, so müsse wenigstens im Bereich der Durchführung noch für den einzelnen Musiker eine Einflussmöglichkeit vorhanden sein. Sei dies nicht der Fall, so liege eine völlige Unterwerfung unter die Entscheidungen des Beigeladenen zu 1) vor, die nur als abhängiges Beschäftigungsverhältnis angesehen werden könne (vgl. BSG a.a.O.). Der Kläger habe ganz überwiegend keinen Einfluss auf die Programmgestaltung, die Programmdurchführung, Ort, Umfang und Art der Proben sowie die sonstigen Begleitumstände. Der Kläger habe zwar aufgrund seiner Fachkompetenz auf die Programmgestaltung bedingt Einfluss nehmen können, indem er seinen Vorstellungen entsprechende Vorschläge mit Nachdruck dem jeweiligen Entscheidungsträger unterbreiten konnte. So es ihm neben seiner konstruktiven Mitwirkung bei der Interpretation der Musikstücke beispielsweise in der Vergangenheit gelungen, einen Paukisten auf eine andere Stelle des Orchesters zu setzen, da dort der Klang besser gewesen sei. Die Entscheidungskompetenz hinsichtlich der künstlerischen Darbietung des S.-Orchesters habe ihm dennoch nicht oblegen. Sein Recht, seine Anreise und die Unterbringung bei Einsätzen des Orchesters selbst zu organisieren, trete als Indiz für eine selbständige Tätigkeit im Verhältnis zu den übrigen, in der Entscheidungskompetenz des Beigeladenen zu 1) gelegenen Umständen der Programmgestaltung und -durchführung sowie der sonstigen Begleitumstände bei den jeweiligen Einsätzen des Orchesters zurück. Dass der Kläger als in Fachkreisen anerkannter Musiker und aufgrund seiner Stellung im Orchester nicht unwesentlich Einfluss auf die Ausgestaltung der Musikstücke habe nehmen können, führe zu keinem anderem Ergebnis. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. z.B. Urteil vom 18.12.2001 - [B 12 KR 8/01](#); Urteil vom 14.12.1999 - [B 2 U 48/98 R](#)) könne das Weisungsrecht vornehmlich bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn jemand nur in den Betrieb eingegliedert sei. Aus der Art der (künstlerischen) Beschäftigung ergebe sich hier, dass keine strikte Weisung möglich sei. Grundsätzlich müsse sich jeder einzelne Musiker - wie vorliegend auch der Kläger - bei der Tätigkeit in einem Orchester bereits aus der Natur der Sache heraus den Anweisungen des Dirigenten unterwerfen. Sofern das darzubietende Musikstück Raum für die eigene künstlerische Ausgestaltung und Interpretation zugelassen habe, handele es sich um eine solche Ausübung von sog. Diensten höherer Art, die in diesem Fall das Weisungsrecht des Dirigenten bzw. Arbeitgebers zurückdrängten. Eine selbständige Tätigkeit könne hieraus jedoch nicht hergeleitet werden.

Maßgeblich für eine selbständige Tätigkeit sei auch nicht, dass es sich um eine Tätigkeit im Bereich von Funk und Fernsehen gehandelt habe. Die höchstrichterliche Rechtsprechung stelle insoweit auf die Unterscheidung zwischen programmgestaltender Tätigkeit einerseits und rundfunk- bzw. fernsehtypischer Mitarbeit an Sendungen andererseits ab (BSG, Urteil vom 03.12.1998 - [B 7 AL 108/97 R](#); BAG, Urteil vom 11.03.1998 - [5 AZR 522/96](#) = [NZA 1998, 705](#) ff; BAG, Urteil vom 22.04.1998 - [5 AZR 342/97](#) = [NZA 1998, 1336](#) ff). Programmgestaltende Mitarbeiter seien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes namentlich Regisseure, Moderatoren, Kommentatoren, Wissenschaftler und Künstler, deren Tätigkeit dadurch gekennzeichnet sei, dass sie typischer Weise ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen und anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendungen einbringen würden. Bei diesen Rundfunkmitarbeitern stehe der Einfluss auf den gedanklichen Inhalt der einzelnen Sendungen im Vordergrund im Sinne einer journalistisch-schöpferischen und künstlerischen Tätigkeit

