L 4 R 2528/14

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 5 R 3801/13
Datum
21.05.2014
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 R 2528/14
Datum
09.12.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 21. Mai 2014 wird zurückgewiesen.

Die Klage wegen des Bescheides vom 19. Oktober 2016 wird abgewiesen.

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

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf EUR 142.084,81 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen einschließlich der Umlagen nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) und der Mittel für die Zahlung des Insolvenzgeldes, im Folgenden einheitlich Gesamtsozialversicherungsbeiträge, in Höhe von zuletzt noch EUR 137.190,29.

Die Klägerin betreibt ein Unternehmen der Binnenschifffahrt mit zwei eigenen Tankschiffen (K. II und K. III), die flüssige Produkte der chemischen Industrie transportieren. Die K. III wurde vor einigen Jahren von einer holländischen Reederei gechartert. Für beide Schiffe beschäftigt die Klägerin je einen Schiffsführer und einen Steuermann.

Die am 1956 geborene Beigeladene zu 1 erwarb im Jahr 1980 sein Patent zum Steuermann in der Binnenschifffahrt und war zunächst bei verschiedenen Unternehmen in diesem Beruf beschäftigt. Ungefähr im Jahr 2003 meldete er zum Gewerberegister ein selbständiges Gewerbe als "Ablöser in der Binnenschifffahrt" an und war anschließend für verschiedene Unternehmen tätig. Zu seinen Auftraggebern zählte auch die Klägerin. Von dieser erhielt er einzelne Angebote für Einsätze als Steuermann. Ausweislich der von ihm gestellten Rechnungen hatte er im Jahr 2008 243 Einsatztage, im Jahr 2009 225 Einsatztage, im Jahr 2010 208 Einsatztage sowie im Jahr 2011 260 Einsatztage auf den Schiffen der Klägerin. Hierfür stellte er zunächst EUR 160,00, ab 1. August 2008 jeweils EUR 170,00 pro Tag zuzüglich Fahrtkosten (Reisekosten zwischen seiner Wohnung und seinem Arbeitsort) und Mehrwertsteuer abzüglich gezahlter Vorschüsse in Rechnung. Zuschläge für Tätigkeiten am Wochenende erhielt er nicht. Schriftliche Vereinbarungen hierüber schloss er mit der Klägerin nicht. Seit Oktober 2013 ist er bei der Klägerin fest angestellt zu einem monatlichen Lohn in Höhe von EUR 2.300,00 netto.

Der am 1945 geborene Beigeladene zu 2 ist ausgebildeter Schiffsführer in der Binnenschifffahrt und bezieht eine Altersrente. Daneben war er als Aushilfsschiffsführer auf Binnenschiffen unterwegs und für die Klägerin in unregelmäßigen Abständen zu einer festen Vergütung je Einsatztag tätig. Ausweislich der von ihm gestellten Rechnungen war er für die Klägerin im Jahr 2008 an 140 Einsatztagen, im Jahr 2009 an 123 Einsatztagen, im Jahr 2010 an 150 Einsatztagen und im Jahr 2011 an 155 Einsatztagen auf der K. III für jeweils EUR 240,00 pro Tag zuzüglich freiwilliger Feiertagszuschläge von 100 %, Mehrwertsteuer und Fahrtkosten tätig. Schriftliche Vereinbarungen zwischen der Klägerin und ihm wurden nicht getroffen.

Der am 1963 geborene Beigeladene zu 3 wurde als Schiffsführer über ein Personaldienstleistungsunternehmen an die Klägerin vermittelt, ohne dass es insoweit schriftliche Vereinbarungen gab. Ausweislich der unter dem Namen "Personalleasing S." gestellten Rechnungen berechnete er der Klägerin für das Jahr 2010 13 Einsatztage und für das Jahr 2011 63 Einsatztage auf der K. II in Höhe von EUR 290,00 täglich zuzüglich Feiertagszuschlägen, Fahrtkosten und Mehrwertsteuer in Rechnung. Aus den Auszügen der Finanzbuchhaltung der Klägerin ergeben sich Zahlungen der Klägerin an den Beigeladenen zu 3 im Jahr 2010 i.H.v. EUR 33.738,24 und im Jahr 2011 i.H.v. EUR 19.430,00.

Im Zeitraum vom 25. April bis 14. Dezember 2012 führte die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 1. April 2008 bis 31. Dezember 2011 durch.

Auf Befragung durch die Beklagte gab der Beigeladene zu 1 unter Vorlage der von ihm gestellten Rechnungen unter dem 2. Juni 2012 an, ein Gewerbe in Form eines Einzelunternehmens angemeldet zu haben. Er unterhalte keine eigenen Geschäftsräume und beschäftige keine eigenen Arbeitnehmer. Nähere Arbeitsbedingungen seien weder schriftlich noch mündlich festgelegt worden. Eine regelmäßige Arbeitszeit, die einzuhalten gewesen sei, sei nicht vereinbart worden. Er habe seine Arbeitszeit frei gestalten können. Auch sei er in der Wahl seines Arbeitsortes frei gewesen. Werbung für die Tätigkeit habe er nicht betrieben. Weisungen hinsichtlich der Ausführung seiner Arbeit seien ihm nicht erteilt worden. Auch seien seine Arbeiten nicht kontrolliert worden. In den betrieblichen Arbeitsablauf bei der Klägerin sei er nicht eingegliedert gewesen. Er habe die gleichen Arbeiten ausgeführt, wie fest angestellte Mitarbeiter der Klägerin. Er sei verpflichtet gewesen, die Arbeiten persönlich auszuführen. Werkzeug und Handschuhe seien ihm als Arbeitsmittel kostenlos zur Verfügung gestellt worden. Eigenes Kapital habe er nicht einsetzen müssen. Die Übernahme bestimmter Aufträge habe er ablehnen können. Er sei für mehrere Auftraggeber tätig geworden und habe einen eigenen Kundenstamm besessen. Die Preise habe er selbst gestalten können. Eine eigene betriebliche Unfallversicherung bei der Berufsgenossenschaft habe er nicht geführt. Die Vergütung sei pro Auftrag und nach Einsatzdauer erfolgt. Ein Anspruch auf Gratifikation oder sonstige Zuwendungen habe nicht bestanden. Reisekosten seien ihm gewährt worden. Auch sei er verpflichtet gewesen, Umsatzsteuer zu entrichten.

Der Beigeladene zu 2 gab auf Anfrage der Beklagten an, als "Ablöseschiffführer" für den angestellten Kapitän in dessen freier Zeit für die Klägerin tätig geworden zu sein. Nunmehr beziehe er Altersrente und habe seine Beschäftigung als freier Lotse/Aushilfsschiffführer wieder aufgenommen. Er biete sich maritimen Firmen oder Eignern von Binnenschiffen oder Boten im Rahmen seiner Befähigungen an. Es werde telefonisch vereinbart, wann und wie lange der Einsatz der Vertretung dauere. Er werde jeweils nach Bedarf bei der Klägerin tätig. Er habe kein Gewerbe angemeldet. Er unterhalte keine eigenen Geschäftsräume und beschäftige keine eigenen Arbeitnehmer. Nähere Arbeitsbedingungen seien weder schriftlich noch mündlich festgelegt worden. Eine regelmäßige Arbeitszeit von 40 Stunden täglich sei vereinbart worden. Er habe seine Arbeitszeit nicht frei gestalten können. Auch sei er in der Wahl seines Arbeitsortes nicht frei gewesen. Ihm seien Weisungen hinsichtlich der Ausführung seiner Arbeit erteilt worden. Das (von ihm geführte) Schiff sei verchartert gewesen und durch den Charterer kontrolliert worden. In den betrieblichen Arbeitsablauf bei der Klägerin sei er eingegliedert gewesen und er habe Reiseberichte abgeben müssen. Er habe die gleichen Arbeiten ausgeführt, wie fest angestellte Mitarbeiter der Klägerin. Er sei verpflichtet gewesen, die Arbeiten persönlich auszuführen. Schutzkleidung sei ihm kostenlos zur Verfügung gestellt worden. Eigenes Kapital habe er nicht einsetzen müssen. Die Übernahme bestimmter Aufträge habe er nicht ablehnen können. Er sei für mehrere Auftraggeber tätig geworden, habe aber keinen eigenen Kundenstamm besessen. Die Preise habe er selbst gestalten können. Eine eigene betriebliche Unfallversicherung bei der Berufsgenossenschaft habe er nicht geführt. Die Vergütung sei pro Auftrag erfolgt. Ein Anspruch auf Gratifikation oder sonstige Zuwendungen habe nicht bestanden. An- und Abreisekosten zum liege Ort des Schiffes seien ihm gewährt worden. Er sei nicht verpflichtet gewesen, Umsatzsteuer zu entrichten.

Der Beigeladene zu 3 konnte aufgrund einer Erkrankung selbst keine Angaben machen.

