L 9 KR 344/13

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
9
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 210 KR 323/10
Datum
02.10.2013
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 9 KR 344/13
Datum
12.11.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 KR 35/17 B
Datum
06.11.2017
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. In einen fremden Betrieb eingegliedert ist, wer zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit vollständig auf die von einem anderen („Auftraggeber“) unterhaltenen materiellen Betriebsmittel (hier: Fuhrpark) sowie dessen immaterielle Betriebsmittel (hier: Konzession nach dem Personenbeförderungsgesetz) angewiesen ist.

2. Die Anschaffung von Gegenständen wie Handy und PC lässt nur dann auf ein unternehmerisches Risiko schließen, wenn diese Gegenstände gerade im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit angeschafft, hierfür eingesetzt und das aufgewandte Kapital bei Verlust des Auftrags und/oder ausbleibenden weiterer Aufträge als verloren anzusehen wäre (vgl. BSG, Urteil vom 18. November 2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -, juris). Es spricht nach der allgemeinen Lebenserfahrung nichts dafür, dass Gegenstände wie Handy und PC, die mittlerweile in vielen Haushalten sogar mehrfach vorhanden sind, durch die Aufgabe einer Tätigkeitsform wertlos werden. Im Übrigen genügt es bei (auch höherwertigen) Anschaffungen nicht, dass ein Erwerbstätiger irgendwelche Investitionen im Hinblick auf eine angestrebte selbständige Tätigkeit vornimmt. Zu fordern ist vielmehr ein nachvollziehbarer Zusammenhang mit der für die Statusprüfung maßgeblichen Tätigkeit.

3. Nicht für eine selbständige Tätigkeit sprechen Vertragsklauseln, 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 - (vgl. BSG, Urteil vom 18. November 2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -).

4. Der Wille der Vertragsparteien kann nicht Ausgangspunkt einer Statusprüfung sein. Denn dem Willen der Vertragsparteien kommt nur indizielle Bedeutung zu (vgl. BSG, Urteil vom 18. November 2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -, juris, m.w.N.).

5. Wer sich auf das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit beruft, trägt die Beweislast für die Tatsache, dass Dritte in prägendem Umfang in die Leistungserbringung eines Auftragnehmers eingebunden waren.

6. Es geht im Rahmen der Beweislast zuungunsten des aufzeichnungspflichtigen Arbeitgeber, wenn bei grundsätzlich bejahter Beschäftigung nachträglich nicht mehr aufgeklärt werden, an welchen Tagen im Einzelnen eine Tätigkeit ausgeübt wurde.

7. Zur Beschäftigung eines Busfahrers, der Stadtrundfahrten durchführt.

Auf die Berufung des Klägers werden das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 02. Oktober 2013 und der Bescheid der Beklagten vom 06. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03. Februar 2010, beide in der Fassung des Bescheides vom 12. November 2012, geändert. Es wird festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Arbeit als Busfahrer für den Kläger an folgenden Tagen nicht der Versicherungspflicht in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung unterlag: 1., 2., 7.-9., 14.-16., 21.-23., 27., 28. Juli 2009, 1.-4., 8.-12., 17.-20., 24., 25., 29., 30. August 2009, 1., 5.-8., 12.-16., 19.-21., 26., 28., 29. September 2009, 2.-5., 7.-11., 15.-30. November 2009. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger und der Beigeladene zu 1) zu 15/16 und die Beklagte zu 1/16. Die übrigen Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) aufgrund einer Tätigkeit als Busfahrer für den Kläger in der Zeit vom 1. Juli 2007 bis 31. März 2010.

Der Beigeladene zu 1) beendete durch eine Eigenkündigung zum 30. Juni 2007 seine Beschäftigung bei der Firma des Klägers (B E Stadtrundfahrten). Nach dem dieser Beschäftigung zugrunde liegenden Arbeitsvertrag vom 12. Mai 2006 wurde der Beigeladene zu 1) als Kraftomnibusfahrer bei einem Stundenlohn von 10,50 Euro brutto eingestellt, wobei er nicht nur zu Mehrarbeit, auch an Sonn- und Feiertagen, gegen Freizeitausgleich verpflichtet war, sondern auch zu anderen Arbeiten als Stadtrundfahrten, z.B. ins europäische Ausland, mit LKW, Personenbeförderung in PKW, Fahrten für andere Unternehmen mit deren Fahrzeugen sowie zu Tätigkeiten, die für die Betriebs- und Einsatzfähigkeit der Fahrzeuge notwendig waren (Tanken, Überprüfung von Flüssigkeitsständen, Fahrzeugreinigung etc.).

Der zwischen dem Kläger als Auftraggeber und dem Beigeladenen zu 1) als Auftragnehmer geschlossene "Vertrag über freie Mitarbeit" (VfM) vom 1. Juli 2007 sah u.a. folgende Vereinbarungen vor:

§ 1 Vertragsgegenstand

Herr Z wird für den Auftraggeber als freier Mitarbeiter tätig. Durch ein jeweiliges Auftragschreiben werden die anfallenden Aufgaben vereinbart.

Der Auftragnehmer hat als Gewerbetreibender die Pflicht, den geltenden gesetzlichen Bestimmungen nachzukommen, insbesondere eine eigene Buchführung vorzunehmen, Mehrwertsteuer, Einkommenssteuer, eventuell Gewerbesteuer und andere obligatorische Leistungen an den bzw. Dritte anzuführen.

Der Auftragnehmer sichert zu, dass er jederzeit über eine Gewerbeanmeldung verfügt. Seine derzeitige Gewerbeanmeldung wird in Kopie als Anlage zu diesem Vertrag genommen. Der Auftragnehmer sichert ebenfalls zu, über eine Fahrerlaubnis und einen Personenbeförderungsschein zu verfügen. Entsprechende Kopien werden als Anlage diesem Vertrag beigelegt. § 2 Vertragsbeginn

Das Vertragsverhältnis beginnt am 01.07.2007.

§ 3 Ablehnungsrecht des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer hat das Recht, einzelne Aufträge des Auftraggebers ohne Angabe von Gründen abzulehnen.

§ 4 Verhältnis des Auftragnehmers zu Dritten

Der Auftragnehmer hat das Recht, auch für dritte Auftraggeber tätig zu sein. Einer vorherigen Zustimmung des Auftraggebers bedarf es hierfür nicht, es sei denn, dass der Auftraggeber zugleich auch für einen Wettbewerber des Auftraggebers tätig werden will. Hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber einen Auftrag bestätigt und erfolgt dennoch eine Absage, so haftet der Auftragnehmer dem Auftraggeber für den entstandenen Schaden.

§ 5 Der Auftragnehmer wird als freiberuflicher Busfahrer für den Auftraggeber tätig sein.

§ 6 Vergütung

Der Auftragnehmer erhält für seine nach § 1 des Vertrages erbrachte Tätigkeit ein Stundenhonorar von 12,00 EUR zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Die Abrechnung des Werklohnes erfolgt monatlich nach Rechnungslegung durch den Auftragnehmer. Die Rechnungsbeträge sind binnen 14 Tagen zahlbar.

§ 7 Kosten und Aufwendungen des Auftragnehmers

Soweit Kosten für den Bürobereich, technische Vorrichtungen und sonstiges im Rahmen der Auftragstätigkeiten anfallen, sind diese vom Auftragnehmer zu tragen.

§ 11 Weitere Bestimmungen

Nebenabreden zu diesem Vertrag bestehen nicht. Änderungen und/oder Ergänzungen bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für einen Verzicht auf das Schriftformerfordernis.