(BVerfG, Beschluss vom 13.01.1982- [1 BvR 848/77](#) u. a., a.a.O.; BAG, Urteil vom 19.01.2000 - [5 AZR 644/98](#) = [BAGE 93, 218](#), 224). Offenbleiben könne, ob der Kläger gemessen an diesen Kriterien als programmgestaltender Mitarbeiter im streitgegenständlichen Zeitraum tätig geworden sei, denn den Gerichten sei durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 13.01.1982 kein modifizierter Prüfungsmaßstab für die Frage, ob ein Mitarbeiter als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter zu beurteilen sei, auferlegt worden (vergleiche BAG, Urteil vom 30.11.1994 - [5 AZR 704/93](#) = [NZA 1995, 622](#) ff. m.w.N.). Vielmehr werde weiter an den Grundsatz angeknüpft, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abhängt (vergleiche BAG, Urteil vom 30.11.1994, [a.a.O.](#)). Bezogen auf den Rundfunk- und Fernsehbereich gehe die höchstrichterliche Rechtsprechung davon aus, dass selbst programmgestaltende Mitarbeit abhängig von den Einzelfallumständen sowohl im Rahmen freien Mitarbeiterverhältnissen als auch von Arbeitsverhältnissen erbracht werden könne (vergleiche BAG, Urteil vom 11.03.1998 m.w.N.). Der Kläger sei demnach im streitigen Zeitraum versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und im Bereich der Arbeitsförderung gewesen. Die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung habe wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht bestanden.

Die Anträge des Klägers auf Auskunftserteilung, in welcher Höhe und zu welchen Zeitpunkten der Beigeladene zu 1) Sozialversicherungsbeiträge an die Beklagte entrichtet habe, und auf Rückerstattung der seit 01.09.1988 gezahlten Sozialversicherungsbeiträge seien unzulässig. Hinsichtlich des Auskunftsbegehrens fehle es an einer rechtlichen Beschwerde des Klägers ([§ 54 Abs. 2 SGG](#)). Die Beklagte habe im Klageverfahren mitgeteilt, dass entsprechende Auskünfte von ihr nicht erteilt werden könnten, da ihr die hierzu notwendigen Informationen nicht vorlägen. Im Rentenkonto seien lediglich die gezahlten Entgelte, aber nicht die an die Einzugsstelle abgeführten Sozialversicherungsbeiträge gespeichert. Ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Erteilung einer aus der Sicht des Anspruchstellers "objektiv richtigen" Rechtsauskunft bestehe nicht (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts vom 20.12.2001 - [B 4 RA 50/01 R](#)). Die allgemeine Leistungsklage sei somit unzulässig. Hinsichtlich der Rückerstattung der geleisteten Sozialversicherungsbeiträge im streitigen Zeitraum fehle es an einer vorausgehenden Verwaltungsentscheidung der Beklagten.

Gegen das dem Beigeladenen zu 1) am 30.07.2012 zugestellte Urteil hat dieser am 27.08.2012 Berufung eingelegt. Er beruft sich auf die in [Art. 5 GG](#) geschützte Rundfunkfreiheit, die hinsichtlich der hier zu beurteilenden Tätigkeit dazu führe, dass eine modifizierte Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung vorzunehmen sei. Unter Berücksichtigung der vom Bundesarbeitsgericht (BAG) entwickelten Grundsätze sei bei Anwendung des allgemeinen Arbeitnehmerbegriffs im Bereich der programmgestaltenden Tätigkeit mit Blick auf [Art. 5 GG](#) Zurückhaltung auszuüben. Ausgehend von dem vom BAG entwickelten rundfunkspezifischen Arbeitnehmerbegriff gebiete es die Rundfunkfreiheit, auch im Fall der einseitigen Verfügung der Rundfunkanstalt über die Arbeitskraft des Mitarbeiters, diesen nicht als Arbeitnehmer anzusehen, soweit der Mitarbeiter in sozialen Belangen einem Arbeitnehmer vergleichbar abgesichert sei. Das Sozialgericht habe ferner die Anforderungen an eine programmgestaltende Tätigkeit verkannt. Eine programmgestaltende Mitarbeit bestehe nicht nur in der Auswahl der Stücke und der Arrangements. Auch die darstellend-interpretatorische Leistung von Musikern eines Orchesters sei als programmgestaltende Tätigkeit anerkannt, soweit der Musiker durch seine Stellung im Orchester bestimmenden Einfluss auf die Darbietung habe. So habe das Bundesarbeitsgericht im Fall eines Solohornisten dessen Tendenzträgerschaft (im Rundfunkbereich: programmgestaltende Tätigkeit) unter dem Hinweis auf die prägende Aufgabe bei der musikalischen Interpretation bejaht (BAG [NJW 1983, 1221](#) (1221)). Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) habe in seinem Urteil vom 18.01.1982 ([BVerfGE 59, 231](#) ff) für Orchestermusiker in leitender Position ebenfalls einen wesentlichen inhaltlich prägenden Einfluss angenommen. Der Kläger gehöre als Solo-Bassist also zur Gruppe der programmgestaltenden Orchestermitglieder. Hinsichtlich der statusrechtlichen Beurteilung seiner Tätigkeit würden daher nicht die allgemeinen, sondern die durch die verfassungsbestimmte Wahlfreiheit modifizierten Regeln gelten. Und nach diesen sei der Kläger als Selbständiger anzusehen, weil die Beigeladene zu 1) nicht einseitig über seine Arbeitsleistung verfügt, sondern die Einsatztermine mit dem Kläger jeweils einzeln abgestimmt habe. Das Sozialgericht habe den Begriff der persönlichen Abhängigkeit nicht richtig angewendet. Käme es wirklich darauf an, ob ein Orchestermusiker hinsichtlich der Veranstaltungstermine, der Veranstaltungsorte und der Auswahl des Programms ein Mitspracherecht habe, könne es in einem Kulturorchester überhaupt keine selbständig tätigen Künstler geben. Das widerspreche nicht nur dem Selbstverständnis der verpflichteten Dirigenten und Solisten. Es liege in der Natur der Sache, dass bei einem Orchesterkonzert das Orchestermanagement und nicht die auftretenden Künstler den Spielplan und die Spielorte festlegten. Der Spielplan werde mit so viel Vorlauf erstellt, dass bei der Verpflichtung der Künstler auf die konkreten Termine bereits feststehe, wo der Auftritt stattfinden solle und welches Programm gespielt werde. Der Solist müsse das Engagement nicht annehmen, wenn er damit nicht einverstanden sei, auch wenn er sich dem Grunde nach zu einer Mitwirkung verpflichtet habe und hierfür ein Pauschalhonorar erhalte. In diesem Fall werde eben auf seine Kosten ein Ersatz beschafft. Die Bestimmung von Zeit, Ort und Inhalt des Konzerts sei nicht maßgeblich für die Frage, ob ein Musiker selbständig sei oder nicht.

