S 34 R 20/13

Land
Hamburg
Sozialgericht
SG Hamburg (HAM)
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung

34
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 34 R 20/13

Datum
10.11.2017
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen

L 3 R 8/18
Datum
09.05.2018

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits mit Ausnahme der Kosten des Beigeladenen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich dagegen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen als Reiseleiter bei der Klägerin als sozialversicherungspflichtige Tätigkeit eingestuft wurde. Bei der Klägerin handelt es sich um einen mittelständischen Betrieb, der auf dem Gebiet der Stadt Touristenrundfahrten in Doppeldeckerbussen auf verschiedenen Routen (z.B. Museumslinie oder Classic Linie) mit festen Fahrplänen und Abfahrtszeiten anbietet und durchführt. Pro Bus werden ein Fahrer und ein Reiseleiter eingesetzt. Die eingesetzten Personen sind teilweise Arbeitnehmer der Firma und werden mit den von der Klägerin als Selbständige geführten Personen auch gemischt für Touren eingesetzt. Die Beklagte führte vom 19.11.2010 bis zum 17.06.2011 bei der Klägerin eine Betriebsprüfung nach [§ 28p](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V) für den Prüfzeitraum 01.01.2006 bis zum 31.12.2010 durch. Mit Schreiben vom 06.07.2011 hörte die Beklagte die Klägerin zur geplanten Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status mehrerer für die Klägerin tätiger Personen unter anderem auch des Beigeladenen für seine Tätigkeit für die Zeit ab 01.01.2006 an und teilte mit, dass sie beabsichtige für die ausgeübte Beschäftigung Versicherungspflicht festzustellen. Die Reiseleiter hätten die Aufgabe, die Fahrkarten an die Gäste zu veräußern und die jeweilige Tour zu moderieren. Eigene Betriebsmittel würden hierfür nicht eingesetzt. Die Möglichkeit angetragene Aufträge anzunehmen oder abzulehnen könne grundsätzlich zwar als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angesehen werden, weil der Betroffene damit den Umfang seiner Tätigkeit weitgehend selbst bestimmen könne. Doch seien auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehnt. Die Reiseleiter hätten keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der jeweiligen Tour. Die Strecken, die Fahrtzeiten und somit auch die zu moderierenden Sehenswürdigkeiten seien von der Klägerin fest vorgegeben. Somit liege eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation vor. Ebenfalls kein entscheidendes Kriterium für eine selbständige Tätigkeit sei die Tatsache, dass die Auftragnehmer auch für andere Auftraggeber tätig seien. Denn auch ein abhängig Beschäftigter könne für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein. Auch die vorhandene Gewerbeanmeldung sei kein Indiz für eine Selbständigkeit, weil diese ohne weitergehende Prüfung der Tätigkeit erteilt würde. Die fehlende Zahlung von Urlaubsgeld oder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall sei Ausfluss der Vertragsgestaltung und somit auch kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Mit Schreiben vom 26.08.2011 nahm die Klägerin zu der Anhörung Stellung. Es sei nicht zutreffend, dass die Reiseleiter keinen Einfluss auf die Tour hätten. Vielmehr gestalte es sich so, dass die Reiseleiter die Tour seien. Sie allein bestimmten die Anzahl und die Detailliertheit der moderierten Sehenswürdigkeiten. Sie selbst ermittelten anhand eigener Vorlieben, Vorkenntnisse und ggf. Neigungen der Zuhörergruppe, welche Sehenswürdigkeiten besprochen würden. Es entspreche schlichtweg dem gesunden Menschenverstand, dass bestimmte Sehenswürdigkeiten der Stadt natürlich moderiert würden. Es sei nicht verständlich, warum dem Umstand keine gesteigerte Bedeutung zugemessen werde, dass die Möglichkeit der Reiseleiter bestehe, einzelne Touren abzulehnen. Eine relevante Selbstverantwortlichkeit, die deutlich für eine selbständige Tätigkeit spreche, sei auch darin zu sehen, dass wenn die