Nach einer von beiden Vertragsparteien unterzeichneten "Anlage zu Werkvertrag" vom 24./25. April 2009 durfte das elektronische Stadterklärungssystem nur für den Zweck der Stadterklärung benutzt werden; diese Verpflichtung habe der Auftragnehmer - der Beigeladene zu 1) - auch an seine Erfüllungsgehilfen weiterzugeben.

In der Zeit vom 1. Juli 2007 bis zum 31. Dezember 2010 hatte der Beigeladene zu 1) für die Tätigkeit als "selbständiger Busfahrer für verschiedene Auftraggeber" ein Gewerbe angemeldet, für die Zeit bis zum 31. Dezember 2008 auch für die Tätigkeit "Gebäudereinigung".

Auf der Grundlage mündlicher Vereinbarungen wurde der 1938 geborene Vater des Beigeladenen zu 1), der Zeuge O Z, ab dem 1. September 2008 für diesen tätig. Für die Firma "Gebäudereinigungen K Z" (2008) bzw. "Ticket-Handel-Stadtrundfahrt K Z" (2009) meldete der Beigeladene zu 1) seinen Vater als geringfügig Beschäftigten nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Viertes Buch (SGB IV) mit einer Arbeitszeit unter 18 Stunden bei der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See (Minijob-Zentrale) an und entrichtete hierfür zumindest bis Dezember 2009 Beiträge an diese. Nach den eingereichten Meldebescheinigungen gemäß § 25 Datenerfassungs- und -übermittlungsverordnung (DEÜV) betrug 2009 das beitragspflichtige Bruttoarbeitsentgelt 4.275,- Euro.

In der Folgezeit erzielte der Beigeladene zu 1) aus seiner Tätigkeit für den Kläger und für andere Auftraggeber folgende Einkünfte (Rechnungslegung jeweils incl. Mehrwertsteuer):

Monat Stundenzahl Rechnungen gegenüber Kläger in EUR Einnahmen aus Fahrkartenverkauf (*) und Rechnungen gegenüber anderen Auftraggebern in EUR

Jul 07 248,50 3.548,58 83,30 49,98 59,50 Aug 07 230,00 3.284,40 47,60 95,20 Sep 07 229,50 3.277,26 29,75 Okt 07 218,50 3.120,18 109,48 238,00 Nov 07 150,00 2.142,00 25,00 Dez 07 228,25 3.259,41 Gesamt 07 1.304,75 18.631,83 737,81

Jan 08 190,50 2.720,34 59,50 49,98 Feb 08 119,00 1.699,32 59,50 59,50 59,50 Mrz 08 152,75 2.181,27 Apr 08 303,00 4.326,84 59,50 Mai 08 311,00 4.441,08 847,88&8314; Jun 08 269,50 3.848,46 124,36 Jul 08 199,25 2.845,29 325,00&8314; Aug 08 230, 78 3.295,11 390,00 Sep 08 242,00 345,76 1.148,35&8314; 540,00&8314; 560,00&8314; 500,00 325,00&8314; Okt 08 312,00 4.455,36 325,00 Nov 08 151,25 2.159,86 255,00 Dez 08 170,75 2.438,31 Gesamt 08 2.421,00 35.012,00 5.433,07

Jan 09 222,50 3.177,30 Feb 09 216,00 3.084,48 2.000,00* Mrz 09 225,25 3.216,57 421,63 4.505,00* Apr 09 240,25 3.430,77 Mai 09 302,25 4.316,13 Jun 09 295,25 4.216,17 Jul 09 273,25 3.902,01 4.780,00* Aug 09 210,00 2.998,80 2.800,00* Sep 09 261,75 3.737,79 192,78 119,00 1.640,00* Okt 09 320,50 4.576,74 2.040,00* 556,92 Nov 09 177,00 2.527,56 888,93 285,60 453,39 Dez 09 63,75 910,35 1.060,25&8314; Gesamt 09 2.807,75 40.094,67 21.743,50

Jan 10 10,50 149,94 1.917,09&8314; 528,36 474,81 Mrz 10 18,00 257,08 985,32&8314; 871,08&8314;&8314; Gesamt 10 28,50 407,02 4.776,66 &8314; Monat der Leistungserbringung und Abrechnungsmonat (teilweise) nicht identisch &8314;&8314; Zufluss im Folgemonat

Wegen der "Busanmietung für zwei Transfere" am 22. und 26. September 2008 stellte der Kläger dem Beigeladenen zu 1) 500 Euro (einschließlich Mehrwertsteuer) in Rechnung. Ferner veräußerte der Kläger an den Beigeladenen zu 1) mehrmals - zumindest im November 2008, März und Juli bis September 2009 - Tickets für Stadtrundfahrten, welche der Beigeladene zu 1) zu einem höheren Preis an Fahrgäste weiter veräußerte.

Ausweislich der eingereichten Einkommenssteuerbescheide erzielte der Beigeladene zu 1) folgende Einkünfte aus Gewerbebetrieb als Einzelunternehmer: Jahr Einkünfte 2007 8.622 Euro 2008 - 808 Euro 2009 24.278 Euro 2010 - 828 Euro

Im Rahmen seines am 12. August 2008 eingeleiteten Statusfeststellungsverfahrens bei der Beklagten beantragte der Kläger die Feststellung, dass kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliege. Im Laufe des weiteren Verfahrens reichte der Kläger u.a. "24 Fahrtenschreiberblätter betreffend den AN Z, O bei Tätigkeit für E Busbetrieb" ein.

Mit Bescheid vom 6. März 2009, bestätigt durch den Widerspruchsbescheid vom 3. Februar 2010, stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Busfahrer beim Kläger seit dem 1. Juli 2007 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde und die Versicherungspflicht dem Grunde nach mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung beginne.

Im Klageverfahren hat der Kläger vorgebracht: In den fraglichen Jahren ab 2007 habe er bis zu 10 Busse und regelmäßig bis zu 12 Fahrer, darunter einen leitenden Angestellten, gehabt. Häufig sei der Beigeladene zu 1) nicht selbst gefahren, sondern habe die Aufträge an seinen Vater übertragen. Dieser sei spätestens seit 2007 Rentner, früher Fahrer bei der BVG und damit Inhaber aller Führerscheine und der Befugnis, Personen zu transportierten, gewesen. Der Beigeladene zu 1) habe seinem - des Klägers - Disponenten jeweils im Voraus die Termine mitgeteilt, an denen er als Fahrer eingesetzt werden könne. Der Disponent habe dann aus diesen Optionen die für ihn günstigen Termine herausgesucht. Andere Termine habe der Beigeladene zu 1) regelmäßig abgelehnt. Nur in Ausnahmefällen sei er bereit gewesen, Stadtrundfahrten außerhalb der ursprünglich genannten Termine anzunehmen. In den Monaten "September/November und Dezember" 2007 habe der Vater des Beigeladenen zu 1) mehr Dienstleistungen für sein - des Klägers - Unternehmen übernommen als der Beigeladene zu 1) selbst. Er - der Kläger - sei damit einverstanden gewesen, dass der Vater des Beigeladenen zu 1) für ihn Fahrten durchführe. Das habe der Beigeladene zu 1) selbst entscheiden können. Dieser sei auch für andere Auftraggeber, darunter zwei Konkurrenzunternehmen, gefahren und habe Gebäudereinigungsleistungen für verschiedene Auftraggeber erbracht. Die angestellten Fahrer hätten an den Haltestellen Fahrkarten an die Gäste verkauft, für die sie eine Provision von 5 % des Verkaufspreises erhielten. Der Beigeladene zu 1) habe die von ihm im Voraus erworbenen Fahrkarten zu einem Preis verkauft, der um 10 % unter dem Preis gelegen habe, den alle Fahrer von den Kunden bzw. Endverbrauchern verlangen sollten. Die Differenz sei die Gewinnmarge des Beigeladenen zu 1) gewesen. Während seine - des Klägers - angestellten Mitarbeiter während der Sommersaison keinen Urlaub hätten nehmen dürfen, habe der Beigeladene zu 1) für diese Monate keine Termine zur Auswahl angeboten. Ferner habe der Beigeladene zu 1) für sein Unternehmen Flyer gedruckt und Reklame für sich gemacht.