Der Kläger hat am 30.08.2012 ebenfalls Berufung eingelegt. Auch er macht geltend, dass das Sozialgericht nicht hinreichend berücksichtigt habe, dass er selbständig und einvernehmlich seine Einsätze habe "aushandeln", also vereinbaren können. Ebenfalls gegen die abhängige Beschäftigung spreche, dass er auch Mitarbeiter für sich habe einsetzen können, also durchaus imstande gewesen sei und davon auch Gebrauch gemacht habe, eigene Mitarbeiter an seiner Stelle hinzuzuziehen und tätig werden zu lassen. Das Sozialgericht habe die für eine freie Tätigkeit sprechenden Argumente eher bagatellisiert und so gering bewertet, dass letztlich das Urteil insoweit durch bestimmte Annahmen vorgezeichnet gewesen sei. Das Sozialgericht habe im Übrigen Zweifel geäußert, ob der Kläger programmgestaltender Mitarbeiter gewesen sei. In diesem Punkte scheine das Sozialgericht jedenfalls von der Rechtsprechung des BAG und des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich abzuweichen. Es habe dann aber letztlich diese Frage, die zumindest bei der höchstrichterlichen Rechtsprechung große Bedeutung finde, zu Unrecht offen gelassen. Hinsichtlich programmgestaltender Mitarbeit dürfe eine Anstalt wählen, ob sie einen Mitarbeiter als freien Mitarbeiter beschäftige. Der Beigeladene zu 1) habe gleichfalls eine selbständige Tätigkeit und nicht eine persönliche Abhängigkeit angenommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 21.03.2012 sowie den Bescheid der Beklagten vom 03.05.2010 in der Fassung des Bescheides vom 14.07.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.11.2010 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen festzustellen, dass seine Tätigkeit als Solobassist beim S. Sinfonieorchester in der Zeit vom 01.09.1988 bis 31.01.2010 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag, und die Beklagte zu verurteilen, ihm Auskunft zu erteilen, in welcher Höhe und zu welchen Zeitpunkten jeweils der S. und er Beiträge an die Beklagte entrichtet haben, sowie die Beklagte zu verurteilen, die von ihm seit 01.09.1988 erhaltenen Versicherungsbeiträge an ihn zurückzuzahlen.

Der Beigeladene zu 1) hat schriftsätzlich beantragt (sachdienlich gefasst),

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 21.03.2012 sowie den Bescheid der Beklagten vom 03.05.2010 in der Fassung des Bescheides vom 14.07.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.11.2010 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen festzustellen, dass die Tätigkeit des Klägers als Solobassist beim S. Sinfonieorchester in der Zeit vom 01.09.1988 bis 31.01.2010 nicht der Versicherungsspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufungen zurückzuweisen.

Der Beigeladene zu 2) hat keinen Antrag gestellt.

Die Beklagte verweist auf die aus ihrer Sicht zutreffenden Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils und ihren bisherigen Vortrag. Ergänzend führt sie aus, gastspielverpflichtete Künstler einschließlich Instrumentalsolisten könnten selbständig tätig sein, wenn sie nur gelegentlich an einer Aufführung mitwirkten und keine regelmäßige Probenverpflichtung bestehe. Anders als ein gastspielverpflichteter Künstler habe der Kläger nicht die Freiheit besessen, nach eigenem Gutdünken seine Teilnahme an Einsätzen des S.-Orchesters zu- oder abzusagen. Der Beigeladene zu 1) habe bei in der Regel 210 Arbeitstagen eine Teilnahme an 50 % der Orchestereinsätze inklusive Proben verlangen können. Diese Verpflichtung schränke die Freiheit des Klägers, darüber zu verhandeln, wann diese Einsätze stattfinden würden, so wesentlich ein, dass eine abhängige Beschäftigung angenommen werden müsse. Auf die Frage einer programmgestaltenden Tätigkeit komme es angesichts der erwarteten Dienstbereitschaft von 50 % nicht an.