Reiseleiter die Aufträge annähmen, sie zur Leistung des bestimmten Erfolges – nämlich der Durchführung und Moderierung der Fahrt – verpflichtet seien. Falle der Reiseleiter kurzfristig aus, sei er selbst verpflichtet, Ersatz zu beschaffen, ein Anspruch auf Vergütung bestehe insoweit nur, wenn der geschuldete Erfolg auch erbracht werde. Schließlich teile die Beklagte noch mit, dass weder der Umstand, dass die einzelnen Auftragnehmer in teilweise erheblichem Umfang auch für andere Auftraggeber tätig sind, noch das Vorliegen entsprechender Gewerbeanmeldungen für sie ein entscheidendes Kriterium für ihre Entscheidung darstelle. Mit Statusfeststellungsbescheid vom 24.10.2011 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen seit dem 01.06.2006 bei der Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Die Versicherungspflicht beginne auch am 01.06.2006 und bestehe in der Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die Argumentation im Rahmen der Anhörung wird im Wesentlichen wiederholt. Ergänzend wird argumentiert, dass die Reiseleiter keinen Einfluss auf die Ausgestaltung der jeweiligen Tour hätten. Die Strecken, die Fahrtzeiten und somit auch die zu moderierenden Sehenswürdigkeiten seien von der Klägerin fest vorgegeben, bzw. ergäben

sich aus dem Verlauf der Tour. Die Reiseleiter planen diese Touren nicht. Es sei gerade der Geschäftszweck der Klägerin für Touristen (Kunden) jeweils einen genau identischen Tourverlauf anzubieten, der durch die anzufahrenden Haltestellen auf der jeweiligen Tour festgelegt sei. Aufgrund der Möglichkeit, die Tour an den jeweiligen Haltestellen jederzeit unterbrechen zu können und die Fahrt später fortzusetzen, müsse zwangsläufig gewährleistet sein, dass sie Moderation durch die Reiseleiter nahezu identisch sei. Die bekannten Sehenswürdigkeiten (z.B. das Rathaus) würden immer erklärt. Der Gestaltungsspielraum bei der Moderation sei auch durch den einzuhaltenden Fahrplan derart reduziert, dass für eine Selbständigkeit kein Raum bleibe. Auch bei abhängig Beschäftigten bestehe immer ein gewisser Spielraum für die Erledigung der Tätigkeit, ohne dass diese dadurch zu Selbständigen würden. Somit liege eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation vor. Kein entscheidendes Kriterium für eine selbständige Tätigkeit sei die Tatsache, dass die Auftragnehmer auch für andere Auftraggeber tätig werden dürften. Denn auch ein abhängig Beschäftigter könne für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein. Es sei darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, grundsätzlich zwar als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angesehen werden könne, weil der Betroffene damit den Umfang seiner Tätigkeit weitgehend selbst bestimme. Doch seien auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überließen, ob er im Anforderungsfall tätig werden wolle oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfalle ablehne. Den mit Datum vom 24.11.2011 eingelegten Widerspruch begründete die Klägerin mit Schreiben vom 30.10.2012 in einem Parallelverfahren näher. Hier werden im Wesentlichen die Argumente aus dem Anhörungsverfahren wiederholt und ergänzend vorgetragen, dass im Rahmen einer vollständigen Steuerprüfung des Betriebs durch die zuständige Finanzbehörde festgestellt worden sei, dass die ausgekehrten Auftragshonorare steuerlich zutreffend als fremde Dienstleistungen ausgewiesen und bei den Auftragnehmern als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit zu versteuern gewesen seien. Der steuerrechtlichen Behandlung komme eine Indizwirkung zu, zudem sei an den Grundsatz des rechtmäßigen Verwaltungshandelns zu erinnern, aus diesem Grundsatz ausfließend und vor dem Hintergrund des Abwägungsgebotes erscheine die Verwaltungsentscheidung als ermessensfehlerhaft. Bei anderen Unternehmen sei bei einem identischen Lebenssachverhalt die Selbständigkeit anerkannt worden, im Hinblick auf die Tatbestandswirkung könne der Sachverhalt bei der Klägerin