Der Beigeladene zu 1) hat angegeben, er sei zu keinem Zeitpunkt verpflichtet gewesen, die Arbeitsleistung persönlich zu erbringen. Da er am Anfang seiner Unternehmereigenschaft gestanden habe, habe er sich entschieden, zunächst nur eine Person zu beschäftigen, um seine finanziellen Belastungen in einem überschaubaren Rahmen zu halten. Das zugesicherte Gehalt seines Arbeitnehmers habe er regelmäßig gezahlt und nicht danach, ob er genügend Einkommen erziele. Die auf seinen Namen lautende Gebäudereinigungsfirma habe auch die Dienstleistungen als Busfahrer sowie sämtliche anderen Tätigkeiten unternommen und abgerechnet. Ein auf seinen Namen lautendes Busunternehmen habe es zu keiner Zeit gegeben. Mit einem selbst beschafften Bus, einem Achtsitzer, den er für Stadtrundfahrten angeschafft habe, habe er sich an das Brandenburger Tor gestellt und die vom Kläger gekauften Tickets veräußert. Seine Tätigkeit für den Kläger habe so ausgesehen, dass er zum Tätigkeitsbeginn erschienen sei und seinen eingeteilten Bus abgeholt habe. Er habe eigene Schlüssel gehabt und nach Fahrtende das Fahrzeug gereinigt und abgestellt. Im Unterschied zu den angestellten Fahrern habe er Tickets auf eigene Rechnungen verkauft und sich auch nicht melden müssen, wenn er zum Tätigkeitsbeginn erschienen sei. Sein Vater habe für ihn bis maximal 72 Stunden monatlich im Wesentlichen für Fahrten bei dem Kläger gearbeitet, die restlichen Fahrten habe er selbst geleistet.

Im Rahmen seiner Zeugenvernehmung vor dem Sozialgericht hat der Vater des Beigeladenen zu 1) ausgesagt, er sei im Rahmen der Geringfügigkeit, ca. 5 bis 6 Tage im Monat, immer dann für seinen Sohn gefahren, wenn dieser keine Zeit gehabt habe. Er habe auch Tickets verkauft, wenn unterwegs Fahrgäste zugestiegen seien.

Nachdem die Beklagte durch den Bescheid vom 12. November 2012 die oben genannten Bescheide dahin abgeändert hatte, dass in der seit dem 1. Juli 2007 vom Beigeladenen zu 1) ausgeübten Beschäftigung Versicherungspflicht zu allen Zweigen der gesetzlichen

Sozialversicherung bestehe, und in der mündlichen Verhandlung vom 2. Oktober 2013 die getroffenen Feststellungen auf den Zeitraum bis zum 31. März 2010 beschränkt hatte, hat das Sozialgericht die Klage mit Urteil vom selben Tag abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Bei der tatsächlichen Leistungserbringung (Fahren eines Busses) sei ein Unterschied zu einem angestellten Fahrer nicht zu erkennen. Genau wie der angestellte Fahrer habe der Beigeladene zu 1) auf die Wünsche und Belange der Fahrgäste Rücksicht zu nehmen. Wie bei einem abhängig Beschäftigten würden Start und Ziel der Fahrt bzw. Personen vorgegeben, was sich im vorliegenden Fall schon aus der Art der Tätigkeit (Stadtrundfahrten auf einer festgelegten Strecke mit festgelegten Haltestellen) ergebe. Die Anschaffungskosten für die Kraftfahrzeuge und die Betriebskosten würden vom Kläger getragen. Der Beigeladene zu 1) setze bei seiner Tätigkeit als Fahrer kein Kapital ein, sondern nutze ein ihm vom Kläger zur Verfügung gestelltes Kraftfahrzeug. Die Voraussetzungen für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung überwiegen. Es seien einzelne durch Einzelvereinbarung vereinbarte befristete Tätigkeiten auf der Grundlage der Rahmenregelung im freien Mitarbeitervertrag vereinbart worden. Die Tätigkeit sei voll umfänglich fremdbestimmt gewesen. Die (geringfügige) Beschäftigung seines Vaters habe für den Beigeladenen zu 1) kein unternehmerisches Risiko begründet, da dieser nur und insoweit beschäftigt worden sei, als auch Aufträge durch den Kläger erteilt worden seien.

Gegen dieses ihm am 4. November 2013 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung des Klägers vom 25. November 2013, zu deren Begründung er vorbringt: Nach den Angaben seines früheren Disponenten (Herr N) habe der Beigeladene zu 1) 2007 im Zusammenhang mit seiner angekündigten Selbständigkeit erklärt, er habe seinen Vater angestellt und daher "sinngemäß zwei Fahrer ‚anbieten‘ " können. Auftragschreiben an den Beigeladenen zu 1) fänden sich in den Akten nicht. Der Beigeladene zu 1) habe immer zum Monatsende mitgeteilt, an welchen Tagen des kommenden Monats er oder sein Vater Aufträge annehmen könnten. Er habe später mit dem Beigeladenen zu 1) vereinbart, dass dieser als Auftragnehmer auch andere Personen einsetzen könne. § 613 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) sei somit abgedungen worden. Eine ausdrückliche schriftliche Absprache hierzu gebe es nicht. Indizien sprächen dafür, dass der Beigeladene zu 1) seinen Vater in größerem Umfang eingesetzt habe als bislang geschildert. Es sei offenkundig auch häufiger vorgekommen, dass der Beigeladene zu 1) und sein Vater parallel Fahrten erledigt hätten, nach den noch vorhandenen Zeiterfassungsbögen in folgendem Umfang:

Monat in 2009 Beigeladene zu 1) Zeuge Juli 176 h 97 h August 131,75 h 78,25 h September 129,5 h 132,25 h November 43,5 h 133,5 h