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

Entscheidungsgründe:

Die Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1) sind gem. [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne Zulassung durch das Sozialgericht statthaft und auch sonst zulässig.

Sie sind aber nicht begründet.

I.

Dem Kläger sowie dem Beigeladenen zu 1) fehlt das Rechtsschutzbedürfnis als zwingend notwendige Prozessvoraussetzung für die streitgegenständliche Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt dann, wenn das angestrebte Urteil die rechtliche oder wirtschaftliche Stellung des Klägers bzw. des Rechtsmittelführers nicht verbessern würde, ihm also keinen erkennbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil verschaffen würde (Mayer-Ladewig, SGG Kommentar, Vor § 51 RdNr. 16a m.w.N.). Das Rechtsschutzbedürfnis muss zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch vorliegen. Weder für den Kläger noch für den Beigeladenen zu 1) besteht zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats ein erkennbares Rechtsschutzinteresse. Die Statusfeststellung wird für einen in der Vergangenheit liegenden abgeschlossenen Zeitraum begehrt und würde dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1) nur dann noch von Vorteil sein, wenn sich daraus Rückerstattungsansprüche hinsichtlich geleisteter Sozialversicherungsbeiträge ergeben würden. Solche sind aber hinsichtlich der geleisteten Beiträge zur Rentenversicherung aufgrund der Verfallklausel des [§ 26 Abs. 2 SGB IV](#) und hinsichtlich der nach dem Recht der Arbeitsförderung geleisteten Beiträge aufgrund der Verjährungsregelung des [§ 27 Abs. 2 SGB IV](#) entfallen.

1.) Der Kläger bezieht seit dem 01.02.2010 Leistungen aus der Rentenversicherung. Damit greift die sog. Verfallklausel des [§ 26 Abs. 2 Halbs. 1 SGB IV](#), wonach die Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge dann nicht erfolgt, wenn der Versicherungsträger bis zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs aufgrund dieser Beiträge Leistungen erbracht hat. Diese Regelung hat den Zweck, bei einer Fehlversicherung ein Versicherungsverhältnis zu fingieren, wenn der Versicherungsträger Leistungen erbracht hat. Ein so "Versicherter" soll sich, wenn er die Leistungen in Anspruch genommen hat, nicht auf der Beitragsseite so verhalten können, als habe eine Mitgliedschaft nicht vorgelegen, um so mit einem auf die vollen Beiträge gerichteten Erstattungsanspruch jede finanzielle Beteiligung an den Aufwendungen der Versichertengemeinschaft rückgängig zu machen. Dieser Gedanke hat als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Verbot widersprüchlichen Verhaltens = venire contra factum proprium) in der gesetzlichen Regelung seinen Niederschlag gefunden (BSG, Urteil vom 02.02.1999 - [B 2 U 3/98 R](#) - in Juris; [BSGE 68, 264, 267](#) = [SozR 3-2400 § 26 Nr 3](#)). Ein Erstattungsanspruch wurde weder vom Kläger noch vom Beigeladenen zu 1) gegenüber der Einzugsstelle, der Beklagten oder der beigeladenen Bundesagentur für Arbeit geltend gemacht. Der Kläger hat erstmals in seiner Klage vom 02.12.2010 beantragt, die Beklagte zur Rückzahlung der von ihm entrichteten Beiträge zu verurteilen. Selbst wenn darin die wirksame Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs zu sehen wäre, wäre dieser Antrag erst nach Beginn der Rentenzahlung gestellt worden. Die Voraussetzungen des [§ 26 Abs. 2 Halbs. 1 SGB IV](#) liegen damit vor, so dass eine Erstattung der geleisteten Rentenbeiträge im Falle eines Obsiegens des Klägers hinsichtlich der begehrten Feststellung einer selbständigen Tätigkeit und der daraus folgenden fehlenden Sozialversicherungspflicht nicht beansprucht werden könnte. Dies gilt in gleicher Weise für den Beigeladenen zu 1), da der Erstattungsanspruch auch für den Arbeitgeberanteil entfällt, selbst wenn dieser durch die Leistung nicht begünstigt wird (vgl. Seewald in Kassler Kommentar, [§ 26 SGB IV](#), RdNr. 13).