nicht anders gewürdigt werden. Mit Widerspruchsbescheid vom 10.12.2012 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Es liege eine persönliche Abhängigkeit zur Klägerin vor, dass die Touren von der zuständigen Genehmigungsbehörde genehmigt werden müssten, werde nicht angezweifelt. Für die Eingliederung und die Weisungsgebundenheit sei es letztlich völlig unerheblich, ob die Tour mittelbar oder unmittelbar vorgegeben sei. Zwar spreche für eine selbständige Tätigkeit, dass die Reiseleiter von Fall zu Fall geordert und dann kraft einzelvertraglicher Regelung beschäftigt wurden, dass sie ihre Leistungen wie Selbständige anrechnen und es ihnen freistand, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein. Seien die Reiseleiter aber im Einzelfall für die Klägerin tätig, dann zeige ihr Tätigwerden im Hinblick auf das völlige Fehlen eigener Betriebsmittel, vor allem aber im Hinblick auf die zeitliche Bindung ihrer Person durch feste Taktung der Fahrten nach einem Haltestellenplan, sowie im Hinblick auf die Vorgaben zur inhaltlichen Ausgestaltung, alle für eine vollständige Eingliederung in einen fremden Betrieb erforderlichen Merkmale. Ein unternehmerisches Risiko liege nicht vor. Der Einsatz eines Mikrofons sei kein erheblicher Einsatz von Betriebsmitteln und sei auch im Arbeitnehmerbereich nicht unüblich. Eine erfolgsabhängige Vergütung sei auch bei Arbeitnehmern üblich. Das einseitige Abwälzen von Risiken wie z.B. Ausfall eines Busses ohne dass die Vergütung gewährt werde, mache die Reiseleiter nicht zu Selbständigen. Da die Reiseleiter keine eigenen Betriebsmittel bereitstellen müssten, gingen sie infolgedessen auch kein erhebliches unternehmerisches Risiko ein. Hiergegen richtet sich die Klägerin mit der mit Datum vom 07.01.2013 beim Sozialgericht Hamburg erhobenen Klage und führt ergänzend aus, dass die Tätigkeit des Beigeladenen einen hohen Grad an Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit aufweise. Die Reiseleiter seien jederzeit befugt, ihnen angebotene Aufträge abzulehnen. Die Klägerin plane anhand der kurz und mittelfristigen Wettervorhersage sowie dem erwarteten Touristenaufkommen die Anzahl der durch sie einzusetzenden Reisebusse. Daraufhin frage sie sodann die Verfügbarkeit der einzelnen Reiseleiter aus dem bei ihr zusammengestellten Pool von bekannten Reiseleitern an. Den jeweiligen Reiseleitern werde angeboten, sich aus den vorhandenen Fahrzeiten und Fahrrouten ihre Fahrten entsprechend ihrem Kenntnisstand über die dort zu betrachtenden Sehenswürdigkeiten auszuwählen. Nehmen sie die Aufträge an, seien sie zur Leistung des bestimmten Erfolges – nämlich der Durchführung und Moderation der Fahrt – verpflichtet. Falle der Reiseleiter sodann kurzfristig aus, sei dieser selbst dafür verantwortlich, Ersatz zu beschaffen. Ein Anspruch auf Vergütung bestehe insoweit nur, wenn der geschuldete Erfolg auch erbracht werde. Als weiteres Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit sei die Gewerbeanmeldung als "selbständiger Reiseleiter" sowie die steuerliche Veranlagung der Einkünfte als "Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb" durch den jeweiligen Mitarbeiter. Ferner seien die Reiseleiter verpflichtet, eine vorherige Prüfung zum zertifizierten Reiseleiter bei der zuständigen Aufsichtsbehörde abzulegen. Nach erfolgreich abgelegter Prüfung seien die Reiseleiter sodann auch dazu verpflichtet, sich regelmäßig in geeigneter Form fortzubilden, die Kosten hätten sie selbst zu tragen.

Die Klägerin beantragt, den Statusfeststellungsbescheid der Beklagten vom 24.10.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.12.2012 betreffend des Reiseleiters, H. aufzuheben und festzustellen, dass dieser im Betrieb der Klägerin, sozialversicherungsrechtlich nicht als abhängig Beschäftigter, sondern als freier Mitarbeiter einzustufen ist und nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie verweist zur Begründung im Wesentlichen auf die Begründung des Widerspruchsbescheides.