Mit (Teil-)Bescheid vom 19. Juli 2012 stellte die Beklagte fest, die sich aus der Prüfung ergebende Nachforderung betrage insgesamt EUR 1.241,51. Im Prüfzeitraum seien Entgelte an Personen ausgezahlt worden, deren Identität im Rahmen der Betriebsprüfung nicht habe festgestellt werden können. Bezüglich der Feststellungsverfahren der Beigeladenen zu 1 bis 3 erhalte die Klägerin nach Abschluss der Ermittlungen eine separate Mitteilung. In Ergänzung zum Bescheid vom 19. Juli 2012 forderte die Beklagte von der Klägerin mit (Teil-)Bescheid vom 17. Dezember 2012 für den Prüfzeitraum Gesamtsozialversicherungsbeiträge i.H.v. EUR 142.884,43. Im Rahmen der für die Klägerin ausgeübten Tätigkeit seien die Beigeladenen zu 1 bis 3 sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Sie hätten für die Klägerin die gleichen Arbeiten ausgeführt, wie die dort abhängig beschäftigten Schiffsführer. Hiergegen erhob die Klägerin am 7. Januar 2013 Widerspruch. Mit (Korrektur-)Bescheid vom 19. März 2013 reduzierte die Beklagte die sich aus der Betriebsprüfung ergebende Nachforderung auf insgesamt EUR 142.084,81. Aufgrund weiterer Ermittlungen sei festgestellt worden, dass der Beigeladene zu 1 bei der zu 5) beigeladenen Krankenkasse versichert sei. Die ursprüngliche Nachberechnung sei daher storniert und der zuständigen Einzugsstelle zugeordnet worden. Der Bescheid werde nach § 86 Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des laufenden Widerspruchsverfahrens. Hiergegen erhob die Klägerin am 26. März 2013 Widerspruch.

Zur Begründung der Widersprüche führte die Klägerin aus, die Beigeladenen zu 1 bis 3 seien als selbständige Schiffsführer für sie tätig geworden. Der Beigeladene zu 1 habe ein Gewerbe angemeldet und sei Mitglied der Industrie- und Handelskammer (IHK). Er habe eine eigene Steuernummer und fakturiere gegenüber ihr unter Ansatz von Umsatzsteuer. Er sei zwar in die Bordorganisation der jeweiligen, in Fahrt befindlichen Schiffe eingebunden; dies sei aber keineswegs identisch mit einer förmlichen Eingliederung in die von Land aus zu absolvierende Arbeitsorganisation ihrer Reederei. Ein Abhängigkeitsverhältnis liege nicht vor. Sämtliche Kosten im Zusammenhang mit der Patentverlängerung würden von ihm unmittelbar getragen. Urlaub, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, Über-, Mehrarbeits-, Sonntags- oder Feiertagszuschläge sowie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall würden nicht gewährt. Die für sie sprechenden Ausführungen des Bundessozialgerichts (BSG) im Urteil vom 28. Mai 2008 (B 12 KR 13/07 R, juris), die "geminderte Autonomie" der Schiffsführer, entspräche nicht ihrem Weisungsrecht als Arbeitgeberin, sondern gehe maßgeblich auf die äußeren Bedingungen des Reedereiablaufs in der Tankschifffahrt zurück. Der Beigeladene zu 1 mache regelmäßig Gebrauch davon, Aufträge von ihr abzulehnen, es bestehe keine Pflicht von ihrer Seite – im Gegensatz zu einem gewöhnlichen Arbeitgeber –, ihn zu beschäftigen. Der Beigeladene zu 2 habe ebenfalle ein Gewerbe angemeldet und biete seine Leistungen über die Firma M.-S. bzw. die Firma Mi.-S.-K. an. Neben der reinen Schiffsführer- und Lotsentätigkeit würden auch Kurierfahrten, Überwachungsserviceleistungen, Bootsüberführungen sowie Tätigkeiten als Baugeräteführer auf Baufahrzeugen angeboten. Dieses Dienstleistungsprofil spreche gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Zum Beigeladenen zu 3 enthielt die Begründung der Widersprüche keine Ausführungen.

Der Widerspruchsausschuss der Beklagten wies den Widerspruch der Klägerin mit Widerspruchsbescheid vom 16. Oktober 2013 zurück. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 seien nicht als Selbständige tätig geworden. Dass die Schiffsführer für mehrere Auftraggeber tätig gewesen seien, lasse nicht den Schluss zu, dass sie stets als Selbständige zu beurteilen seien. Vielmehr sei jedes der bestehenden Vertragsverhältnisse rechtlich getrennt voneinander zu prüfen. Im Übrigen sei die Frage der rechtlichen Einordnung vom Willen der Vertragsparteien zu trennen und nach den Vereinbarungen im Einzelfall zu beurteilen. Die Anmeldung eines Gewerbes und die Versteuerung von Einkommen als Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit stehe für sich allein der Annahme eines dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen

Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen. Die Frage, ob ein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall bestehe oder nicht, hänge davon ab, ob das zu Grunde liegende rechtliche Verhältnis ein Arbeitsverhältnis sei oder nicht. Es handele sich deshalb um die Frage einer rechtlichen Würdigung und nicht um ein Indiz, das bei der Beurteilung des zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses von ausschlaggebender Bedeutung sei. Gleiches gelte für Urlaubsgeld, Über- oder Mehrarbeit sowie Sonn- oder Feiertagszuschläge. Die Möglichkeit Aufträge abzulehnen könne grundsätzlich als Indiz für eine selbständige Tätigkeit angesehen werden. Allerdings seien auch bei abhängigen Beschäftigungsverhältnissen Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überließen, ob er im Anforderungsfall tätig werden wolle oder nicht. Entscheidend sei vielmehr, ob der Betroffene bei Angebotsannahme die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb ausübe. In diesem Fall werde er nicht allein durch die grundsätzliche Ablehnungsmöglichkeit zum selbständig Tätigen. Soweit die Klägerin auf das Urteil des BSG vom 28. Mai 2008 (a.a.O.) verweise, sei festzustellen, dass der vorliegende Fall nicht mit dem angeführten Urteil vergleichbar sei. Im dortigen Verfahren seien Piloten, die nicht mit einem eigenen Flugzeug geflogen seien, als nicht abhängig Beschäftigte beurteilt worden. Zweck der vereinzelt durchgeführten Flüge der Piloten sei allein die Aufrechterhaltung ihrer Fluglizenzen, für deren Erwerb EUR 40.000,00 bis EUR 50.000,00 aufzuwenden gewesen seien. Diese Kosten und die Begleitkosten seien als Indiz für ein Unternehmerrisiko gewertet worden. Die für die Klägerin tätigen Beigeladenen zu 1 bis 3 verfolgten aber mit ihrer Tätigkeit als Schiffsführer allein den Zweck des Gelderwerbes und dies, ohne ein unternehmerisches Risiko auf sich zu nehmen. Entscheidend für ein Unternehmerrisiko eines Selbständigen sei, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt werde, der Erfolg des Einsatzes also ungewiss sei. Es müsse ein Wagnis bestehen, das über dasjenige hinausgehe, kein Entgelt zu erhalten. Zum echten Unternehmerrisiko werde dieses Risiko deshalb regelmäßig erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt werde, sondern tatsächlich auch Kosten für die betrieblichen Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brachlägen. Ein solches unternehmerisches Risiko hätten die Beigeladenen zu 1 bis 3 nicht zu tragen gehabt. Vielmehr habe das typische Arbeitsplatzrisiko eines Beschäftigten bestanden, der bei Verlust der Arbeitsstelle sein Arbeitseinkommen verliere.

Hiergegen erhob die Klägerin am 13. November 2013 Klage beim Sozialgericht Mannheim (SG). Unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags führte sie aus, entgegen der Annahme der Beklagten hätten die Beigeladenen zu 1 bis 3 ein Unternehmerrisiko getragen. Sie seien nicht ausschließlich dazu eingesetzt worden, den Ausfall eines Mitarbeiters ihrer (der Klägerin) Stammbelegschaft auszugleichen. Zwar hätten die Beigeladenen zu 1 bis 3 als Schiffsführer/Steuermann "Hand in Hand" mit der übrigen Schiffsbesatzung ihrer (der Klägerin) Schiffe gearbeitet; dies sei jedoch kein sozialversicherungsrechtliches Kriterium, sondern eine Selbstverständlichkeit und im Übrigen eine schifffahrtsrechtliche Verpflichtung jedes Besatzungsmitglieds eines Binnenschiffs. Es sei abwegig, aus den unumgänglichen hierarchischen Strukturen zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Schiffsbetriebs sozialversicherungsrechtliche Schlussfolgerungen ableiten zu wollen.