2.) Auch im Hinblick auf eine Rückgewährung der zur Arbeitslosenversicherung entrichteten Beiträge ist die von den Berufungsführern angestrebte Feststellung für sie nicht (mehr) von Vorteil. Denn ein Erstattungsanspruch für die zuletzt bis zum Januar 2010 geleisteten Beiträge unterliegt der vierjährigen Verjährung des [§ 27 Abs. 2 SGB IV](#) und wäre spätestens im Jahr 2014 geltend zu machen gewesen. Weder der Kläger noch der Beigeladene zu 1) haben vorgetragen, einen solchen Erstattungsanspruch gegenüber der Einzugsstelle oder der Beigeladenen zu 2) bisher geltend gemacht zu haben. Auch aus den Akten ist hierzu nichts ersichtlich.

Mangels Rechtsschutzinteresse ist daher die Klage unzulässig geworden, so dass die Berufung unbegründet ist.

II.

Die Berufung wäre aber auch in der Sache nicht begründet.

Auch zur Überzeugung des Senats ist der Kläger in seiner Tätigkeit als Solo-Bassist im Sinfonieorchester des S. im streitgegenständlichen Zeitraum versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung beschäftigt gewesen. Dies hat die Beklagte zutreffend festgestellt.

1.) Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 03.05.2010 in der Fassung des Bescheides vom 14.07.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 01.11.2010 ist formell rechtmäßig.

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. Über den Antrag entscheidet abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) die Beklagte ([§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Der Kläger hat sich für das (fakultative) Anfrageverfahren bei der Beklagten nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) entschieden; ein vorrangiges Verfahren bei der Einzugs- oder der Prüfstelle war nicht eingeleitet worden (zur Verfahrenskonkurrenz etwa Senatsurteile vom 08.06.2011 – [L 5 KR 4009/10](#) und [L 5 R 4078/10](#)). Der angefochtene Bescheid ist hinreichend bestimmt ([§ 33 SGB X](#)) und enthält keine isolierte Feststellung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung.

2.) Der angefochtene Bescheid ist auch materiell rechtmäßig. Der Kläger hat seine Tätigkeit als Solo-Bassist im Rahmen einer sozialversicherungspflichtige Beschäftigung und nicht als selbständige Tätigkeit ausgeübt. Er ist deshalb in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtig. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der (hier allein streitigen) Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs. 1 SGB III](#)).

a.) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) 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 Ur. 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 Ur. 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. Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit (zuletzt z.B. Ur. v. 04.09.2013 – [L 5 R 4751/11](#)).

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 Ur. v. 25.01.2006 – [B 12 KR 30/04 R](#); Ur. v. 19.06.2001 – [B 12 KR 44/00 R](#), m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung vgl. zuletzt BSG Ur. v. 29.08.2012 – [B 12 KR 25/10 R](#)). Die Zuordnung nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbständige 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 (ebenso die Behörde) 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 (so BSG Ur. v. 24.05.2012 – [B 12 KR 14/10 R](#) und – [B 12 KR 24/10 R](#)).

b.) Die genannten Grundsätze gelten auch im Bereich der Rundfunk- und Fernsehanbieter (BSG [SozR 3-5425 § 1 Nr. 5](#); BAG 14.03.2007, [5 AZR 499/06](#), Juris; [BAGE 93, 218](#); [BAGE 78, 343](#)), wobei der verfassungsrechtliche Schutz der Rundfunkfreiheit nach [Art. 5 Abs. 1 S. 2](#) Grundgesetz (GG) zu beachten ist. Es ist von Verfassung wegen aber nicht ausgeschlossen, auch im Rundfunkbereich von den für das Arbeits- und Sozialrecht allgemein entwickelten Merkmalen abhängiger Arbeit auszugehen. Allerdings muss das durch [Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG](#) geschützte Recht der Rundfunkanstalten, frei von fremder Einflussnahme über die Auswahl, Einstellung und Beschäftigung programmgestaltender Mitarbeiter zu bestimmen, angemessen berücksichtigt werden. Das BVerfG hat aber hierzu entschieden, dass nicht von vorneherein ausgeschlossen ist, von den für das Arbeitsrecht allgemein entwickelten Merkmalen abhängiger Arbeit auszugehen. Sofern diese zur Feststellung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses führen und aufgrund der Rundfunkfreiheit im Ergebnis bei Rundfunkmitarbeitern eine andere Beurteilung als sonst geboten ist, so ist diese Modifikation durch die verfassungsrechtliche Lage bedingt und begrenzt. Das BVerfG hat weiter ausdrücklich klargestellt, dass sich diese Modifikation auf andere Rechtsvorschriften, die der sozialen Sicherung der Arbeitnehmer dienen, wie namentlich diejenigen des Sozialversicherungsrechts, nicht erstrecken lässt. Regelungen etwa der Altersversorgung oder des Schutzes bei Krankheit beschränken nicht die Entscheidungsfreiheit der Rundfunkanstalten über die Auswahl,