Das Gericht hat H. beigeladen (Beschluss vom 07.08.2013). Der Beigeladene und der Geschäftsführer der Klägerin wurden in der mündlichen Verhandlung angehört, für Einzelheiten wird auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung verwiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird zudem auf die Gerichtsakte zum vorliegenden Verfahren und der Verfahren [S 51 R 91/12 ER](#) sowie [L 3 R 19/12 B ER](#) sowie den Verwaltungsvorgang der Beklagten verwiesen, die bei der Entscheidung des Gerichts vorgelegen haben.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage hat in der Sache keinen Erfolg. Der streitgegenständliche Bescheid der Beklagten vom 24.10.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10.12.2012 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Rechtsgrundlage des Prüfbescheides ist [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#). Die Entscheidung der Beklagten beruht auf [§ 28p Abs. 1 SGB IV](#). Nach Satz 1 dieser Vorschrift prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach diesem Gesetzbuch, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag stehen, ordnungsgemäß erfüllen, sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)) mindestens alle vier Jahre. Nach Satz 5 erster Halbsatz 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. Maßgeblich für die Beurteilung der Versicherungspflicht in den genannten Zweigen der Sozialversicherung aufgrund einer abhängigen Beschäftigung als Arbeitnehmer sind für das Recht der Krankenversicherung [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), für das Recht der sozialen Pflegeversicherung [§ 20 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), für die gesetzliche Rentenversicherung [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) und hinsichtlich des Rechtes der Arbeitsförderung [§§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III). Inhalt der Prüfung nach [§ 28p Abs. 1 SGB IV](#) sind auch die Umlagen U1 (Aufwendersersatz für Entgeltfortzahlung bei Krankheit) und U2 (Aufwendersersatz bei Mutterschaft und Beschäftigungsverboten während der Schwangerschaft) nach dem Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung (Aufwendungsausgleichsgesetz – AAG), auch wenn dies nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist (vgl. Scheer, in: jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 28p Rn. 151 ff). Die Rechtmäßigkeit des auf [§ 28 p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) gestützten Bescheides hängt letztlich davon ab, ob sich die von dem Beigeladenen für die Klägerin geleistete Tätigkeit als eine nichtselbständige Arbeit im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) qualifizieren lässt oder eine selbständige Tätigkeit darstellte. Mit dem vorliegenden Bescheid wurde nur eine Entscheidung über den sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen getroffen. Eine Entscheidung über die Beitragshöhe ist in einem gesonderten Bescheid getroffen wurden. 1. Der Bescheid ist formell rechtmäßig, insbesondere ist die Klägerin gem. [§ 24](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) mit Schreiben vom 06.07.2011 vor Erlass des Prüfbescheides angehört worden. 2. Der Bescheid ist auch materiell rechtmäßig. Die Beklagte hat zu Recht festgestellt, dass der Beigeladene im Rahmen seiner Tätigkeit als Reiseführer für die Klägerin seit dem 01.06.2016 als abhängig Beschäftigter der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung, Kranken- Pflegeversicherung, sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. a) Allgemeiner gesetzlicher Ausgangspunkt für die Beurteilung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Eine Beschäftigung ist also abzugrenzen von einer selbständigen Tätigkeit. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes setzt eine Beschäftigung voraus, dass ein Arbeitnehmer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist (exemplarisch BSG, Urteil vom 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), zitiert nach juris). Dies ist bei einer Tätigkeit nach Weisung infolge des Direktionsrechtes eines Arbeitgebers der Fall. Zu prüfen ist die Fremdbestimmtheit der Arbeit. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Zu prüfen ist, ob hinsichtlich von Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausübung der Tätigkeit ein umfassendes Weisungsrecht besteht. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit anzunehmen insbesondere bei Vorliegen eines eigenen Unternehmerrisikos, dem Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, der Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und eine im Wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (exemplarisch BSG, Urteil vom 04.07.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), zitiert nach juris). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Anknüpfungspunkt der Prüfung ist das Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten, wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen wird. Eine im Widerspruch zur 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. 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 (vgl. BSG, Urteil vom 25. Januar 2006, Az. B 12 KR 0/04 R; zitiert nach juris). Zur Beurteilung, ob eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit vorliegt, kommt es nicht auf den subjektiven Willen der Beteiligten an, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse im Einzelfall. Zu berücksichtigen ist zudem auch, dass der Gesetzgeber den unselbständigen Erwerbstätigen den Schutz der Sozialversicherung zwangsweise zugutekommen lassen will. Weist im Einzelfall eine Tätigkeit sowohl Merkmale der Abhängigkeit wie der Selbständigkeit auf, so kommt es bei der Beurteilung des Gesamtbildes darauf an, welche Merkmale überwiegen und der Arbeitsleistung das Gepräge geben (st. Rspr. des BSG, u.a. Urteil vom 28.01.1999, Az. [B 3 KR 2/98 R](#)). b) Unter Zugrundelegung dieser rechtlichen Vorgaben ist die Kammer im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung zu der Auffassung gelangt, dass vorliegend die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände zwischen dem Beigeladenen und der Klägerin überwiegen. Die Beklagte ist in dem angefochtenen Bescheid zutreffend zu der Einschätzung gelangt, dass der Beigeladene seine Tätigkeit als Reiseführer bei der Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt hat. aa) Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass es zwischen dem Beigeladenen und der Klägerin einen schriftlichen Vertrag gegeben hätte. Vielmehr basierte die Tätigkeit des Beigeladenen als Reiseleiter für die Klägerin auf mündlichen Absprachen. Dem Vorbringen der Vertragsparteien ist nichts zu entnehmen, was darauf schließen lässt, dass die mündlichen Abreden inhaltlich über die Vereinbarung der jeweils in Frage kommenden Arbeitstage des nächsten Monats oder der nächsten Wochen hinausgingen. Aufgrund dessen musste die Kammer davon ausgehen, dass sich die Inhalte der mündlichen Einzelabreden oder Abreden über SMS im Kern nicht voneinander unterschieden haben und für den gesamten Zeitraum im Wesentlichen dieselben Bedingungen für die Tätigkeit des Beigeladenen galten. Der Beigeladene war bei der Durchführung der Stadtrundfahrten nicht frei. Die Klägerin bot feste Touren mit Bussen an. Damit waren die Strecken, die Fahrtzeiten und somit auch die zu moderierenden Sehenswürdigkeiten von der Klägerin fest vorgegeben, bzw. ergaben sich aus dem Verlauf der Tour. Die Reiseleiter planten diese Touren nicht selbst. Es ist davon auszugehen, dass es gerade der Geschäftszweck der Klägerin war, für Kunden jeweils einen genau identischen Tourverlauf anzubieten, der durch die anzufahrenden Haltestellen auf der jeweiligen Tour festgelegt war. Aufgrund der Möglichkeit die Tour an den jeweiligen Haltestellen jederzeit unterbrechen zu können und die Fahrt später fortzusetzen, musste zwangsläufig gewährleistet sein, dass sie Moderation durch die Reiseleiter nahezu identisch, aber zumindest sehr ähnlich ist. Der Gestaltungsspielraum bei der Moderation war durch den einzuhaltenden Fahrplan derart reduziert, dass für eine Selbständigkeit kein Raum bleibt. Soweit die Klägerin hier vorträgt, dass "der Reiseleiter die Tour ist", da er allein die Anzahl und die Detailliertheit der moderierten Sehenswürdigkeiten bestimmt habe, spricht dies nicht gegen eine Weisungsgebundenheit. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die Route der Tour grundsätzlich vorgegeben war und daher nur Abweichungen innerhalb der Route zulässig waren und daher schon deshalb nicht uneingeschränkt, sondern nur sehr begrenzt möglich waren. Zum anderen ergibt es sich daraus, dass es offenbar auch der Klägerin gar nicht darauf ankam, dass auf den Touren ein bestimmtes Wissen transportiert wurde und entsprechende inhaltliche Qualitätsstandards eingehalten wurden. So hat der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung auf die Frage, ob es bestimmte Anforderungen an die Reiseleiter im streitgegenständlichen Zeitraum gab, erklärt, dass Reiseleiter, die Geschichtszahlen herunterleiern nicht das seien, was die Klägerin wolle. Es komme vielmehr auf die Persönlichkeit des Reiseleiters an. Es gebe lediglich ein paar Vorschriften dahingehend, dass keine Adressen von natürlichen Personen bekannt gegeben werden sollten, dass keine beleidigenden Äußerungen getätigt werden sollten und nichts Politisches gesagt werden solle, also alles, was irgendjemanden verletzen könne. Der Beigeladene hat auch selbst vorgetragen, dass er keine Ausbildung als Reiseleiter absolviert oder eine entsprechende Prüfung abgelegt habe und dass es große Standards nicht gegeben habe. Auch bei abhängig Beschäftigten bestehe immer ein gewisser Spielraum für die Erledigung der Tätigkeit, ohne dass diese dadurch zu Selbständigen werden. Für die Annahme einer Weisungsgebundenheit im Rechtsinne ist nicht ausschlaggebend, inwieweit Weisungen im Einzelfall noch Gestaltungsmöglichkeiten auf Seiten des Reiseführers offen ließen. Eine Vielzahl von abhängigen Beschäftigungsverhältnissen wird davon geprägt, dass Einzelheiten der Ausgestaltung der Tätigkeit von dem Beschäftigten selbst konkretisiert werden. Auch ein ggf. erheblich eingeschränktes Weisungsrecht schließt die Zuordnung zum Typus der Beschäftigung dann

nicht aus, wenn es zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert ist (BSG, Urteile vom 25.04.2012, Az. [B 12 KR 24/10 R](#) und vom 20.03.2013, Az. [B 12 R 13/10 R](#); jeweils zitiert nach Juris). Auch solche Dienste werden als Beschäftigung i.S.v. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben und in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (BSG, Urteil vom 19.06.2001, Az. [B 12 KR 44/00 R](#); zitiert nach Juris). Solange jemand in einen für ihn fremden, d.h. den Interessen eines anderen dienenden und von seinem Willen beherrschten Betrieb eingegliedert ist und damit der objektiven Ordnung dieses Betriebes unterliegt, ist er abhängig beschäftigt (BSG, Urteil vom 18.11.1980, Az. [12 RK 76/79](#); zitiert nach Juris). Ein solcher Fall einer Integration in von anderer Seite vorgegebene Betriebsabläufe liegt hier vor. Der Beigeladene wurde bei seinen Fahrten als Reiseleiter für die Klägerin in deren Betrieb und nicht in seinem eigenen tätig. Dies gilt zunächst für die Routen der von der Klägerin organisierten Stadtrundfahrten. Welche Strecke im Rahmen der Stadtrundfahrt abzufahren war, ergab sich aus einer von der Klägerin vorgegebenen Routenführung. So war es dem Beigeladenen nicht gestattet, eine Stadtrundfahrt mit nach eigenem Gutdünken ausgewählten Orten in der Stadt zu gestalten. Auch weil die Klägerin Stadtrundfahrt im streitgegenständlichen Zeitraum dergestalt durchführte, dass die Kunden an den Haltestellen die Tour jederzeit unterbrechen und später fortsetzen konnten, musste eine feste Route eingehalten werden. Insoweit war der Freiraum des Beigeladenen schon stark begrenzt. Eingegliedert in den Betrieb der Klägerin war der Beigeladene auch, soweit er die Tickets für die Tour zu dem von der Klägerin vorgegebenen Preis an die Fahrgäste verkaufte und Werbeprospekte für die Tour der Klägerin vor dem Bus verteilte. Insbesondere aber nutzte er vollständig die von der Klägerin (auch hinsichtlich der Kraftstoffkosten) unterhaltenen materiellen Betriebsmittel, vor allem dessen Fahrzeuge und auch die Arbeitsleitung des durch die Klägerin gestellten Busfahrers. Schließlich hob sich der Beigeladene auch nicht durch eigene Arbeitskleidung von den bei der Klägerin angestellten Mitarbeitern ab, was ein Indiz gegen eine Eingliederung darstellen könnte. Selbst wenn es als zutreffend unterstellt wird, dass der Beigeladene nicht in Uniform der Klägerin gearbeitet hat und die festangestellten Mitarbeiter dies getan haben, so hat der Beigeladene angegeben, dass es für die Touristen trotzdem nicht erkennbar gewesen ist, dass er nicht für die Klägerin tätig war, sie hätten ihn dem Bus zuordnen können und er habe auch die Prospekte für den Bus in der Hand gehabt und diese verteilt. Insoweit hat er Werbung für die Klägerin gemacht. Es gab etwa kein Namensschild, was auch Dritten gegenüber eine selbstständige Tätigkeit deutlich gemacht und einen freiberuflichen Status postuliert hätte. Allein diese Äußerlichkeiten vermögen eine selbstständige Tätigkeit aber ohnehin nicht zu begründen, zumal es bei Aushilfsbeschäftigungen aus Gründen der Wirtschaftlichkeit nachvollziehbar ist, wenn (die einheitliche) Arbeitskleidung nicht zur Verfügung gestellt wird (vgl. Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteil vom 27.09.2017, Az. [L 5 R 4632/16](#); zitiert nach Juris, Rn. 53). Auch zur Weihnachtsfeier der Klägerin wurde der Beigeladene eingeladen, auf der keine Unterschiede zwischen den festangestellten Mitarbeitern der Klägerin und dem Beigeladenen gemacht wurden, was ebenfalls für die Eingliederung in das Unternehmen spricht. Weiterhin hatte nach glaubhafter Aussage des Beigeladenen nicht der Beigeladene für Ersatz zu sorgen, wenn er ausgefallen ist, sondern konnte bei der Klägerin absagen und diese hat sich dann selbst um Ersatz bemüht. Letztlich ist der Beigeladene Teil eines bei der Klägerin, wenn teilweise auch kurzfristig, geführten Dienstplanes geworden und damit in die betriebliche Organisation der Klägerin eingegliedert gewesen. Der Beigeladene trug, soweit er für die Klägerin tätig wurde, zudem keinerlei unternehmerisches Risiko. Als maßgebendes Kriterium anzusehen ist nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen für das Vorliegen eines unternehmerischen Risikos, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft oder größere Verdienstchancen gegenüberstehen. Aus dem (allgemeinen) Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft ggf. nicht verwerten zu können, folgt kein Unternehmerrisiko bezüglich der einzelnen Einsätze (BSG, Urteile vom 18.11.2015, Az. [B 12 KR 16/13 R](#) und vom 31.03.2015, Az. [B 12 KR 17/13 R](#); jeweils zitiert nach Juris und m.w.N.). Der Beigeladene hat seine Arbeitskraft nicht mit dem Risiko eingesetzt, keine Vergütung zu erhalten. Dem stand grundsätzlich schon die Vergütung nach gefahrener Tourrunde entgegen (vgl. nur BSG, Urteil vom 19.08.2015, Az. [B 12 KR 9/14 R](#); zitiert nach Juris). Da die Touren an einen Fahrplan gebunden waren, konnte z.B. auch eine Tour nicht schneller geführt werden und dadurch z.B. der Gewinn durch zeitliche Verkürzung beeinflusst bzw. optimiert werden. Das zur Erledigung der Aufträge erforderliche Kapital in Form der genannten Betriebsmittel brachte die Klägerin auf. Sie allein trug das Risiko, mit den ihr hierfür seitens der Endkunden gewährten Entgelte die damit verbundenen Kosten einschließlich des Tourengeldes des Reiseleiters und des Dienstlohns der Busfahrer zu decken und evtl. Gewinne zu erwirtschaften. Soweit der Beigeladene angegeben hat, dass er neben dem festen Rundengeld auch pro von ihm verkauftem Fahrticket eine feste Provision erhalten hat, ändert dies an der Beurteilung entsprechend einer Gewährung einer Tantieme neben dem Monatsgehalt nichts. Die Provision kann als eine Art Tantieme gewertet werden. Das Bundessozialgericht hat insoweit mehrfach ausgeführt, dass allein die Gewährung einer Tantieme nicht ausreicht, um eine Beschäftigung auszuschließen, da diese auch bei Arbeitnehmern nicht ungewöhnlich ist (BSG, Urteil vom 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), m.w.N.; zitiert nach Juris). Der Beigeladene hat für seine Tätigkeit nach eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung zudem keine Werbung gemacht, auch eine Haftpflichtversicherung hat er für seine Tätigkeit nicht abgeschlossen. Nach eigenen Angaben hat er sich erst gar nicht darum gekümmert, ob die Möglichkeit bestand, eine Versicherung abzuschließen. Zudem hat der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass er davon ausgehe, dass die Klägerin dafür gehaftet hätte, wenn auf den Touren etwas passiert wäre. Auch die von der Klägerin und Beigeladenen angenommene Haftung der Klägerin spricht für ein Vorliegen des unternehmerischen Risikos auf Seiten der Klägerin. Für eine Beschäftigung spricht ferner, dass nahezu dieselbe Tätigkeit zumindest auch von einer angestellten Mitarbeitern der Klägerin ausgeübt wurde (BSG, Urteil vom 25.04.2012, Az. [B 12 KR 24/10 R](#); zitiert nach Juris). Dass keine Arbeitnehmerschutzrechte wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder bezahlter Urlaub vereinbart waren, kann nicht als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit herangezogen werden. Solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn beide Seiten eine selbstständige freie Mitarbeit wollten. Auch die Gewerbeanmeldung ist aus denselben Gründen kein aussagekräftiges Indiz. bb) Daneben lassen sich aber auch – in ihrer Bedeutung untergeordnete – Umstände feststellen, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen. Hierzu zählen indes nicht Vereinbarungen, die darauf gerichtet sind, an den Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigtenstatus anknüpfende arbeits-, steuer- und