Die Beklagte trat der Klage unter Verweis auf ihre Ausführungen im Bescheid und Widerspruchsbescheid entgegen. Ergänzend führte sie aus, die Beigeladenen zu 2 und 3 seien bei Bedarf (z.B. bei Urlaub) anstelle der festangestellten Schiffsführer eingesetzt worden. Dies sei ohne unternehmerisches Risiko geschehen. Sie seien vergleichbar mit den in der Rechtsprechung als abhängig Beschäftigte beurteilten Lkw-Fahrern ohne eigenen Lkw, Busfahrern ohne eigenen Bus oder Baggerfahrern ohne eigenen Bagger. Würden bestehende Personallücken durch Fremdpersonal aufgefüllt, seien diese Arbeitskräfte anstelle der sozialversicherungspflichtig beschäftigten Arbeitnehmer tätig. Hierbei handele es sich um die Verrichtung einer typischen Arbeitnehmertätigkeit, wenn Mitarbeiter der Stammbelegschaft ausgefallen seien (Landessozialgericht [LSG] Baden-Württemberg, Urteil vom 11. Oktober 2006 – L 5 KR 3378/05 – juris). Zu berücksichtigen sei auch, dass den beigeladenen Schiffsführern nicht nur das Schiff, sondern auch die übrige Besatzung des Schiffs (ein Steuermann) von der Klägerin zur Verfügung gestellt worden sei. Die Schiffsführer hätten "Hand in Hand" mit den Mitarbeitern der Klägerin gearbeitet und seien dadurch in deren Betriebsorganisation eingebunden gewesen. Durch dieses Angewiesensein auf fremdes, angestelltes Personal seien sie von der Klägerin persönlich abhängig gewesen und hätten sich auch nicht unternehmerisch verwirklichen können. Sie seien Vorgesetzte von Mitarbeitern der Klägerin und für Personal und Schiff verantwortlich gewesen, jedoch nicht selbständig im Sinne einer sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung. Insbesondere beim Beigeladenen zu 1 überwögen die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung; dieser habe im streitigen Zeitraum für die Klägerin als Steuermann gearbeitet. Seit 1. Oktober 2013 sei er als versicherungspflichtiger Beschäftigter der Klägerin gemeldet.

Das SG lud mit Beschluss vom 4. Februar 2014 Beigeladenen zu 1 bis 4) sowie die AOK Baden-Württemberg bei. Der Beigeladene zu 1 äußerte sich im Erörterungstermin vom 26. März 2014. Anträge stellten die Beigeladenen nicht.

Mit Urteil vom 21. Mai 2014 wies das SG die Klage ab. Aus einer Gesamtwürdigung der vorliegenden Umstände ergebe sich, dass die Beigeladenen zu 1 bis 3 in ihrer Tätigkeit für die Klägerin in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hätten. Schon in der für den Gewerbebetrieb des Beigeladenen zu 1 verwendeten Tätigkeitsbezeichnung als "Ablöser" komme zum Ausdruck, dass er als Ersatzkraft für beschäftigte Steuerleute habe tätig werden wollen. Auch die Beigeladenen zu 2 und 3 seien als Ersatzkraft für die regelmäßig auf den Schiffen der Klägerin beschäftigten Schiffsführer tätig geworden. Entsprechend der notwendigen Typisierung von Berufstätigkeiten im Rahmen des § 7 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) dränge es sich grundsätzlich auf, auch die Ersatzkräfte für beschäftigte Steuerleute bzw. Schiffskapitäne den abhängig auszuübenden Beschäftigungen zuzuordnen. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 seien in die Betriebsorganisation der Klägerin eingegliedert gewesen. Sie hätten ihre Arbeitsleistung auf dem Schiff zu erbringen gehabt, das im Eigentum und der Verfügungsgewalt der Klägerin gestanden habe, bis hin zur persönlichen Sicherheitsbekleidung hätten sie die Schiffsausrüstung zu nutzen gehabt und während ihrer Tätigkeit in notwendiger Zusammenarbeit mit Beschäftigten der Klägerin gestanden. Der Beigeladene zu 1 habe als Steuermann den Weisungen des beschäftigten Schiffsführers unterlegen, die Beigeladenen zu 2 und 3 seien Teil der Betriebsorganisation gewesen, weil ihre Weisungsbefugnis sich auf die bei der Klägerin beschäftigten Steuerleute bezogen habe. Eine im Wesentlichen weisungsfreie Tätigkeit habe bei den Beigeladenen zu 1 bis 3 nicht vorgelegen. Im Rahmen ihrer dienenden Teilhabe an der Gesamtorganisation des klägerischen Unternehmens hätten sie zwar keinen ständigen Einzelweisungen unterlegen, jedoch ihre Tätigkeit im Rahmen des von der Klägerin vorgegebenen betrieblichen Ablaufs ausgeführt; denn sie hätten die Schiffsladung vom Ladeort bis zum Bestimmungsort auf einer von der Klägerin vorgegebenen Fahrstrecke zu transportieren gehabt. Auch eine freie Zeiteinteilung habe in wesentlichen Gesichtspunkten nicht bestanden. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 hätten lediglich über das Ob ihrer Tätigkeit für die von der Klägerin angebotenen Einsatzzeiträume zu entscheiden gehabt; während der Fahrt hätten sie ihre Tätigkeit an Bord nicht beliebig unterbrechen können. Auch die rechtliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung lasse nicht auf eine selbständige Tätigkeit der Beigeladenen zu 1 bis 3 schließen. Als einzige schriftliche Unterlagen seien allein die Abrechnungen der Beigeladenen zu 1 bis 3 entstanden, die wegen der ausgewiesenen Mehrwertsteuer zunächst auf die bei selbständigen übliche Vergütungsabrechnung hindeuteten. Das Fehlen schriftlicher Vereinbarungen über die Vertragsbeziehung als solche begründe jedoch einen gewichtigeren Hinweis auf das Vorliegen einer

Beschäftigung. Wenn im Wirtschaftsleben einem Auftragnehmer ein Transportmittel von hohem wirtschaftlichem Wert und Risiko (hier ein mit Chemikalien beladenes Schiff) zur Erbringung einer Transportleistung zur Verfügung gestellt werde, so würden typischerweise die gegenseitigen Rechte und Pflichten sowie vor allem auch die Risikoabgrenzung im Rahmen schriftlicher Vereinbarungen geregelt. Dies sei nicht der Fall gewesen, sondern aus der zwischen den Beteiligten gehandhabten Praxis ergebe sich vielmehr, dass stillschweigend arbeitsrechtliche Grundsätze zur Anwendung gekommen seien bzw. im Zweifelsfall herangezogen worden wären. Ein Vertragsbruch des Beigeladenen zu 1 (die Absage einer bereits vereinbarten Fahrt) habe für diesen tatsächlich nicht eine Schadensersatzforderung der Klägerin wegen Nichterfüllung zur Folge gehabt, sondern stattdessen habe es ihr oblegen, für personellen Ersatz zu sorgen, ohne dass dem Beigeladenen zu 1 hieraus ein Rechtsnachteil entstanden sei. Auch bei einer schuldhaften Schadensverursachung an einem der Schiffe der Klägerin hätten die Beigeladenen zu 1 bis 3 zunächst nicht eine unmittelbare Inanspruchnahme zu befürchten gehabt, wie der Geschäftsführer der klägerischen Komplementärin im Termin angegeben habe; vielmehr hätte sich in einem solchen Falle zunächst dieser an seine eigene Sachversicherung gewandt, um die Mittel für die Schadensbehebung zu erhalten. Auch die in den Abrechnungen der Beigeladenen zu 2 und 3 enthaltenen Feiertagszuschläge sprächen dafür, dass die Beteiligten auf ihre Rechtsbeziehungen tatsächlich das Arbeitsrecht der Binnenschifffahrt zur Anwendung gebracht hätten. Ferner spreche die getroffene Vergütungsregelung für ein Beschäftigungsverhältnis. Die vereinbarte Vergütung nach Arbeitstagen sei nicht nach dem persönlichen Leistungserfolg eines Selbständigen bemessen. Denn dann sei es angebracht gewesen, eine Pauschale für eine erfolgreiche Frachtfahrt von der Lade- bis zur Entladestelle zu vereinbaren und dem selbständigen Dienstleister die Dauer seiner Dienstleistung als Anreiz bzw. Risiko zu überantworten. Dass keine Entgeltfortzahlung für Urlaubs- oder Krankheitszeiten vereinbart, Sozialversicherungsbeiträge und Lohnsteuer nicht abgeführt worden seien, begründe keinen ausreichenden Hinweis auf eine abhängige Beschäftigung, sondern sei lediglich als Folge der von den Beteiligten beabsichtigten Umgehung des Sozial- und Steuerrechts zu werten. Schließlich sprächen auch die persönlichen Verhältnisse der Beigeladenen zu 1 bis 3 nicht für eine selbständige Tätigkeit. Ihr Auftreten am Markt habe sich arbeitnehmertypisch auf ein Anbieten der eigenen Arbeitskraft beschränkt, wesentliche Betriebsmittel seien nicht vorhanden gewesen, für das Schreiben der Abrechnungen habe einfachste Büroausstattung genügt. Die Tätigkeit sei mit keinen eigenen Arbeitsmitteln verrichtet worden, denn die Schiffe hätten im Eigentum der Klägerin gestanden. Das von der Klägerin zitierte Urteil des BSG vom 28. Mai 2008 (a.a.O.) sei nicht entscheidungserheblich, denn die dortige Beurteilung eines Flugzeugführers enthalte keine grundsätzlichen Überlegungen zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 SGB IV, sondern lediglich Ausführungen zu den Verhältnissen des dort streitigen Einzelfalls.