Manche Einsätze seien je zur Hälfte vom Beigeladenen zu 1) und seinem Vater gefahren worden. Es sei auch immer wieder vorgekommen, dass der Zeuge tagsüber gefahren sei und der Beigeladene zu 1) abends die Busse gereinigt habe. Es sei über die Fahrtenschreiberblätter hinaus keine weitere Kontrolle erforderlich gewesen, wer welches Fahrzeug nutze. Der Beigeladene zu 1) habe nur die eine von ihm - dem Kläger - angebotene Stadtrundfahrttour gefahren, weil er nur dort habe Tickets verkaufen können. Stadtrundfahrten für Reisegruppen oder mit Reisebussen habe er abgelehnt. In einigen Fällen (z.B. eine Sonderfahrt am 11. Juli 2009 nach L) sei der Beigeladene zu 1) zwar als Auftragnehmer für Gruppenfahrten aufgetreten, habe jedoch seinen Vater fahren lassen. Der Beigeladene zu 1) habe aber auch für eigene Fahrten Fahrzeuge von ihm - dem Kläger - angemietet. Die erste Stadtrundfahrt eines Tages starte in der Regel um 10 Uhr, die letzte im Sommer um 18 Uhr, im Winter um 15 Uhr. Zusätzliche Abfahrten gebe es bei besonderem Andrang (z.B. besondere Events, warme Sommerabende). Soweit der Beigeladene zu 1) gegenüber ihm - dem Kläger - für einige Monate mehr als 300 Stunden abgerechnet habe, sei darauf hinzuweisen, dass abrechnungsfähig nur solche Stunden gewesen seien, die sich innerhalb der Lenkzeitvorschriften zuzüglich An- und Abfahrt zur Einsatzstelle bewegten. Erlaubt seien für Busfahrer maximal 4,5 Stunden am Stück. Danach müsse er zwingend eine Erholungszeit von 45 Minuten einhalten ohne anderweitige Tätigkeit. Er habe also während dieser 45 Minuten Ruhezeit keine Fahrgäste herumführen oder ihnen Sehenswürdigkeiten erläutern dürfen. Außerdem seien zwingend 2 Tage Lenkpause pro Woche vorgeschrieben. Die üblichen Fahr-/Tourenzeiten in seinem Betrieb lägen zwischen 10 und 18 Uhr. Folglich könne der Beigeladene zu 1) maximal an 5 Tagen in der Woche jeweils höchstens 9 Stunden abrechnungsfähig tätig gewesen sein; dies seien rechnerisch höchstens 193,5 Stunden monatlich. Es könne also nicht sein, dass der Beigeladene zu 1) alle diese Zeiten persönlich erbracht habe. Leider verfüge er - der Kläger - nicht mehr über die Fahrtenschreiber, da die gesetzliche Aufbewahrungsfrist hierfür ein Jahr betrage. Es sei häufiger vorgekommen, dass der Beigeladene zu 1) von vornherein bestimmte Zeiten nicht angeboten habe, um sie für andere Auftraggeber frei zu halten. Möglichkeiten zur inhaltlichen Ausgestaltung hätten für den Beigeladenen zu 1) darin bestanden, dass er habe entscheiden können, ob und wie lange er an vorgegebenen Haltestellen anhalte, um Besuchern Besichtigungen zu Fuß zu ermöglichen. Außerdem sei er frei gewesen, welche Texte er ansage oder welche Musik er spiele. Er habe die Fahrtroute - nicht aber Start und Ziel - teilweise selbst gestalten können, habe aber auch Haltepunkte mit vielen Touristen angesteuert, weil er ein eigenes Interesse gehabt habe, möglichst viele Fahrkarten zu verkaufen. Anders als angestellte Fahrer habe er unterwegs keine Weisungen des Klägers erhalten und zusätzlich auch dort halten dürfen, wo er es für sinnvoll gehalten habe. Er sei gehalten gewesen, die Tour möglichst einzuhalten, habe aber die Freiheit gehabt, hiervon abzuweichen. Er habe daher an bestimmten Haltepunkte nicht anhalten müssen, wenn die Verkehrslage es nicht zugelassen hätten oder es nicht für sinnvoll gehalten habe. Weil der Zeuge angegeben habe, er sei im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung tätig gewesen, spreche vieles dafür, dass bei dem Beigeladenen zu 1) über den Subunternehmer-Einsatz ein deutlicher Gewinn entstanden sei. Ein Unternehmerrisiko bestehe auch deshalb, weil der Beigeladene zu 1) umsatzsteuerlich als Unternehmer gewürdigt worden sei und für ihn - den Kläger - "auf die in Rechnung gestellten Umsatzsteuerbeträge die Zahlungen in der verlangten Höhe" erhalten habe. Sollte diese Einordnung falsch sein, müsste der Beigeladene zu 1) ihm die empfangenen Zahlungsbeträge sowie dem Finanzamt die anteilige Vorsteuer, die er selbst aus Eingangsrechnungen geltend gemacht habe, erstatten. Ein Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht, in dem er den Beigeladenen zu 1) auf Erstattung möglicherweise überzahlter Umsatzsteuer in Anspruch nehme, ruhe im Hinblick auf das hiesige Verfahren.

Der Beigeladene zu 1) trägt vor, ein expliziter Stundenlohn des Zeugen habe nicht existiert; es sei "auf der sog. 400,00 Euro-Pauschalbasis bei 72 Stunden monatlich abgerechnet" worden. Der Verdienst habe 300.- Euro monatlich in 2008 und 356,25 Euro monatlich in 2009 betragen. Sein Vater sei oft mehr für ihn gefahren, als es der geringfügigen Vergütung entsprochen habe; er sei quasi umsonst für ihn gefahren. Eine Aufstellung über die einzelnen Arbeitsstunden/-tage seines Vaters sei nicht mehr beizubringen. Er sei auch im fraglichen Zeitraum im Wesentlichen die Route gefahren, die der Kläger auch seinen beschäftigten Fahrern vorgeben, schon weil auf dieser Route die besten Einnahmemöglichkeiten bestanden hätten. Er habe sämtliche Tickets, die er auf den für Kläger durchgeführten Stadtrundfahrten veräußert habe, zunächst bei diesem ge- und anschließend an Fahrgäste zu dem aufgedruckten, auch für ihn verbindlichen Preis verkauft. Sein Gewinn habe in der Differenz zwischen Ein- und Verkaufspreis gelegen. Die Tickets an die Reisenden habe er nicht gegen Bon oder Quittung verkauft, sodass insoweit nur die eingereichten Eigenbelege zur Verfügung ständen. Wenn er z.B. vom Kläger einen Posten Tickets für 7.164,93 Euro gekauft habe, innerhalb eines Monats jedoch lt. Eigenbeleg nur Tickets für 4.505.- Euro verkauft habe, habe er für rund 2.700.- Euro Tickets übrig behalten, deren Verkauf er nicht habe vorhersehen können. Dies sei durch die Rechnung vom 8. März 2009 und den Eigenbeleg vom 22. März 2009 bewiesen. Für die von ihm selbst organisierten Fahrten habe er keine Tickets des Klägers verwendet.

Sowohl im Rahmen seiner Angestelltenarbeit als auch bei seiner selbstgestalteten Tätigkeit habe der Kläger die Stadtführer (meist Studenten) bestellt, die während der Fahrt die Sehenswürdigkeiten erklärt hätten. Ab 2009 sei ein elektronisches Erklärungssystem eingeführt worden, welches er – der Beigeladene zu 1) – habe benutzen können. Ergänzend habe er manchmal selbst zum Mikrofon gegriffen. Für seine selbstständige Tätigkeit habe er neben Handy und PC zunächst zwei PKW für die Gebäudereinigung angeschafft und im Jahre 2008 einen Acht-Sitzer, den er für eigene Stadtrundfahrten eingesetzt habe. Seine eigene Fahrtätigkeit habe damals nur etwa 40 % seiner gesamten Arbeitszeit ausgemacht.

Der Kläger und der Beigeladene zu 1) beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 02. Oktober 2013 und den Bescheid der Beklagten vom 06. März 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Februar 2010, beide in der Fassung des Bescheides vom 12. November 2012, aufzuheben und festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Busfahrer für ihn in der Zeit vom 01. Juli 2007 bis zum 31. März 2010 nicht der Versicherungspflicht in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

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

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist weitgehend unbegründet. Im Wesentlichen zu Recht hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Zu Recht ist die Beklagte in den o.g. Bescheiden von einer Beschäftigung und infolge dessen von einer Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in den Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung aufgrund seiner Tätigkeit für den Kläger ausgegangen. Die Beklagte hätte diese Feststellung aber nicht auf den gesamten Zeitraum vom 1. Juli 2007 bis zum 31. März 2010 erstrecken dürfen.

I. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Fünftes Buch), in gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Sechstes Buch), in der sozialen Pflegeversicherung (§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Elftes Buch) und nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch / Drittes Buch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch / Viertes Buch (SGB IV). Beschäftigung ist danach die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach Satz 2 dieser Vorschrift eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Eine Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, welches sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung des BSG seit dem Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, und des Senats, vgl. Urteil vom 20. November 2013 - [L 9 KR 294/11](#) -; jeweils juris).

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

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist in Fällen wie dem vorliegenden vom Inhalt der zwischen den Beteiligten

getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Dazu haben Verwaltung und Gerichte zunächst deren Inhalt konkret festzustellen. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgeblich, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen "Etikettenschwindel" handelt, der u.U. als Scheingeschäft i.S.d. [§ 117 BGB](#) zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 - [B 12 KR 23/13 R](#) -, juris). II. Hieran gemessen war der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit für den Kläger während des gesamten streitigen Zeitraums beschäftigt und demnach pflichtversichert.

1. Ausgangspunkt sind die vertraglichen Vereinbarungen vom 1. Juli 2007 zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1).

a. Diese sind rechtlich nicht als Werk-, sondern als Dienstvertrag zu qualifizieren.

aa. Gegenstand eines Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein ([§ 631 Abs. 2 BGB](#)). Für die Abgrenzung zum Dienstvertrag ist maßgebend, ob ein bestimmtes Arbeitsergebnis bzw. ein bestimmter Arbeitserfolg oder nur eine bestimmte Dienstleistung als solche geschuldet wird. Charakteristisch für den Werkunternehmer ist seine Selbständigkeit. Er organisiert die für die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und ist für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Besteller verantwortlich. Ob ein Werkvertrag, ein Dienst- oder ein Arbeitsverhältnis besteht, zeigt der wirkliche Geschäftsinhalt. Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben; ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer wird nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zum Werkunternehmer (BAG, Urteil vom 25. September 2013 - [10 AZR 282/12](#) -, m.w.N.; Senat, Urteile vom 14. Mai 2014 - [L 9 KR 449/12](#) -, und 15. Dezember 2015 - [L 9 KR 82/13](#) -; jeweils juris).

bb. Nach diesen Maßgaben kann der Vertrag vom 1. Juli 2007 nur als Dienstvertrag qualifiziert werden. Denn außer der Erwähnung eines "Werklohns" ([§ 6 Abs. 2 VfM](#)) enthält er keinerlei Regelungen, die darauf hinweisen, dass der Beigeladene zu 1) ein Werk bzw. einen Erfolg schulde. Wie ein roter Faden zieht sich durch eine Vielzahl der Regelungen die Vorstellung, dass der Beigeladene zu 1) zu einer Tätigkeit verpflichtet werden sollte. Er schuldet eine Tätigkeit als Busfahrer ([§ 5 VfM](#)), wurde dienstvertragstypisch nach Zeiteinheiten vergütet ([§ 6 Abs. 1 VfM](#)). Begrifflichkeiten wie "freie Mitarbeit" oder "freiberuflich" sind kennzeichnend für das Dienstvertragsrecht, dem Werkvertragsrecht hingegen fremd. Der Vertrag vom 1. Juli 2007 sieht auch nicht den werkvertragstypischen Einsatz eigener Produktionsmittel (z.B. Fahrzeugen) des Beigeladenen zu 1) vor. Dass dieser nur zum Busfahren als Tätigkeit verpflichtet war, macht deutlich, dass die hierfür erforderlichen Produktionsmittel der Kläger zu stellen hatte. Auch dass die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) Gegenstand vertraglicher Regelungen wurde, belegt, dass der Vertrag Dienstleistungen betreffen sollte; Werkleistungen können von vornherein nicht Gegenstand einer Beschäftigung nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) sein.

b. Der Vertrag vom 1. Juli 2007 stellt indes nur einen Rahmenvertrag dar. Denn zum einen war der Beigeladene zu 1) hieraus nicht unmittelbar zur Leistung verpflichtet, sondern die anfallenden Aufgaben sollten Inhalt künftiger Auftragschreiben werden ([§ 1 Abs. 1 Satz 1 VfM](#)), der Beigeladene zu 1) durfte aber einzelne Aufträge auch grundlos ablehnen ([§ 5 VfM](#)). Zum anderen enthält der Vertrag keine Verpflichtung des Klägers, dem Beigeladenen zu 1) Aufträge anzubieten.

Für die weitere Prüfung der Statusfrage ist daher zu beachten, dass diese Rahmenvereinbarung nicht allein Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung von Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit sein kann (BSG, Urteile vom 18. November 2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - und vom 11. März 2009 - [B 12 R 11/07 R](#) -, m.w.N.; Senat, Urteil vom 15. Dezember 2015 - [L 9 KR 82/13](#) -; jeweils juris). Abzustellen ist vielmehr auf die Vereinbarungen der Vertragsparteien zu den jeweiligen "Aufträgen", weil erst durch diese die Rechtsbeziehungen hinreichend konkretisiert wurden. In diesem Zusammenhang kommen dann auch die Regelungen der Rahmenvereinbarung zum Tragen, soweit sie die einzelnen Rechtsverhältnisse rechtlich beeinflussen. Daraus ergibt sich, dass bei Rahmenverträgen Gegenstand der Prüfung grundsätzlich nicht ein einheitliches Rechtsverhältnis ist, welches sich auf den gesamten streitigen Zeitraum erstreckt, sondern eine Mehrzahl von Vereinbarungen über zeitlich befristete Einsätze. Maßgebend für die Beurteilung der Versicherungspflicht sind dann aber auch nur die einzelnen Rechtsverhältnisse, ggf. unter Berücksichtigung der Rahmenvereinbarung, was wiederum zur Folge hat, dass auf die Verhältnisse abzustellen ist, die nach Annahme des jeweiligen "Auftrags" im Hinblick (allein) hierauf bestanden (BSG, Urteile vom 18. November 2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) - und vom 28. September 2011 - [B 12 R 17/09 R](#) -, juris). Die Frage, ob der Beigeladene zu 1) berechtigt war, einzelne "Aufträge" abzulehnen, ist demnach für die Statusbeurteilung ohne Bedeutung. Insoweit unterscheidet sich die Situation des Beigeladenen zu 1) nicht von der eines Arbeitnehmers, der in kurzer Abfolge eine Mehrzahl von auf kurze Zeiträume befristete Arbeitsverträge mit demselben oder mit unterschiedlichen Arbeitgebern abschließt: Auch ihm steht es frei, über das Eingehen oder die Ablehnung eines neuen Arbeitsverhältnisses zu entscheiden, ohne dass hierdurch die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung dieses oder der anderen Arbeitsverhältnisse beeinflusst würde (Senat, a.a.O.).

Im vorliegenden Fall wurde jedoch der Inhalt der einzelnen Einzelaufträge entgegen [§ 1 Abs. 1 Satz 2 VfM](#) nicht mittels Auftragschreiben vereinbart, sondern mündlich. Dem Vorbringen der Vertragsparteien ist nichts zu entnehmen, was darauf schließen lässt, dass diese mündlichen Abreden inhaltlich über die Vereinbarung der jeweils in Frage kommenden Arbeitstage des nächsten Monats sowie ggf. noch ein besonderes Fahrtziel (z.B. L) hinausgingen. Aufgrund dessen muss der Senat davon ausgehen, dass sich die Inhalte der mündlichen Einzelabreden im Kern nicht voneinander unterscheiden haben und für den gesamten Zeitraum im Wesentlichen dieselben Bedingungen für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) galten.