sozialrechtliche Regelungen abzubedingen bzw. zu vermeiden (z.B. Nichtgewährung von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Urlaub bzw. von Urlaubsgeld; Verpflichtung, Einnahmen selbst zu versteuern; Obliegenheit, für mehrere Auftraggeber tätig zu werden oder für eine Sozial- und Krankenversicherung selbst zu sorgen). Solche Abreden lassen ausschließlich Rückschlüsse auf den Willen der Vertragsparteien, Beschäftigung auszuschließen, zu (vgl. auch [§ 32 SGB I](#)). Darüber hinaus kommt solchen Vertragsklauseln bei der im Rahmen des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) vorzunehmenden Gesamtabwägung keine eigenständige Bedeutung zu (BSG, Urteil vom 18.11.2015, Az. [B 12 KR 16/13 R](#); zitiert nach Juris m.w.N.). Werden die entsprechenden Rechte dem Erwerbstätigen hingegen ausdrücklich vertraglich eingeräumt, spricht dies entscheidend für den Willen der Vertragsparteien, ein Arbeits- und somit auch ein Beschäftigungsverhältnis zu begründen. Indizien für eine selbstständige Tätigkeit liegen aber darin, dass der Beigeladene seine Leistung selbst in Rechnung gestellt und ein Gewerbe angemeldet hat. Formalen Kriterien dieser Art kommt indes generell nur eine sehr geringe Bedeutung zu. Als weiteres Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit kann die Tatsache, dass der Beigeladene auch für andere Auftraggeber tätig werden durfte, sein, aber kein entscheidendes Kriterium, denn auch ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein, die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann grundsätzlich zwar als Indiz, aber

nicht als entscheidendes Kriterium angesehen werden. Selbst wenn man annehme würde, dass der Beigeladene völlig frei in der Entscheidung gewesen wäre, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, würde zwar die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen grundsätzlich als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit angesehen werden können, weil der Betroffene damit den Umfang der Tätigkeit weitgehend selbst bestimmen könnte. Doch auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse sind Vertragsgestaltungen nicht unüblich, bei denen weitestgehend dem Arbeitnehmer überlassen wird, ob er beim Anforderungsfall tätig werden möchte oder ob er ein konkretes Angebot ablehnt. Denn auch in solchen Fällen, in denen auf Abruf oder bei Vertretungssituationen lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann einem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen (vgl. Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 23.11.2015, Az. [L 7 R 1008/14](#); zitiert nach Juris, Rn. 101). cc) In der Gesamtabwägung kommt den für eine abhängige Tätigkeit sprechenden Gesichtspunkten nach alledem stärkeres Gewicht zu. Angesichts dessen kommt es auf den tatsächlichen Willen der Vertragsparteien, keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung begründen zu wollen, nicht mehr an. Diesem Willen kommt nach der Rechtsprechung des BSG indizielle Bedeutung nur zu, wenn dieser Wille den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird bzw. die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbstständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen (BSG, Urteil vom 28.05.2008, Az. [B 12 KR 13/07 R](#); zitiert nach Juris). Dies ist hier jedoch nicht der Fall angesichts des Überwiegens der für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Kriterien. Pauschale Vergleiche mit anderen Unternehmen in derselben Branche greifen nicht, da es sich bei jeder Beschäftigung um einen individuellen Sachverhalt handelt, der gesondert zu bewerten ist und können an der Bewertung im Einzelfall nichts ändern. 3. Aus dem Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung folgt vorliegend die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Umstände, die die Versicherungspflicht ausschließen bzw. eine Versicherungsfreiheit begründen, liegen ebenso wenig vor wie eine Befreiung von der Versicherungspflicht. 4. Die Klägerin stellt in diesem Verfahren nicht als Versicherte, Leistungsempfängerin oder Behinderte einen Antrag. Daher gehört sie nicht zu dem Personenkreis, der nach [§ 183 SGG](#) von Kosten für das gerichtliche Verfahren befreit ist. Die Kostenpflichtigkeit dieses Verfahrens ergibt sich aus [§ 197 a SGG](#). Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 1](#) und [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung und folgt dem Ausgang des Rechtsstreites.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2020-07-16