Gegen das am 2. Juni 2014 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 11. Juni 2014 Berufung eingelegt. Zur Begründung führt sie unter weiterer Vertiefung ihres Vortrags aus, obwohl das SG die Beigeladenen zu 2 und 3 zum Erörterungstermin und zur mündlichen Verhandlung geladen habe, seien diese mit Verweis auf Krankheitsverhinderung nicht vor dem SG erschienen. Die Ladung mache deutlich, dass das SG eine Aussage als maßgeblich erachtet habe. Insoweit mangele das Urteil des SG bereits auf prozessualer Ebene. Auch auf der Ebene der Heranziehung externen, die Verhältnisse der Binnenschifffahrt im Einzelnen erläuternden Sachverstandes, habe das SG den ihm obliegenden Amtsermittlungsgrundsatz verletzt. Die Verwendung des Begriffs "Ablöser" und die Zuordnung zu einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis sei ebenso widersprüchlich wie spekulativ, da dem SG für die Frage, in welchem Rahmen die Ablösetätigkeit in der Binnenschifffahrt tatsächlich ausgeübt werde, die eigene Sachkunde fehle. Auf den prozessualen Versäumnissen beruhe die anschließende Fehlbewertung der materiell-rechtlichen Lage. Tatsächlich spreche der Ersatzkraftcharakter der Ablösetätigkeit weder für eine abhängige, noch für eine selbständige Tätigkeit. Im Lichte strenger gesetzlicher Bemannungsvorschriften und einer ebenso gesetzlich streng limitierten maximalen Fahrtzeit könne von einer freien Zeiteinteilung eines Schiffsführers/Steuermanns an Bord eines Binnenschiffes keine Rede sein. Die "geminderte Autonomie" des verantwortlichen Kapitäns sei also gerade nicht Indiz für eine Weisungsgebundenheit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne. Ebenso lebensfremd sei die Annahme des SG, der vorgegebene Ort der Tätigkeit der Beigeladenen zu 1 bis 3, nämlich eines ihrer (der Klägerin) Binnenschiffe, indiziere irgendein sozialversicherungsrechtliches Näheverhältnis zu ihr. Diese Überlegungen würden den Besonderheiten des Tätigkeitsprofils an Bord eines Binnenschiffes nicht gerecht. Denn eine solche Tätigkeit sei eben nur an Bord eines Schiffes auszuüben. Für die Annahme des SG, sie habe angeblich von vornherein auf irgendwelche Rückgriffsansprüche im Havariefall gegen die Beigeladenen zu 1 bis 3 verzichtet, gebe es keine Grundlage. Vielmehr habe jedenfalls der Beigeladene zu 1 für seine Tätigkeit als selbständiger Ablöser eigens eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen, was als maßgebliches Indiz gegen einen arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruch aus gefahrgeneigter Arbeit spreche. Auch sei die Vergütungspraxis kein Hinweis für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Eine "taxi-ähnliche" Vergütung nach Strecke sei in dieser Branche in keiner Weise praktikabel. Feiertagszuschläge würden auch im Rahmen von Werkverträgen gewährt. Die binnenschifffahrtsrechtlichen Vorschriften über die Zuweisung der Sorgfaltspflichten eines Schiffsführers oder Steuermanns an Bord hätten keinen Einfluss auf die Frage, ob der jeweilige Schiffsführer oder Steuermann selbständig tätig sei oder nicht. Die Klägerin verweist auf zwei Gerichtsbescheide des Sozialgerichts Hamburg vom 19. Oktober 2015 (S 20 RA 518/11 und S 20 RA 161/11). Die insoweit eingelegten Berufungen beim LSG Hamburg dauerten an. Auch dort sei auf das Urteil des BSG vom 28. Mai 2008 (a.a.O.) Bezug genommen worden.

Die Klägerin beantragt,

1. den Beigeladenen zu 2) anzuhören zu den in der Berufungsbegründung vom 26. Juni 2014 auf Seite 20/21 aufgeführten Tatbestandsmerkmalen, 2. zu der Ablösertätigkeit in der deutschen Binnenschifffahrt, die ganz maßgeblich in selbständiger Tätigkeit und gerade nicht in abhängiger Tätigkeit erfolge, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Vorgeschlagen wird insoweit die Schifferbörse zu Duisburg-Ruhrort, 3. das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 21. Mai 2015 und den (Teil-)Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2012 in der Fassung des Bescheids vom 19. März 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. Oktober 2013 und des Bescheides vom 19. Oktober 2016 aufzuheben, 4. hilfsweise die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen und die Klage wegen des Bescheides vom 19. Oktober 2016 abzuweisen.

Die Beklagte hat mit Bescheid vom 19. Oktober 2016 ihren (Teil-)Bescheid vom 17. Dezember 2012 in der Fassung des Bescheids vom 19. März 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. Oktober 2013 geändert und die sich aus der Betriebsprüfung ergebende Nachforderung um EUR 4.894,52 auf EUR 137.190,29 reduziert. Im Übrigen hält sie an ihrer Entscheidung fest.

Der Senat hat mit Beschlüssen vom 8. April, 9. und 10. Juni, 20. Juli und 4. August 2016 zuletzt statt der AOK Baden-Württemberg die Beigeladenen zu 5 bis 13 beigeladen.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt und sich zur Sache nicht geäußert.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie die beigezogene Akte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Die gemäß § 143 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und gemäß § 151 Abs. 2 SGG form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist auch im Übrigen zulässig. Insbesondere bedurfte sie nicht der Zulassung, da zum Zeitpunkt der Einlegung der Berufung über eine Beitragsnachforderung von EUR 142.084,81 gestritten wurde, so dass der Beschwerdewert von EUR 750,00 (§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG) überschritten war.

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der (Teil-)Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2012 in der Fassung des Bescheids vom 19. März 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. Oktober 2013. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nach § 153 Abs. 1 i.V.m. § 96 Abs. 1 SGG des Weiteren der Bescheid der Beklagten vom 19. Oktober 2016, der erst im Berufungsverfahren erlassen worden ist. Insoweit entscheidet der Senat auf Klage.

3. Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das SG hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der (Teil-)Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2012 in der Fassung des Bescheides vom 19. März 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. Oktober 2013 in der Fassung des Bescheides der Beklagten vom 19. Oktober 2016 ist, soweit die Beklagte noch Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie Umlagen nach § 7 Abs. 1 AAG und nach § 358 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) für die Beigeladenen zu 1 bis 3 in Höhe von EUR 137.190,29 fordert, rechtmäßig. Denn die Beigeladenen zu 1 bis 3 waren in den Zeiträumen zwischen dem 1. April 2008 bis 31. Dezember 2011, in denen sie für die Klägerin tätig waren, bei der Klägerin abhängig beschäftigt und in allen Zweigen der Sozialversicherung sozialversicherungspflichtig (dazu unter a). Die Höhe der nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge und Umlagen sind im gerichtlich zu überprüfenden Umfang nicht zu beanstanden (dazu unter b).

a) aa) Die Beklagte ist nach § 28p Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 2009 (BGBl. I, S. 3710) für die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen zuständig. Danach prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen alle vier Jahre (Satz 1). Die Prüfung umfasst auch die Lohnunterlagen der Beschäftigten, für die Beiträge nicht gezahlt wurden (Satz 4). Gemäß § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken–, Pflege– und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern.

Diese Befugnis der Beklagten schließt die Rechtsmacht ein, einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung zu erlassen und damit rechtsgestaltend im Sinne von § 12 Abs. 2 Satz 2 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) in die Rechtssphäre des Arbeitnehmers (hier der Beigeladenen zu 1 bis 3 als Drittbetroffene einzugreifen. Die Beklagte darf den an den Arbeitgeber gerichteten Bescheid gegenüber dem Drittbetroffenen mit dem Hinweis, dass dieser berechtigt sei, Rechtsbehelfe einzulegen, bekanntgeben (Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 17. Dezember 2014 – B 12 R 13/13 R – juris Rn. 20 ff).

bb) Für die Zahlung von Beiträgen von Versicherungspflichtigen aus Arbeitsentgelt zur gesetzlichen Krankenversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und sozialen Pflegeversicherung gelten nach § 253 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), § 174 Abs. 1 Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) sowie § 60 Abs. 1 Satz 2 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) die Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§§ 28d bis 28n und 28r SGB IV). Diese Vorschriften gelten nach § 1 Abs. 1 Satz 2 SGB IV, § 348 Abs. 1 Satz 1 SGB III auch für die Arbeitslosenversicherung bzw. Arbeitsförderung. Nach § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV hat den Gesamtsozialversicherungsbeitrag der Arbeitgeber zu zahlen. Als Gesamtsozialversicherungsbeitrag werden nach § 28d Satz 1 SGB IV die Beiträge in der Kranken– oder Rentenversicherung für einen kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten oder Hausgewerbetreibenden sowie der Beitrag des Arbeitnehmers und der Teil des Beitrags des Arbeitgebers zur Bundesagentur für Arbeit, der sich nach der Grundlage für die Bemessung des Beitrags des Arbeitnehmers richtet, gezahlt. Dies gilt auch für den Beitrag zur Pflegeversicherung für einen in der Krankenversicherung kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten (§ 28d Satz 2 SGB IV). Die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen im Rahmen der Lohnfortzahlung werden nach dem seit 1. Januar 2006 gültigen § 7 Abs. 1 AAG durch eine Umlage von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht. Die Mittel für die Zahlung des Insolvenzgeldes werden nach § 358 Abs. 1 Satz 1 SGB III in der seit 1. Januar 2009 geltenden Fassung des Art. 3 Nr. 2 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Unfallversicherung (UVMG) vom 30. Oktober 2008 (BGBl. I, S. 2130) durch eine monatliche Umlage von den Arbeitgebern aufgebracht und sind nach § 359 Abs. 1 Satz 1 SGB III in der seit 1. Januar 2009 geltenden Fassung des Art. 3 Nr. 2 UVMG zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen.