2. Auf der Grundlage dieses Vertragsinhalts erlauben die relevanten Umstände die Zuordnung der vom Beigeladenen zu 1) für den Kläger ausgeübten Tätigkeit zum Typus der abhängigen Beschäftigung. Die Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale führt im vorliegenden Fall zu einem deutlichen Überwiegen der für eine Beschäftigung sprechenden Umstände. Auch der vorliegende Fall bestätigt die Regel, dass Fahrer, die für ein Unternehmen Fahrleistungen mit fremden Fahrzeugen erbringen, in dieses Unternehmen eingegliedert und daher dort beschäftigt sind (vgl. Landessozialgericht Baden-

Württemberg, Beschluss vom 18. Juli 2013 - [L 11 R 1083/12](#) -; Bayerisches Landessozialgericht, Beschluss vom 9. Mai 2012 - [L 5 R 23/12](#) -; Sozialgericht Dresden, Urteil vom 8. August 2012 - [S 18 KR 412/09](#) -; jeweils juris; zustimmend Sonnhoff, jurisPraxisReport-SozR 14/2012 Anm. 1).

a. Zwar besaß der Beigeladene zu 1) ab dem 1. Juli 2007 nicht unerhebliche Freiheiten im Rahmen der von ihm durchgeführten Stadtrundfahrten. Im Gegensatz zu den beim Kläger beschäftigten Busfahrern erhielt er während der Fahrten keine Anweisungen von diesem und durfte in gewissem Umfang von der grundsätzlich klägerseitig vorgegebenen Route abweichen, etwa wegen des Verkehrsflusses oder weil er es aus anderen, ggf. auch eigennützigen Gründen für sinnvoll hielt, z.B. indem er Orte mit hohem Touristenaufkommen anfuhr, um möglichst viele eigene Tickets an diese zu verkaufen.

b. Ein ggf. auch erheblich eingeschränktes Weisungsrecht schließt indes die Zuordnung zum Typus der Beschäftigung dann nicht aus, wenn es zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert ist (BSG, Urteile vom 25. April 2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - und vom 20. März 2013 - [B 12 R 13/10 R](#) -; Senat, Urteil vom 07. August 2013 - [L 9 KR 269/11](#) -; jeweils 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. Juni 2001 - [B 12 KR 44/00 R](#) -, 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. November 1980 - [12 RK 76/79](#) -, juris). Ein solcher Fall einer Integration in von anderer Seite vorgegebene Betriebsabläufe liegt hier vor. Der Beigeladene zu 1) wurde bei seinen Fahrten für den Kläger in dessen Betrieb und nicht in seinem eigenen tätig.

aa. Dies gilt zunächst für die Routen der vom Kläger organisierten Stadtrundfahrten. Welche Strecke im Rahmen der Stadtrundfahrt abzufahren war, ergab sich für alle Fahrer aus einer vom Kläger vorgegebenen Routenführung, wie sie dem im Widerspruchsverfahren eingereichten Plan zu entnehmen ist. Obwohl der Beigeladene zu 1) diese Strecke nur einhalten sollte, waren die ihm erlaubten Abweichungen im Ergebnis äußerst gering. So war es ihm nicht gestattet, eine Stadtrundfahrt mit nach eigenem Gutdünken ausgewählten Orten in Berlin zu gestalten. Auch weil der Kläger mit dem Plan der Stadtrundfahrt u.a. im Internet warb und wesentliche Abweichungen ggf. Gewährleistungsansprüche der Kunden gegen den Kläger nach sich gezogen hätten, war der Freiraum des Beigeladenen zu 1) insoweit stark begrenzt. Hinzu kommt, dass der Beigeladene zu 1) nach seinen Bekundungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat von weitergehenden Streckenabweichungen abgesehen hat, weil dort keine auf Stadtrundfahrten wartende Kundschaft anzutreffen gewesen sei. Der Verzicht des Klägers, dem Beigeladenen zu 1) - anders als den angestellten Fahrern - die Streckenführung bis ins Detail vorzugeben, betraf somit nur Handlungsoptionen, von denen der Beigeladene zu 1) aus wirtschaftlichen Überlegungen heraus ohnehin keinen Gebrauch machte. Solche Einschränkungen der arbeitgebertypischen Weisungsbefugnis fallen im Rahmen der Statusprüfung nicht ins Gewicht.

bb. Eingegliedert in den Betrieb des Klägers war der Beigeladene zu 1) auch, soweit er die beim Kläger erworbenen Tickets zu dem von diesem vorgegebenen Preis an die Fahrgäste verkaufte. Insbesondere aber nutzte er vollständig die vom Kläger (auch hinsichtlich der Kraftstoffkosten) unterhaltenen materiellen Betriebsmittel, vor allem dessen Fahrzeuge, sowie dessen immateriellen Betriebsmittel, etwa in Gestalt der auch für die Durchführung von Stadtrundfahrten erforderlichen (hierzu Heinze/Fehling/Fiedler, Personenbeförderungsgesetz, PBefG § 42 Rn. 10, m.w.N.) Konzession nach dem Personenbeförderungsgesetz. Dass der Beigeladene zu 1) insofern über eine eigene Konzession verfügte, ist weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich. Von den unterschiedlich hohen Verdienstmöglichkeiten und den o.g. Freiheiten bei der Fahrtstrecke abgesehen ist somit nicht erkennbar, dass sich die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) insoweit von der angestellter Busfahrer des Klägers unterschied. Gleiches gilt, soweit er zur Reinigung der Busse oder - wie die Stundennachweise für Juli bis September bzw. November 2009 belegen - zum Tanken verpflichtet war. Mangels entsprechender vertraglicher Regelung, aber auch mangels entsprechenden Vortrags geht der Senat davon aus, dass der Beigeladene zu 1) auch das vom Kläger bzw. dessen Disponenten vorgesehene Fahrzeug zu steuern hatte.

c. Der Beigeladene zu 1) trug, soweit er für den Kläger tätig wurde, keinerlei unternehmerisches Risiko.

aa. Maßgebendes Kriterium für ein unternehmerisches Risiko ist nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen, 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. November 2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -, und vom 31. März 2015 - [B 12 KR 17/13 R](#) -, jeweils juris und m.w.N.).

bb. Der Beigeladene zu 1) hat seine Arbeitskraft nicht mit dem Risiko eingesetzt, keine Vergütung zu erhalten. Dem stand grundsätzlich schon die Vergütung nach Zeiteinheiten - ein typisches Merkmal einer Beschäftigung (BSG, Urteil vom 19. August 2015 - [B 12 KR 9/14 R](#) -, juris; [BSGE 14, 142](#); Rofls, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16.A., SGB IV [§ 7](#) Rn. 14; Senat, a.a.O.) - entgegen. Auch die Möglichkeit, durch bessere (Fahr-)Leistungen eine höhere Vergütung zu erzielen, bestand nicht. Das zur Erledigung der Aufträge erforderliche Kapital in Form der genannten Betriebsmittel brachte der Kläger auf. Er allein trug das Risiko, mit den ihr hierfür seitens der Hauptauftraggeber oder Endkunden gewährten Entgelte die damit verbundenen Kosten einschließlich des Dienstlohns der Fahrer zu decken und evtl. Gewinne zu erwirtschaften (SG Dresden, Urteil vom 08. August 2012 - [S 18 KR 412/09](#) -, juris)