Einstellung oder Beschäftigung programmgestaltend tätiger Mitarbeiter. Sie werden daher umgekehrt auch nicht durch [Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG](#) berührt, so dass diese Gewährleistung nicht etwa die Bewertung von Rundfunkmitarbeiterverhältnissen als abhängige Beschäftigung ([§ 7 Abs. 1 SGB IV](#)) ausschließt. Das Verfassungsrecht verlange nicht die Wahl zwischen dem Alles des vollen Schutzes der unbefristeten Daueranstellung und dem Nichts des Verzichts auf jeden Sozialschutz. Es stehe nur arbeitsrechtlichen Regelungen und einer Rechtsprechung entgegen, welche den Rundfunkanstalten die zur Erfüllung ihres Programmauftrags notwendige Freiheit und Flexibilität nehmen würden (BVerfG, Beschluss vom 13.01.1982 - [1 BvR 848/77](#) u.a. - in Juris = [BVerfGE 59, 231](#) ff.).

Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG gehören zu den programmgestaltenden Mitarbeitern diejenigen, die typischerweise ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung einbringen, wie dies bei Regisseuren, Moderatoren, Kommentatoren, Wissenschaftlern und Künstlern der Fall ist. Nicht zu den programmgestaltenden Mitarbeitern gehören das betriebstechnische und das Verwaltungspersonal sowie diejenigen, die zwar bei der Verwirklichung des Programms mitwirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss darauf haben (BVerfG, a.a.O. Juris-RdNr. 59 f.). Der künstlerische Rang einer Musikaufführung sei zwar wesentlich für den Inhalt der Sendungen. Als unmittelbar maßgeblich hierfür dürfte aber neben der Tätigkeit von Solisten nur diejenige von Mitgliedern des Orchesters anzusehen sein, denen leitende Funktionen obliegen. (a.a.O. Juris-RdNr. 87). Das BVerfG hat an anderer Stelle weiter ausgeführt, dass die Rundfunkfreiheit bei programmgestaltenden Mitarbeitern nicht stets schon bei der Zuordnung zum Arbeitnehmerbegriff berücksichtigt werden müsse. Dies komme vielmehr nur insoweit in Betracht, als bereits mit der Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses als Arbeitsverhältnis der Schutz aus [Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG](#) versperrt werde. Denkbar sei dies, wenn die verfügbaren Vertragsgestaltungen - wie Teilzeitbeschäftigungs- oder Befristungsabreden - zur Sicherung der Aktualität und Flexibilität der Berichterstattung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht in gleicher Weise geeignet seien wie die Beschäftigung in freier Mitarbeit. Die Frage der Eignung solcher Vertragsgestaltungen lasse sich allerdings nicht abstrakt, sondern nur unter Berücksichtigung der konkret in Rede stehenden publizistischen Aufgabe des jeweiligen Mitarbeiters beantworten. (BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 22.08.2000 - [1 BvR 2121/94](#) -, in Juris, RdNr. 4).

3.) Unter Anwendung dieser Maßstäbe gelangt auch der Senat zu der Einschätzung, dass die vom Kläger im Zeitraum vom 01.09.1988 bis zum 31.01.2010 ausgeübte Tätigkeit im S.-Sinfonieorchester im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erbracht worden ist.