cc) Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, in der Rentenversicherung nach § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI, in der Arbeitslosenversicherung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III und in der Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung 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. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zum Ganzen

z.B. BSG, Urteil vom 29. August 2012 – B 12 KR 25/10 R – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 30. April 2013 – B 12 KR 19/11 R – juris, Rn. 13; BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – B 12 KR 17/11 R – juris, Rn. 23; BSG, Urteil vom 31. März 2015 – B 12 KR 17/13 R – juris, Rn. 15, jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20. Mai 1996 – 1 BvR 21/96 – juris, Rn. 6 ff.). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (zum Ganzen z.B. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – B 12 KR 31/06 R – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 29. August 2012 – B 12 KR 25/10 R – juris, Rn. 15 f.; BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – B 12 KR 17/11 R – juris, Rn. 23 ff. – jeweils m.w.N.).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine abhängige 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 ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht 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 (BSG, Urteil vom 8. Dezember 1994 – 11 RAr 49/94 – juris, Rn. 20). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 – 12/3/12 RK 39/74 – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 – B 12 KR 5/97 R – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 10. August 2000 – B 12 KR 21/98 R – juris, Rn. 17 – jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – B 12 KR 31/06 R – juris, Rn. 17; BSG, Urteil vom 29. August 2012 – B 12 KR 25/10 R – juris, Rn. 16).

dd) Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbständigkeit ist vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen (BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 – B 12 KR 23/13 – juris, Rn. 17 – auch zum Folgenden). Dazu ist zunächst deren Inhalt konkret festzustellen (dazu unter (1)). Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind (dazu unter (2)). 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 unter Umständen als Scheingeschäft im Sinne des § 117 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen (dazu unter (3)). Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit vorzunehmen.

Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch des BSG nicht entscheidend, ob der Betreffende auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw. war (BAG, Urteil vom 9. Oktober 2002 – 5 AZR 405/01 – juris). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze am Maßstab der von der Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung entwickelten Grundsätze (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 – B 12 KR 13/07 R – juris, Rn 26). Abzustellen ist daher nur auf die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1 bis 3 für die Klägerin (zum Ganzen: z.B. auch Urteil des Senats vom 27. März 2015 – L 4 R 5120/13 – nicht veröffentlicht).

(1) Aufgrund des schriftlichen und mündlichen Vorbringens der Klägerin und der Beigeladenen zu 1 bis 3 im gesamten Verwaltungs– und Gerichtsverfahren steht zur Überzeugung des Senats Folgendes fest:

Schriftliche Vereinbarungen zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1 bis 3 bestanden nicht. Es bestand jedoch die konkludente Vereinbarung zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1 bis 3, dass die Klägerin die Beigeladenen zu 1 bis 3 bei entsprechendem Bedarf auf einem ihrer beiden Tankschiffe einsetzen kann, wenn der Steuermann oder der Schiffsführer ausfielen. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 konnten bei Anfrage der Klägerin die Tätigkeit übernehmen oder ablehnen. Sie waren zum Tätigwerden nicht verpflichtet. Sofern sie tätig wurden, übernahmen sie die Aufgaben der bei der Klägerin festangestellten Steuermänner (der Beigeladene zu 1) oder Schiffsführer (die Beigeladenen zu 2 und 3) der beiden Tankschiffe, die verhindert waren. Sie erhielten ihre Tätigkeit nach einer Tagespauschale vergütet und stellten zudem Fahrtkosten für An- und Abreise zum oder vom Liegeort des Tankschiffes, Feiertagszuschläge und Mehrwertsteuer in Rechnung. Ansonsten erfolgte eine Vergütung oder die Zahlung von Lohnersatzleistungen nicht; entsprechende Ansprüche wurden von den Beigeladenen zu 1 bis 3 auch zu keinem Zeitpunkt gegenüber der Klägerin geltend gemacht. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 waren uneingeschränkt berechtigt, auch für andere Auftraggeber tätig zu werden.

(2) Die festgestellten mündlichen und konkludenten Vereinbarungen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1 bis 3 waren zulässig, das heißt mit zwingendem Recht vereinbar. Grenzen für die privatrechtlichen Vereinbarungen, die Ausgangspunkt der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilungen sind, können sich sowohl aus zwingendem Privatrecht als auch aus dem öffentlichen Recht ergeben (Beschluss des Senats vom 14. Oktober 2015 – L 4 R 3874/14 – juris, Rn. 59). Im vorliegenden Fall bestehen derartige Konflikte zwischen dem Vereinbarten und den gesetzlichen Vorgaben nicht.

(3) Anlass zu Zweifeln an der Wirksamkeit der mündlich und konkludent getroffenen vertraglichen Vereinbarungen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1 bis 3 bestehen auch mit Blick auf § 117 BGB nicht. Ein Scheingeschäft liegt nicht vor.

(4) Vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen ist der Senat unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände des Einzelfalles zu der Überzeugung gelangt, dass jedenfalls dann zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1 bis 3 ein Beschäftigungsverhältnis bestand, wenn die Beigeladenen zu 1 bis 3 für die Klägerin zwischen dem 1. April 2008 bis 31. Dezember 2011 tätig wurden. Es wurden gesonderte Arbeitsverhältnisse geschlossen und die Beigeladenen zu 1 bis 3 waren dann bei der Klägerin abhängig beschäftigt. Sie waren dann insbesondere in den Betrieb der Klägerin eingegliedert und weisungsabhängig.

Der Annahme von den gesamten Zeitraum umfassenden Beschäftigungsverhältnissen der Beigeladenen zu 1 bis zu 3 bei der Klägerin steht bereits entgegen, dass es insofern für den gesamten Zeitraum der erfolgten Betriebsprüfung vom zwischen dem 1. April 2008 bis 31.

Dezember 2011 an einer Pflicht der Beigeladenen zu 1 bis 3 gegenüber der Klägerin zur Erbringung von Arbeitsleistungen fehlte. Die Pflicht zur Erbringung von Arbeitsleistungen ist als Hauptpflicht essentialia negotii eines Arbeitsvertrages (vgl. etwa Bundesarbeitsgericht [BAG], Urteil vom 13. Juni 2010 – 7 AZR 169/11 – juris, Rn. 20; Preis, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2015, § 611 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] Rn. 639) und damit Grundvoraussetzung für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis im Form eines Arbeitsverhältnisses (BSG, Urteil vom 11. März 2009 – B 12 R 11/07 R – juris, Rn. 12; Urteil des Senats vom 24. April 2015 – L 4 R 1787/14 – nicht veröffentlicht; Beschluss des Senats vom 14. Oktober 2015 – L 4 R 3874/14 – juris, Rn. 47).

Wie bereits oben festgestellt, bestand kein Arbeitsvertrag oder ein (anderer) Rahmenvertrag – auch nicht mündlich oder konkludent – zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1 bis 3, aufgrund dessen die Beigeladenen zu 1 bis 3 zur Erbringung einer Arbeitsleistung verpflichtet gewesen wären. Es bestand angesichts des Rechts, einen Auftrag der Klägerin abzulehnen, auch kein sog. Beschäftigungsverhältnis auf Abruf. Denn Arbeitnehmer sind grundsätzlich nicht berechtigt, ihnen im Rahmen eines Arbeitsvertrages zugewiesene Arbeit abzulehnen (Urteil des Senats vom 13. September 2016 – L 4 R 2218/15 – juris, Rn. 88). Selbst bei "Arbeit auf Abruf" steht dem Arbeitnehmer ein Ablehnungsrecht nur dann zu, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit nicht jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt (§ 12 Abs. 2 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge [Teilzeit- und Befristungsgesetz] – TzBfG). Es fehlte der Klägerin mithin an der Rechtsmacht, die Beigeladenen zu 1 bis 3 zur Arbeitsleistung heranzuziehen. Die Rechtsmacht ist aber gerade nach der jüngeren Rechtsprechung des BSG für die Beurteilung der sozialversicherungsrechtlich relevanten Umstände maßgeblich (BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 – B 12 KR 23/13 R – juris, Rn. 30; BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 – B 12 R 1/15 R – juris, Rn. 25; im Anschluss daran etwa Urteil des Senats vom 13. September 2016 – L 4 R 2120/15 ZVW – juris, Rn. 44).