cc. Der Beigeladene zu 1) hat auch nicht dadurch in rechtlich relevanter Weise Kapital mit dem Risiko des Verlustes eingesetzt, dass er beim Kläger Tickets für die von ihm durchgeführten Stadtrundfahrten gekauft und diese zu einem höheren Preis gewinnbringend an Fahrgäste verkauft hat. Dem liegen vertragliche Vereinbarungen zwischen ihm und dem Kläger zugrunde, auf die es im vorliegenden Fall nicht ankommt. Der Vertrag vom 1. Juli 2007, der die Grundlage für die hier zu prüfende Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) darstellt (s.o.), enthält keinerlei Regelungen, die ihn zum Kauf von Fahrkarten beim Kläger verpflichten und ihn zum Weiterverkauf an Fahrgäste, ggf. anstelle der im Auftrag des Klägers verkäuflichen Tickets, berechtigen. Der Fahrkartenkauf begründete daher kein mit der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) - sei es als Beschäftigter oder selbstständiger Dienstverpflichteter - beim Kläger verbundenes Risiko. Es handelt sich nämlich nicht um einen mit den geschuldeten Diensten (Busfahren) verbundenen Aufwand, weil der Fahrkartenkauf für die Erfüllung der diesbezüglichen Pflichten nicht erforderlich war. Die Gründe hierfür sind vielmehr außerhalb der Beschäftigung bzw. des Dienstverhältnisses zu suchen (vgl.

BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) –, juris; Senat, Urteil vom 25. Mai 2016 – [L 9 KR 192/14](#) –, noch unveröffentlicht).

dd. Ein im Rahmen der Statusprüfung beachtliches unternehmerisches Risiko liegt entgegen der Rechtsauffassung des Klägers auch nicht darin, dass der Beigeladene zu 1) ihm bzw. dem Finanzamt gegenüber ggf. Erstattungen vorzunehmen hat. Hierbei handelt es sich um zivil- und steuerrechtliche Folgen, die allein daraus herrühren, dass die Vertragsparteien ihre vertraglichen Beziehungen rechtlich fehlerhaft beurteilt haben. Rechtliche Fehleinschätzungen und ihre (möglichen) Folgen sind aber im Rahmen der Statusprüfung stets unbeachtlich.

ee. Auch wenn der Beigeladene zu 1) nach eigenen Angaben weitere nicht unerhebliche Investitionen im Zusammenhang mit der geplanten Selbständigkeit getätigt hat, spricht dies im vorliegenden Fall nicht für ein unternehmerisches Risiko. Allerdings sind hierbei – im Unterschied zu den oben angesprochenen Umständen – nicht nur die Verhältnisse bei Durchführung der einzelnen Aufträge in den Blick zu nehmen. Ein typisches unternehmerisches Risiko kann sich nämlich gerade daraus ergeben, dass vorgreiflich Investitionen (auch) im Hinblick auf eine ungewisse Vielzahl zukünftig am Markt noch einzuwerbender Aufträge getätigt werden (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) –, juris).

(1) Die Anschaffung von Gegenständen wie Handy und PC, die heute auch in den meisten Haushalten Beschäftigter oder nicht erwerbstätiger Personen ohnehin regelmäßig zur privaten Nutzung vorhanden sind, lässt nicht ohne Weiteres auf ein unternehmerisches Risiko schließen. Voraussetzung dafür wäre, dass diese Gegenstände gerade im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit angeschafft, hierfür eingesetzt und das aufgewandte Kapital bei Verlust des Auftrags und/oder ausbleibenden weiterer Aufträge als verloren anzusehen wäre (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) –, juris). Letzteres hat der Beigeladene zu 1) nicht behauptet. Es spricht auch nach der allgemeinen Lebenserfahrung nichts dafür, dass Gegenstände wie Handy und PC, die mittlerweile in vielen Haushalten sogar mehrfach vorhanden sind, durch die Aufgabe einer Tätigkeitsform wertlos werden.

(2) Etwas anderes gilt zunächst für den vom Beigeladenen zu 1) erworbenen Kleinbus (Acht-Sitzer). Hierbei handelt es sich um eine besonders teure Investition in ein Fahrzeug gerade im Hinblick auf die geplante selbständige Tätigkeit. Dass diese Investition beim Ausbleiben von Aufträgen mit einem erheblichen Verlustrisiko behaftet war, liegt auf der Hand. Gleichwohl äußert sich darin kein für die Statusprüfung relevantes unternehmerisches Risiko. Denn hierfür genügt nicht, dass ein Erwerbstätiger irgendeine Investitionen im Hinblick auf eine angestrebte selbständige Tätigkeit vornimmt. Zu fordern ist vielmehr ein nachvollziehbarer Zusammenhang mit der für die Statusprüfung maßgeblichen Tätigkeit. Im konkreten Fall wäre dies etwa dann zu bejahen, wenn der Beigeladene zu 1) dem Kläger vertraglich auch das Stellen eines Fahrzeugs geschuldet hätte. Daran fehlt es jedoch.

d. Auch die Tatsache, dass der Vater des Beigeladenen zu 1) in nicht nur unerheblichem Umfang Fahrten für den Kläger ausführte, spricht nicht gegen eine Beschäftigung.

aa. Für das Vorliegen einer Beschäftigung ist u.a. entscheidend, dass die Tätigkeit in der Regel in eigener Person erbracht wird. Arbeitnehmer haben ihre Arbeitsleistung nämlich in der Regel höchstpersönlich zu erbringen und dürfen sich hierbei nicht Dritter als Erfüllungsgehilfen bedienen. Dementsprechend stellt auch nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Pflicht, die Leistung grundsätzlich persönlich zu erbringen, ein typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis dar. Da nach [§ 613 Satz 1 BGB](#) der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste jedoch nur "im Zweifel" in Person zu leisten hat, kann der zur Leistung Verpflichtete dagegen durchaus berechtigt sein, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen. Ein ihm dergestalt zustehender eigener Gestaltungsspielraum spricht gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Allerdings führt wiederum die bloße (erlaubte bzw. unbeanstandet gebliebene) Möglichkeit der Einschaltung Dritter in die Leistungserbringung nicht automatisch zur Annahme von (unternehmertypischer) Selbständigkeit. Die Befugnis, Dritte zur Leistungserbringung einsetzen zu dürfen, stellt vielmehr eines von mehreren im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Anzeichen dar, das gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses spricht. Maßgebend ist, ob Art und Umfang der Einschaltung Dritter die Beurteilung rechtfertigen, dass die Delegation der geschuldeten Leistung auf Dritte im Einzelfall als prägend für eine selbstständige Tätigkeit angesehen werden kann (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – [B 12 R 13/13 R](#) –, m.w.N.; Senat, Urteil vom 15. Dezember 2015 – [L 9 KR 82/13](#) –, jeweils juris).

bb. Nach den vertraglichen Vereinbarungen durfte der Beigeladene zu 1) zur Erfüllung seiner Leistungsverpflichtung keine Dritte, d.h. eigene Beschäftigte oder Subunternehmer, einsetzen. Denn dem Vertrag vom 1. Juli 2007 sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass anstelle des Beigeladenen zu 1) auch Dritte die geschuldete Leistung (Busfahren) erbringen durften. Hierzu war er nach der Auslegungsregel des [§ 613 Satz 1 BGB](#) vielmehr persönlich verpflichtet.

Die Vertragsparteien haben den Vertrag auch nicht nachträglich wirksam geändert. Die bloß mündliche Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1), dass dieser Fahrdienste auch von seinem Vater durchführen lassen durfte, genügte hierfür nicht. Denn nach [§ 11 Satz 2 Vfm](#) bedurften Änderungen der Schriftform; das galt nach Satz 3 dieser Bestimmung auch für den Verzicht auf die Schriftformklausel.