Das Sozialgericht hat im Rahmen einer Gesamtabwägung die entscheidungsrelevanten Merkmale der Tätigkeit, insbesondere die vertraglichen Vereinbarungen zum Umfang und zur Konkretisierung der Einsätze des Klägers, zur Vergütung, die praktizierte Einteilung der Dienste, die Weisungsabhängigkeit einschließlich der künstlerischen Reputation des Klägers, umfassend und zutreffend gewürdigt und ist auf der Grundlage dieser Gesamtwürdigung zu der überzeugenden Einschätzung gelangt, dass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwogen haben. Der Senat teilt diese Einschätzung und nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angegriffenen Urteils Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)). Auch der Senat ist davon überzeugt, dass der Kläger in den Betrieb des Orchesters eingegliedert war, und dass dies maßgeblich für die Bewertung als abhängige Beschäftigung ist. In dem Betreiben eines Orchesters liegt nicht nur ein wirtschaftliches Unternehmen, sondern auch ein Betrieb. Denn auch ein Orchester ist eine organisatorische Zusammenfassung von personellen (Musiker) und sachlichen (Instrumente) Mitteln, mit denen jemand (Orchesterinhaber) fortgesetzt einen arbeitstechnischen Zweck (Musikveranstaltungen) verfolgt (BSG, Urteil vom 04.04.1979 - [12 RK 37/77](#) - in Juris, m.w.N.). Auch in einem künstlerischen Betrieb kann eine Eingliederung vorliegen, wenn etwa der Gegenstand der künstlerischen Darbietung von der Leitung des Theaters bzw. des Orchesters festgelegt wird. In diesem Fall kann das Weisungsrecht der Leitung eines solchen Betriebes, das zwar im Hinblick auf die Erfordernisse der künstlerisch-gestaltenden Tätigkeit verfeinert ist, wegen der Notwendigkeit des Zusammenwirkens im Ensemble über die Festlegung gewisser Eckpunkte der Aufführungen und den groben Inhalt der künstlerischen Tätigkeit der mitwirkenden Künstler hinausgehen (BSG, Urteil vom 20.03.2013 - [B 12 R 13/10 R](#) - in Juris, RdNr. 20 f.). Zutreffend hat das Sozialgericht darauf abgestellt, dass die Festlegung der Proben und Konzerte nach Ort und Zeit durch den Beigeladenen zu 1) erfolgt ist, ohne dass der Kläger darauf Einfluss nehmen konnte. Seine Teilnahme an Proben und Konzerten war - zwar auf der Grundlage individueller Absprache - letztlich mit dem Vorlauf eines Jahres festgelegt. An der Auswahl der Musikstücke war er nicht beteiligt. Seine Einflussnahme als Stimmführer betraf die Ausgestaltung der musikalischen Darbietung in ihren Details, insbesondere in der Verantwortung für die Stimmgruppe der Kontrabassisten, denen er Anleitung zu der vorgesehenen Spielweise geben konnte, um eine Einheitlichkeit innerhalb dieser Stimmgruppe zu gewährleisten. Der von ihm wahrgenommene gestalterische Spielraum ist allerdings im Hinblick auf den gesamten organisatorischen Umfang des Orchesterbetriebs nur von so untergeordneter Bedeutung, dass ein maßgeblicher Einfluss auf Durchführung der Darbietung, der die Tätigkeit als eine selbständige qualifizieren würde, darin nicht zu erkennen ist. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Kläger seinerseits künstlerischen Weisungen des Dirigenten bzw. Orchesterleiters unterlag, denen zwar nicht die Wertigkeit eines arbeitsrechtlichen Direktionsrechts zukommt, da es sich um eine aus der im künstlerischen Bereich bestehenden Sachgesetzlichkeit folgenden notwendigen Leitungsbefugnis handelt (BSG, Urteil vom 04.04.1979, [a.a.O.](#)). Andererseits kann aber auch ein umfangreicherer künstlerischer Gestaltungsspielraum des Einzelnen kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit sein, denn gerade diese Gestaltung ist die Aufgabe eines künstlerisch Tätigen, dem insoweit ein seiner Berufsausbildung und Qualifikation entsprechender Freiraum zugestanden wird, wie dies auch in anderen Branchen und Berufssparten der Fall ist (vgl. hierzu LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.05.2014 - [L 9 KR 314/13](#) - in Juris, RdNr. 39). Dass die Tätigkeit des Klägers aufgrund des ihm zustehenden Einflusses auf die Art und Weise der Darstellung der Orchesterwerke in einer Weise geprägt wäre, dass dies gegenüber seiner Einbindung in die organisatorischen und planerischen Vorgaben des Orchesterbetriebs überwiegen und für eine selbständige Tätigkeit sprechen würde, vermag der Senat nicht festzustellen. Seiner Eingliederung in den Orchesterbetrieb kommt damit das maßgebliche Gewicht bei der Einordnung seiner Tätigkeit als abhängige Beschäftigung bei. Dem entspricht auch die vertraglich festgelegte Pauschalvergütung, die der Wahrnehmung einer festgelegten Anzahl von Orchesterdiensten gegenüberstand. Ein unternehmerisches Risiko im Sinne eines Einsatzes der Arbeitskraft mit ungewissem Erfolg liegt nicht vor. Auch wenn der Einsatz von Ersatzkräften im Falle der Verhinderung des Klägers von diesem zu finanzieren war, gibt dies zu erkennen, dass ihm letztlich ausschließlich für den Einsatz seiner eigenen Arbeitskraft eine Vergütung zustand.

Im Hinblick auf den Vortrag des Klägers und des Beigeladenen zu 1), die sich im Berufungsverfahren insbesondere gegen die vom Sozialgericht geäußerten Zweifel an der programmgestaltenden Funktion des Klägers wenden, ist noch Folgendes auszuführen:

Die verfassungsrechtlich geschätzte Rundfunkfreiheit schließt es nach den oben dargelegten Grundsätzen des BVerfG keinesfalls aus, dass auch die Tätigkeit eines programmgestaltenden Mitarbeiters im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt wird. Maßgeblich sind auch nach der Rechtsprechung der BVerfG immer die Verhältnisse des Einzelfalls. Verfassungsrechtliche Modifikationen sind allein zur Gewährleistung des Programmauftrags und damit erst dann geboten, wenn die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen einer abhängigen

Beschäftigung bei aus publizistischen Gründen erforderlichen Programm- oder Konzeptänderungen einen notwendigen Personalwechsel behindern oder erschweren, so dass in diesen Fällen nur Tätigkeiten in freier Mitarbeit die erforderliche personelle Flexibilität gewährleisten können.