Bei Vertragsgestaltungen der vorliegenden Art ist für die Frage der Versicherungspflicht jeweils auf die Verhältnisse abzustellen, die nach Annahme des einzelnen Angebots (hier: Tätigkeit auf dem jeweiligen Tankschiff) während dessen Durchführung bestehen (vgl. BSG, Urteil vom 24. März 2016 – B 12 KR 20/14 R – juris, Rn. 17 m.w.N.). Es ist dann anhand der oben dargelegten Kriterien insbesondere zwischen dem Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses und dem Abschluss eines selbständigen Werk- oder Dienstvertrages abzugrenzen. Diese Abwägung ergibt im vorliegenden Fall, dass die Indizien für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen.

Ein entscheidendes Indiz für eine jeweils abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 1 bis 3 bei der Klägerin während ihrer mündlich vereinbarten Tätigkeiten ist, dass die Beigeladenen zu 1 bis 3 insoweit weisungsgebunden waren. Nachdem die Beigeladenen zu 1 bis 3 sich zur Übernahme der Tätigkeit bereit erklärt hatten, gab die Klägerin vor, welche Strecke mit welcher Ladung zu fahren war. Der Inhalt des Auftrages damit nicht von vorherein – etwa wie im Rahmen eines selbständigen Dienstvertrages – festgelegt, sondern Ausfluss des durch den Abschluss des mündlichen Arbeitsvertrages entstandenen Direktionsrechts der Klägerin. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 waren mit der Übernahme der Tätigkeit gegenüber der Klägerin verpflichtet, die Tätigkeit entsprechend den Vorgaben der Klägerin aus- und durchzuführen. Sie hatten dann die mit der Tätigkeit verbundenen Vorgaben gegenüber der Klägerin einzuhalten und unterlagen insoweit deren Direktionsrecht. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 unterlagen zwar keinen ständigen Einzelanweisungen, führten jedoch ihre Tätigkeit im Rahmen des von der Klägerin vorgegebenen betrieblichen Ablaufs aus, denn ihre Aufgabe bestand alleine darin, die Schiffsladung unbeschadet vom Ladeort bis zum Bestimmungsort auf einer von der Klägerin vorgegebenen Fahrstrecke zu transportieren. Sie waren bei der Durchführung der Transporte auch nicht völlig frei, sondern mussten sich nach den Aufträgen, Genehmigungen sowie insbesondere auch der Verfügbarkeit der Tankschiffe der Klägerin richten. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 führten ihre Tätigkeit zusammen mit den Mitarbeitern der Klägerin aus. Diese Zusammenarbeit der Beigeladenen zu 1 bis 3 mit dem jeweils anderen Mitglied der Schiffsbesatzung im Rahmen einer hierarchisch gefassten Struktur spricht entscheidend für eine abhängige Beschäftigung sowohl unter dem Aspekt der Weisungsabhängigkeit also auch der Eingliederung in die Arbeitsorganisation.

Die Eingliederung des Beigeladenen zu 1 in den Betrieb der Klägerin zeigt sich darin, dass er bei seiner Tätigkeit als Steuermann dem Schiffsführer des Tankschiffes aufgrund der "unumgänglichen hierarchischen Strukturen zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Schifffahrtsbetriebs" (so die Formulierung der Klägerin im Schriftsatz vom 6. Mai 2014) unterstand. Wie die Klägerin selbst vorgetragen hat (Schriftsatz vom 29 April 2016), hat der Steuermann eine nachgeordnete Verantwortlichkeit für den von ihm vom Schiffsführer zugewiesenen Verantwortungsbereich. Dem kann nicht entgegengehalten werden, das Arbeiten einer Schiffsbesatzung "Hand in Hand" sei eine Selbstverständlichkeit. Auch in einer hierarchischen Struktur ist es üblich, zusammenzuarbeiten, um Tätigkeiten zu erledigen.

Die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1 bis 3 unterschied sich nicht von derjenigen, die die bei der Klägerin versicherungspflichtig beschäftigten Steuermänner oder Schiffsführer ausübten. Werden Tätigkeiten ausgeübt, die sich von einer vergleichbaren Arbeitnehmertätigkeit im Allgemeinen nicht wesentlich unterscheiden, ist dies ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Dieses Indiz wird nicht dadurch entkräftet, dass sich die vertraglichen Grundlage des Tätigwerdens der Beigeladenen zu 1 bis 3 von derjenigen der unbefristet bei der Klägerin beschäftigen Steuermänner und Schiffsführer dadurch unterschied, dass die unbefristet beschäftigten Personen jederzeit zur Dienstleistung verpflichtet waren, die Beigeladenen zu 1 bis 3 aber nur dann, wenn sie im konkreten Einzelfall das Arbeitsangebot der Klägerin annahmen. Denn es ist nicht erkennbar, dass den Beigeladenen zu 1 bis 3 bei ihrer Tätigkeit größere Freiräume zustanden als den bei der Klägerin fest angestellten und versicherungspflichtig Beschäftigten, deren Tätigkeit sie übernahmen. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 setzte die Klägerin ein, wenn ihre fest angestellten Mitarbeiter verhindert waren. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 übernahmen mithin deren Aufgaben.

Die Beigeladenen zu 1 bis 3 waren in den Betrieb der Klägerin auch in sachlicher Hinsicht eingegliedert. Denn sie verwendeten keine eigenen Betriebsmittel, sondern diejenigen der Klägerin. Sie waren auf den der Klägerin gehörenden Tankschiffen tätig und nutzten auch die von der Klägerin zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel, wie Werkzeuge, Handschuhe und Schutzkleidung (Angaben der Beigeladenen zu 1 und 2 vom 2. Juni 2012 und 28. Juni 2012 in den ihnen von der Beklagten im Verwaltungsverfahren übersandten Fragebögen). Die Beigeladenen zu 1 bis 3 benötigten keinerlei Aufwendungen, um ihre Tätigkeit als Steuermann oder Schiffsführer auf den beiden Tankschiffen der Klägerin zu verrichten. Ihnen fehlte auch jede Verfügungsbefugnis über die als Transportmittel eingesetzten Tankschiffe. Diese lag allein bei der Klägerin als Eignerin.

Ein Indiz für die abhängige Beschäftigung ist entgegen der Auffassung der Klägerin, ob der Schiffsführer ein eigenes Schiff für die Transporte einsetzt. Nach der Rechtsprechung des BSG zu Fahrertätigkeiten, die aus Sicht des Senats mit den Tätigkeiten eines Schiffsführers vergleichbar sind, kann die Benutzung eines eigenen Lkw und die damit einhergehende Lastentragung in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten für eine selbständige Tätigkeit sprechen (BSG, Urteile vom 22. Juni 2005 – B 12 KR 28/03 R – juris, Rn. 28, und 19. August 2003 – B 2 U 38/02 R – juris, Rn. 26). Wird dagegen – wie hier – kein eigenes Transportmittel benutzt, spricht dies entscheidend für eine

Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers. Die mit Schiffsführern vergleichbaren Berufskraftfahrer ohne eigenes Fahrzeug sind deshalb regelmäßig abhängig beschäftigt (vgl. zum LKW-Fahrer für Sondertransporte Senatsurteil vom 27. März 2015 – L 4 R 5120/13 – nicht veröffentlicht; zu den Berufskraftfahrern LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16. Dezember 2014 – L 11 R 4236/13 – nicht veröffentlicht; Senatsurteil vom 21. November 2008 – L 4 KR 4098/06 –juris, Rn. 25 ff, Sächsisches LSG, Urteil vom 4. März 2014 – L 5 R 425/12 – juris, Rn. 20ff., Bayerisches LSG, Urteil vom 9. Mai 2012 – L 5 R 23/12 – juris, Rn. 20ff., Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 19. Juni 2009 – L 3 AL 24/08 – juris, Rn. 29ff., Hessisches LSG, Urteil vom 24. Februar 2009 – L 1 KR 249/08 – juris, Rn. 23).

Zwar sind auch bei Verwendung von Transportmitteln des Auftraggebers selbständige Tätigkeiten denkbar (vgl. etwa BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 – B 12 KR 13/07 R – juris, Rn. 23 ff.). Maßgeblich sind jedoch auch insoweit die weiteren Umstände der Tätigkeit wie die Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers und Weisungsgebundenheit gegenüber dem Auftraggeber, die das BSG in dem genannten Urteil verneinte, im vorliegenden Fall aber – wie zuvor dargelegt – gegeben war.

Die Beigeladenen zu 1 bis 3 trugen im Rahmen ihrer Tätigkeit bei der Klägerin kein nennenswertes, das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägendes Unternehmerrisiko, was im Rahmen der Würdigung des Gesamtbildes zu beachten ist (BSG, Beschluss vom 16. Oktober 2010 – B 12 KR 100/09 B – juris, Rn. 10; ständige Rechtsprechung des Senats, z.B. Urteil vom 8. Juli 2016 – L 4 R 4979/15 – juris, Rn. 46). Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 – B 12 KR 13/07 R – juris). Aus dem (allgemeinen) Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft gegebenenfalls nicht verwerten zu können, folgt kein Unternehmerrisiko bezüglich der einzelnen Einsätze (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – B 12 KR 16/13 R – juris, Rn. 36). Die Beigeladenen zu 1 bis 3 erhielten als Gegenleistung für ihre Tätigkeit für die Klägerin im Prüfzeitraum eine feste Tagespauschale entsprechend ihrem Zeitaufwand, die Beigeladenen zu 2 und 3 erhielten darüber hinaus noch Feiertagszuschläge. Eine Vergütung war ihnen damit garantiert, sofern sie einen Auftrag der Klägerin annahmen. Die Gefahr eines wirtschaftlichen Verlustes bestand dann nicht. Im Ergebnis stellte sich die Bezahlung als Lohnzahlung dar. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 setzten letztlich nur ihre Arbeitskraft und keine Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht darauf, Einnahmen zu erzielen, ein. Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der – hier im Vordergrund stehenden – Verwertung der Arbeitskraft spricht nur dann für eine Selbständigkeit, wenn ihr auch eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfanges des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüber steht (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – B 12 KR 16/13 R – juris, Rn. 36; Urteil des erkennenden Senats vom 21. November 2008 – L 4 KR 4098/06 – juris Rn. 26). Dies war hier nicht der Fall. Die Beigeladenen zu 1 bis 3 waren – wie den von ihnen gestellten Rechnungen zu entnehmen ist – in großem Umfang für die Klägerin tätig. Im Übrigen entstanden den Beigeladenen zu 1 bis 3 auch keine Kosten für die Wartung und den Kraftstoff etc. der von ihnen benutzten Tankschiffe. Hierfür kam – wie für die Genehmigungen und die übrige Besatzung – die Klägerin auf.

Für ein Unternehmerrisiko spricht auch nicht das Risiko der Beigeladenen zu 1 bis 3, nicht durchgehend arbeiten zu können. Dies ist zunächst ein Risiko, das auch jeden Arbeitnehmer trifft, der nur Zeitverträge bekommt oder auf Abruf arbeitet und nach Stunden bezahlt oder unständig Beschäftigter ist (vgl. Senatsurteile vom 23. Januar 2004 – L 4 KR 3083/02 –, und 27. März 2015 – L 4 R 5120/13 – a.a.O.). Es muss deshalb ein Wagnis bestehen, das über dasjenige hinausgeht, kein Entgelt zu erzielen. Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses Risiko deshalb regelmäßig erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt wird und zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brach liegen (Senatsurteil vom 23. Januar 2004 – L 4 KR 3083/02 – und 27. März 2015 – L 4 R 5120/13 – a.a.O.; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10. Dezember 2009 – L 16 R 5/08 – juris, Rn. 38). Dies war hier – wie ausgeführt – nicht der Fall.

Dass die Beigeladenen zu 1 bis 3 für ihre Fahrten jeweils Rechnungen mit ausgewiesener Mehrwertsteuer gestellt haben und sich der Beigeladene zu 1 auch steuerrechtlich dementsprechend als Gewerbebetrieb aufgeführt hat, kann nicht als wesentliches Indiz dafür herangezogen werden, dass sie tatsächlich hinsichtlich der Tätigkeit auf den Tankschiffen der Klägerin selbständig tätig gewesen waren. Da zwischen ihnen und der Klägerin keine "Festanstellung (auf Dauer)" beabsichtigt und gewollt war, blieb den Beigeladenen zu 1 bis 3 nichts anderes übrig, als entsprechende Rechnungen zu stellen, um so die von ihm erbrachten Arbeitsleistungen geltend machen zu können, und dann natürlich auch folgerichtig gegenüber dem Auftraggeber entsprechend Mehrwertsteuer auszuweisen. Für die Frage, ob hier tatsächlich insoweit eine selbständige Tätigkeit oder ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bestand, kann dies daher nur nachrangige Bedeutung haben.

Ein Indiz für das Vorliegen selbständigen Tätigkeit ist, dass die Beigeladenen zu 1 bis 3 keinen bezahlten Urlaub erhalten haben (vgl. BSG, Urteil vom 12. Februar 2004 – B 12 KR 26/02 R – juris, Rn. 25 – auch zum Folgenden; Urteil des Senats vom 15. April 2016 – L 4 KR 1612/15 – juris, Rn. 96). Beim Anspruch auf bezahlten Urlaub handelt es sich um ein Recht, das im Regelfall Arbeitnehmern vorbehalten ist. Selbständigen räumt das Gesetz vergleichbare Ansprüche gegenüber ihrem Vertragspartner nur im Ausnahmefall der arbeitnehmerähnlichen Personen ein (vgl. § 2 Satz 2 Bundesurlaubsgesetz), so dass die tatsächliche Gewährung von bezahltem Erholungsurlaub ein Indiz für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses ist. Den Beigeladenen zu 1 bis 3 wurde hingegen kein bezahlter Erholungsurlaub gewährt. Dies wäre auch gar nicht sinnvoll möglich und notwendig gewesen, weil ja – siehe oben – gar kein dauerhaftes Arbeitsverhältnis bestanden hat, in dessen Verlauf Urlaub hätte gewährt werden können.

Auch das Fehlen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist als Indiz für selbständige Tätigkeit anzusehen (BSG, Urteil vom 12. Februar 2004 – B 12 KR 26/02 R – juris, Rn. 26 – auch zum Folgenden; Urteil des Senats vom 15. April 2016 – L 4 KR 1612/15 – juris, Rn. 97). Bei der Entgeltfortzahlung handelt es sich ebenfalls um ein typischerweise Arbeitnehmern vorbehaltenes Recht. Selbständigen räumt das Gesetz vergleichbare Ansprüche gegenüber ihren Vertragspartnern nicht ein. Konnten die Beigeladenen zu 1 bis 3 krankheitsbedingt Aufträge der Klägerin nicht annehmen oder aufgrund nach Auftragsannahme eingetretener Erkrankung den Auftrag nicht durchführen, hatten sie keinen Anspruch auf eine Vergütung und erhielten sie auch tatsächlich nicht. Solche Vertragsgestaltungen sind konsequent, wenn beide Seiten eine selbständige freie Mitarbeit wollen (etwa Beschluss des Senats vom 20. August 2015 – L 4 R 861/13 – juris, Rn. 67 m.w.N. – auch zum Folgenden). Insofern gilt zwar, dass dem keine entscheidende Bedeutung zukommen kann, wenn die für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen Kriterien – Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers – bereits zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung führen. In einem solchen Fall werden vertragliche Absprachen oder deren Unterlassen durch die gesetzlichen Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und über Urlaubsansprüche verdrängt bzw. ersetzt. Entscheidend ist hier aber die tatsächliche Handhabung durch die Beteiligten (vgl. Urteil des Senats vom 15. April 2016 – L 4

KR 1612/15 – juris, Rn. 97; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. Oktober 2014 – L 11 R 4761/13 – juris, Rn. 35), die belegt, dass der Ausschluss eines Lohnfortzahlungsanspruchs im Krankheitsfall nicht nur zum Schein vereinbart, sondern tatsächlich auch so praktiziert worden ist; keiner der Beteiligten hat behauptet, die Beigeladenen zu 1 bis 3 hätten solche oder andere Arbeitnehmerrechte gegenüber der Klägerin geltend gemacht oder hätten sie mit Erfolg gerichtlich geltend machen können.

In der Gesamtabwägung können diese Aspekte aber den aufgrund der Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin bestehenden überwiegenden Eindruck einer abhängigen Beschäftigung nicht durchgreifend erschüttern.

Dass der Beigeladene zu 1 ein Gewerbe angemeldet hat, ist nicht aussagekräftig, da eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung nicht stattfindet.

Der Umstand, dass die Beigeladenen zu 1 und 2 nach ihren Angaben in den Fragebögen der Beklagten im streitigen Zeitraum auch für andere Auftraggeber tätig waren, kommt im vorliegenden Fall kein solches Gewicht zu, dass deren Tätigkeit als selbständige beurteilt werden könnte. Zwar ist es ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit, für mehrere Auftraggeber tätig zu sein, nicht zuletzt weil sie die wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Auftraggeber bzw. Arbeitgeber reduziert oder gar aufhebt (Senatsurteil vom 8. Juli 2016 – L 4 R 4979/15 – juris, Rn. 49). Die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ist jedoch für jedes Vertragsverhältnis gesondert vorzunehmen. Die hier vorliegende Eingliederung der Beigeladenen zu 1 und 2 in den Betrieb der Klägerin überwiegt in der Gesamtabwägung. Hinzu kommt bei dem Beigeladenen zu 1, dass er aufgrund der von ihm in Rechnung gestellten Einsatztage (243 Einsatztage im Jahr 2008, 225 Einsatztage im Jahr 2009, 208 Einsatztage im Jahr 2010 und 260 Einsatztage im Jahr 2011) fast keine Möglichkeit hatte, für andere Auftraggeber tätig zu sein.