Eine derartige aus der Rundfunkfreiheit begründete Notwendigkeit personeller Flexibilität ist für die Tätigkeit des Klägers nicht zu erkennen. Selbst wenn ihm als Solo-Bassisten aufgrund seiner leitenden Stellung als Stimmführer eine Einflussnahme auf die künstlerische Ausgestaltung der Produktionen möglich war - was der Senat in Anbetracht der unbestrittenen künstlerischen Reputation des Klägers nicht in Zweifel zieht - und er damit nach den Vorgaben des BVerfG (Beschluss vom 13.01.1982, [a.a.O.](#)) als programmgestaltender Mitarbeiter des Beigeladenen zu 1) angesehen werden kann, war allein deshalb die Ausgestaltung seiner Tätigkeit als freie Mitarbeit nicht aus Gründen der Rundfunkfreiheit geboten. Die mit dem Kläger geschlossene Vereinbarung vom 06.05.1988, die zunächst für zwei Jahre galt und sich um jeweils weitere zwei Jahre verlängerte, sofern sie nicht vom Kläger oder dem Beigeladenen zu 1) für beendet erklärt wurde, gibt den Willen der Vertragspartner zu einer dauerhaften und langfristigen Zusammenarbeit zu erkennen. Insbesondere der Beigeladene zu 1) hat durch den Abschluss dieser Vereinbarung einer besondere Flexibilität in der Zusammenarbeit mit dem Kläger gerade keinen maßgeblichen Stellenwert zugemessen hat. Die letztlich regelmäßige und mit immerhin einjährigem Vorlauf geplante Heranziehung des Klägers zu Einsätzen, selbst wenn sie auf individuellen Absprachen beruhte, hat eine Ausgestaltung der Tätigkeit als freie Mitarbeit gerade nicht geboten, sondern war - wie dargelegt - im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erfolgt. Auch in der vom Beigeladenen zu 1) angeführten Entscheidung des BAG (Urteil vom 03.11.1982 - 7 ZAR 5/81 - in Juris) zur Beurteilung der Tätigkeit eines Solohornisten, dem im Sinne eines Tendenzträgers eine prägende Aufgabe bei der musikalischen Interpretation der darzubietenden Instrumentalwerke zugemessen wurde, wurde just diese Tätigkeit im Rahmen eines abhängiger Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt.

Letztlich hat sich auch der Beigeladene zu 1) in Ausübung seines für die Beschäftigung von programmgestaltenden Mitarbeitern bestehenden Wahlrechts hinsichtlich der Beschäftigungsform nicht für die Ausgestaltung als selbständige Tätigkeit entschieden. Ungeachtet der - für die Einstufung nicht maßgeblichen - Formulierungen in der vertraglichen Vereinbarung vom 06.05.1988, dass die Verpflichtung des Klägers eine Mitwirkung in freier Mitarbeit betreffe (Ziff. 2) und dass Einvernehmen darüber bestehe, dass ein Arbeitsverhältnis nicht begründet werde (Ziff. 7), hat der Beigeladene zu 1) den Kläger zur Sozialversicherung angemeldet und von Beginn seiner Tätigkeit an für diesen Sozialversicherungsbeiträge zu den maßgeblichen Versicherungszweigen entrichtet. Vor dem Hintergrund des damit tatsächlich und eindeutig ausgeübten Wahlrechts für eine abhängige und sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ist es daher widersprüchlich und für den Senat nicht nachvollziehbar, dass der Beigeladene zu 1) auch zuletzt im Berufungsverfahren noch die nunmehr gegenteilige Einschätzung einer selbständigen Tätigkeit mit allem Nachdruck geltend macht.

Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geltend gemacht hat, in mehreren genau gleichgelagerten Fällen seiner Kollegen sei eine selbständige Tätigkeit von der Beklagten angenommen worden, kann dies seiner Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Nach der Rechtsauffassung des Senats wären auch in diesen Fällen - sofern tatsächlich gleichgelagerte Sachverhalte bestehen würden - die Voraussetzungen für eine selbständige Tätigkeit nicht gegeben, so dass die Beurteilung der Beklagten zu Unrecht erfolgt wäre. Der Vertreter der Beklagten hat hierzu zu Recht ausgeführt, dass eine derartige Fehleinschätzung sich nicht in nachfolgenden Fällen perpetuieren dürfe. Dem stimmt der Senat uneingeschränkt zu. Denn anderenfalls würde der Kläger für sich eine Gleichbehandlung im Unrecht für sich in Anspruch nehmen. Einen solchen Anspruch gewährt die Rechtsordnung aber auch aus der Gründen der Gleichbehandlung gerade nicht.

Die Anträge des Klägers auf Auskunftserteilung über die Höhe der geleisteten Beiträge und auf deren Rückerstattung sind - wie das Sozialgericht zutreffend dargelegt hat - unzulässig. Auch insoweit nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug.

Die Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1) bleiben deshalb ohne Erfolg.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2015-05-04