Indiz für eine selbständige Tätigkeit ist zwar auch, dass der Beigeladene zu 2 nach seinem Vorbringen nicht persönlich tätig werden musste. Auch dem kommt in der Gesamtabwägung aber im konkreten Fall kein ausschlaggebendes Gewicht zu. Denn unabhängig davon, dass dies nie vorkam, steht die Befugnis, Arbeiten an andere Arbeiter zu delegieren, nicht zwingend der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses entgegen. Die Befugnis, die Tätigkeit zu delegieren, ist allein kein entscheidendes Kriterium für eine selbständige Tätigkeit, weil sie nichts darüber aussagt, inwieweit von ihr Gebrauch gemacht wird, realistischer Weise überhaupt Gebrauch gemacht werden könnte und sie damit die Tätigkeit tatsächlich prägt (vgl. BSG, Urteil vom 11. März 2009 – B 12 KR 21/07 R – juris, Rn. 17; BSG, Urteil vom 18. November 2015 – B 12 KR 16/13 R – juris, Rn. 33). Im Übrigen bestehen in diesem Zusammenhang aber auch erhebliche Zweifel, ob die Klägerin tatsächlich mit einer Übertragung auf eine andere Person einverstanden gewesen wäre, nachdem sie die Dienste des Beigeladenen zu 2 nach ihrem Vorbringen auch deshalb in Anspruch nahm, weil diese über besondere Fähigkeiten im Zusammenhang mit der Führung eines Tankschiffs verfügte. Schließlich ist auch nicht erkennbar, wen der Beigeladene zu 2 als Vertretung hätte einsetzen können, da er über keine Mitarbeiter verfügte. Ein Vertreter hätte die für das Führen eines Tankschiffes erforderlichen schifffahrtrechtlichen Patente haben müssen.

Soweit der Beigeladene zu 1 eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat, kann dies ebenfalls nicht als wesentliches Indiz dafür herangezogen werden, dass er tatsächlich hinsichtlich der Fahrten mit dem Tankschiff der Klägerin selbständig tätig gewesen ist. Dies gibt nur Aufschluss darüber, wie der Beigeladene zu 1 seine Tätigkeit selbst bewertet hat. Darauf kommt es aber nicht an.

b) Die Höhe der nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich der Umlagen wurde von der Beklagten jedenfalls nicht zu Lasten der Klägerin errechnet. Die vom Senat angeregte Korrektur der Höhe der Beiträge im Hinblick auf den Beigeladenen zu 2 berücksichtigte die Beklagte im Bescheid vom 19. Oktober 2016. Einwände sind von der Klägerin insoweit nicht erhoben worden.

Nicht zu prüfen hat der Senat, ob andere Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1 bis 3 als Selbständige oder als abhängig Beschäftigte Auswirkungen auf die Höhe des zu entrichtenden Gesamtsozialversicherungsbeitrags sowie der Umlagen hat.

Das Verfahren zur Erhebung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen im Fall einer Betriebsprüfung durch die Träger der Rentenversicherung ist zweigeteilt (BSG, Urteil vom 28. Mai 2015 – B 12 R 16/13 R – juris, Rn. 22 ff, auch zum Folgenden). Die Träger der Rentenversicherung führen "nur" die turnusmäßige (Außen)Prüfung in den Unternehmen durch. Einem nach einer solchen Prüfung vom Träger der Rentenversicherung erlassenen Zahlungsbescheid aufgrund der ihm durch § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV eingeräumten Befugnis zur Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen kommt nur der Charakter eines Grundlagenbescheides für die Erhebung der Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu, weil Betriebsprüfungen ihrerseits eine über die bloße Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung nicht entfalten. Die Betriebsprüfung hat insbesondere den Zweck, den Einzugsstellen durch Sicherstellung von Arbeitgeberunterlagen und -aufzeichnungen eine Berechnungsgrundlage zu verschaffen, damit diese die notwendigen Schritte zur Geltendmachung von Ansprüchen auf (rückständige) Beiträge (vgl. § 28h Abs. 1 Satz 3 SGB IV) unternehmen können. Ein im Rahmen einer Betriebsprüfung erlassener Leistungs- bzw. Zahlungsbescheid des Rentenversicherungsträgers ist für die Einzugsstellen verbindlich. Die maximale Höhe der (rückständigen) Gesamtsozialversicherungsbeiträge als Ausgangsbasis für den Beitragseinzug ist nach der dem Beitrags(erhebungs)verfahren des SGB IV immanenten Trennung zwischen Überprüfung des Arbeitgebers einerseits und seiner Überwachung sowie der Geltendmachung von Beitragsansprüchen andererseits (vgl. hierzu den Zusammenhang zwischen § 28h Abs. 1 Satz 2 und 3, § 28p Abs. 1 Satz 3, Abs. 3, § 76 Abs. 3 und 4 SGB IV) nämlich Sache der Einzugsstellen als Gläubiger der Beitragsforderungen und von diesen in einem gesonderten Verwaltungsverfahren vorzunehmen, wenn wegen versicherungs- und/oder beitragsrechtlicher Änderungen eine Abweichung von den Prüffeststellungen in Betracht kommt (BSG, a.a.O., Rn. 23). Demgemäß ist es Sache der Einzugsstellen aufgrund der von dem prüfenden Träger der Rentenversicherung erfolgten Unterrichtung (§ 28p Abs. 3 SGB IV) im Rahmen der ihnen obliegenden Aufgabe, den Beitragseinzug zu überwachen, zu prüfen, inwieweit weitere Tatsachen, die die Höhe des Gesamtsozialversicherungsbeitrags berühren, Auswirkungen auf die vom geprüften Arbeitgeber zu zahlenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge haben. Insoweit besteht kein Unterschied, wenn der Arbeitgeber den ihm obliegenden Verpflichtungen zur Meldung nach § 28a SGB IV nachkommt. Auch er hat möglicherweise keine Kenntnis von weiteren Tätigkeiten seines Arbeitnehmers und kann deshalb nicht prüfen, ob und gegebenenfalls welche Auswirkungen dies auf die Versicherungspflicht in den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung hat (z.B. fehlende Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze aufgrund des erzielten Arbeitsentgelts weiteren abhängigen Beschäftigungen oder wegen hauptberuflich selbständiger Erwerbstätigkeit; nur Beitragsanteil des Arbeitgebers zur Rentenversicherung wegen des Bezugs einer Altersrente aus der gesetzlichen Rentenversicherung des Arbeitnehmers). Dies ist Aufgabe der Einzugsstellen im Rahmen der Beitragsüberwachung.

Soweit der Senat in der Vergangenheit – wie zunächst auch im vorliegenden Fall – solche Sachverhalte überprüfte, hält er hieran unter Berücksichtigung des genannten Urteils des BSG vom 28. Mai 2015 (a.a.O.) nicht mehr fest.

4. Der Senat sieht sich nicht gedrängt, weitere Ermittlungen von Amts wegen (§ 103 SGG) durchzuführen.

a) Dem Antrag der Klägerin, den Beigeladenen zu 2 zu den in der Berufungsbegründung vom 26. Juni 2014 auf Seite 20/21 aufgeführten Tatbestandsmerkmalen anzuhören, kann der Senat nicht Folge leisten. Der Senat hatte dem Beigeladenen zu 2 die Terminsbestimmung vom 18. Oktober 2016 zugestellt. Diesem stand es frei, zur mündlichen Verhandlung am 9. Dezember 2016 zu erscheinen. Als am Verfahren Beteiligter kann er nicht vom Senat als Zeuge vernommen werden, so dass der Senat auch nicht von den Maßnahmen Gebrauch machen konnte, um das Erscheinen eines Zeugen durchzusetzen. Anlass, gegen ihn als Beteiligten wegen des Nichterscheinens Ordnungsmaßnahmen zu verhängen, bestanden nicht.

b) Der Antrag der Klägerin, zu der Ablösertätigkeit in der deutschen Binnenschifffahrt, die – nach Ansicht der Klägerin – ganz maßgeblich in selbständiger Tätigkeit und gerade nicht in abhängiger Tätigkeit erfolge, ein Sachverständigengutachten bei der Schifferbörse zu Duisburg-Ruhrort einzuholen, wird abgelehnt. Die Frage, ob die Ablösertätigkeit in der deutschen Binnenschifffahrt dem Grunde nach in selbständiger oder abhängiger Tätigkeit ausgeübt wird, ist eine Rechtsfrage. Maßgeblich ist – wie dargelegt – nach ständiger Rechtsprechung des BSG, nach erfolgter Indizienabwägung eine Prüfung im Einzelfall vorzunehmen. Die Ussancen im Allgemeinen sind insoweit nicht von Relevanz.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG in Verbindung mit §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Da Klägerin und Beklagte nicht zu den in § 183 SGG genannten Personen gehören, finden nach § 197a SGG die VwGO und das Gerichtskostengesetz (GKG) Anwendung. Die von der Beklagten während des Berufungsverfahrens um EUR 4.894,52 verminderte Nachforderung ist mit einem Anteil von 3,45 % der ursprünglichen Nachforderung nur gering.

6. Zur Zulassung der Revision bestand kein Anlass.

7. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf EUR 142.084,81 festgesetzt. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 63, Abs. 2 und 3, 52 Abs. 1 und 23, 47 Abs. 1 GKG. Die Höhe des Streitwerts ergibt sich daraus, dass sich die Klägerin zum Zeitpunkt der Einlegung der Berufung gegen die mit (Teil-)Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2012 in der Fassung des Bescheids vom 19. März 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 16. Oktober 2013 erhobene Beitragsforderung i.H.v. von EUR 142.084,81 wandte und insoweit die Aufhebung dieser Bescheide begehrte.
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2016-12-24