War vertraglich aber eine Delegation nicht erlaubt, kommt es auf die Tatsache, dass auch der Vater des Beigeladenen zu 1) für den Kläger fuhr, nicht an.

cc. Selbst wenn man zugrunde legen würde, dass die vom Vater des Beigeladenen zu 1) erbrachten Leistungen nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, gelangte man zu keinem abweichenden Ergebnis. Das Vorbringen des Klägers bzw. des Beigeladenen zu 1) und des Zeugen zu dessen Tätigkeit ist so widersprüchlich, dass es unbeachtet bleiben muss, soweit daraus Argumente für eine selbstständige Tätigkeit abgeleitet werden. Im Einzelnen hat der Senat Folgendes berücksichtigt: - Einerseits soll der Beigeladene zu 1) schon vor Vertragsschluss des Disponenten auch den Zeugen als weiteren Fahrer angeboten haben, andererseits findet dies im Vfm keinen Niederschlag. - Seine ursprüngliche Behauptung, der Beigeladene zu 1) habe für die Monate September 2007, Juli 2008, Mai und Oktober 2009 keine Termine zur Auswahl angeboten, hat der Kläger später revidiert, nicht hingegen die Behauptung, der Beigeladene zu 1) habe "für die Sommermonate einfach keine Termine zur Auswahl" angeboten; dem steht entgegen, dass der Beigeladene zu 1) für jeden Monat des streitigen Zeitraums Leistungen in Rechnung gestellt hat und für die Sommermonate ein reduziertes Zeitangebot gerade nicht feststellbar ist. - Die Behauptung des Klägers, die Stadtrundfahrten hätten täglich um 10 Uhr begonnen, und die daraus abgeleiteten maximalen täglichen Arbeitsstunden der Fahrer stehen im Widerspruch zum einen zu den eingereichten Fahrtenschreiberblättern – aus denen sich ergibt, dass die Fahrzeuge

regelmäßig schon vor 10 Uhr bewegt wurden (wenn auch ggf. nur vom Depot zum Startpunkt der Tour) -, zum anderen zu den eingereichten Stundennachweisen, die in nicht unerheblichem Umfang einen Arbeitsbeginn schon vor 9 Uhr ausweisen. - Die klägerseitig errechnete tägliche Höchstarbeitszeit von 9 Stunden widerspricht den Stundennachweisen, die in größerem Umfang 10 Arbeitsstunden täglich, z.T. noch deutlich mehr, ausweisen. - Entgegen der Behauptung des Beigeladenen zu 1) lassen sich nur die Hälfte der eingereichten Fahrtenschreiberblätter dem Zeugen zuordnen, weil nur diese Hälfte mit einem Kürzel ("O.") für den Vornamen versehen ist; die andere Hälfte enthält entgegen § 1 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 FahrpersonalVO keine Angaben zum Vornamen des Fahrers. - Einerseits habe es - so der Beigeladene zu 1) - ein auf seinen Namen lautendes Busunternehmen nie gegeben, andererseits weist die Meldebescheinigung nach § 25 DEÜV für das Jahr 2009 als Arbeitgeber "Ticket-Handel-Stadtrundfahrt Kai Zimmermann" aus. - Neben der nicht weiter differenzierenden Behauptung des Beigeladenen zu 1), der Zeuge habe für ihn auf "400 Euro-Pauschalbasis" gearbeitet, finden sich auch Angaben, wonach der Zeuge monatlich 300.- bzw. 356,25 Euro verdient habe; nach der Beitragsübersicht der Minijob-Zentrale variierten demgegenüber bis April 2009 die monatlichen Beiträge und damit auch die Entgelte. - Nach der Meldebescheinigung übte der Zeuge eine Tätigkeit nach der Ziffer 933 des hierfür einschlägigen Tätigkeitsschlüssels aus; diese Ziffer steht für Reinigungstätigkeiten. - Der behauptete Umfang der Tätigkeit des Zeugen - 72 Stunden monatlich lt. Beigeladenen zu 1), unter 18 Stunden wöchentlich lt. Meldebescheinigung, 5-6 Tage monatlich lt. Zeuge - widerspricht den o.g. Stundennachweisen, aus denen sich monatlich zwischen 8 und 16 Arbeitstage bzw. 78 bis 133,5 Stunden ergeben. - Die Behauptung des Zeugen, er sei immer dann für seinen Sohn gefahren, wenn dieser keine Zeit gehabt habe, steht in Widerspruch zur Behauptung des Klägers, beide seien auch parallel gefahren, was sich anhand der Stundennachweise auch belegen lässt.

dd. Unabhängig hiervon trägt jedenfalls nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen (Urteil vom 15. Dezember 2015 - [L 9 KR 82/13](#) -, juris) der Kläger die Beweislast dafür, dass eine Tätigkeit des Zeugen in einem Umfang, der als Indiz für eine selbständige Tätigkeit zu werten wäre, nicht nachgewiesen werden kann; misslingt - wie hier - der Nachweis, spricht das Tätigwerden des Zeugen nicht für eine selbständige Tätigkeit.

(1) Die Feststellungslast für die Tatsachen, die Versicherungspflicht begründen, trägt allgemein derjenige, der sich auf sie beruft (BSG, Urteile vom 29. September 1998 - [B 1 KR 10/96 R](#) -, und 4. Dezember 1997 - [12 RK 3/97](#) -, jeweils juris). Wer ein Recht in Anspruch nimmt, trägt im Zweifel die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, wer ein Recht leugnet, die Beweislast für die rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Tatsachen (BSG, Urteil vom 26. November 1992 - [7 RAr 38/92](#) -, juris, m.w.N.). Wie sich die objektive Beweislast verteilt, also welche Tatbestandsmerkmale rechtsbegründend und welche rechtshindernd sind, ist der für den Rechtsstreit maßgeblichen Norm, in der Regel einer Norm des materiellen Rechts zu entnehmen (vgl. a.a.O., m.w.N.). Ist die objektive Beweislast nicht unmittelbar selbst und eindeutig vom Gesetz bestimmt, ist letztlich maßgeblich, welche Seite nach dem Plan des Gesetzgebers, hilfsweise nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, im Falle der Nichterweislichkeit mit dem potentiellen Unrecht belastet werden kann (Berg, [JuS 1977, 23](#); Baader, Vom richterlichen Urteil, 1989, S 21ff; vgl. [BVerfGE 52, 131](#)). Es sind dabei nicht nur der Zweck der Norm, sondern auch ihre Stellung sowie Erfordernisse wirksamen Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Anhaltspunkte für die Abgrenzung bieten so unterschiedliche Kriterien wie Regel und Ausnahme ([BVerwGE 3, 267](#); [BVerwGE 12, 247](#); Berg, [JuS 1977, 23](#)), die Zumutbarkeit der Belastung mit einem Beweinsnachteil (vgl. [BVerfG a.a.O.](#); [BGHZ 72, 132](#)) und der Zurechenbarkeit der Ungewissheit bzw. Unaufklärbarkeit zur Verantwortungssphäre der einen oder anderen Seite ([BVerwGE 44, 265](#); [BVerwGE 55, 288](#); zusammenfassend: Landessozialgericht Sachsen-Anhalt, Urteil vom 19. Mai 2011 - [L 10 KR 52/07](#) -, juris).

In diesem Zusammenhang wird bezogen auf Anfrageverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) vertreten, dass den Antragsteller die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm beantragte Feststellung treffe (Pietrek, in: jurisPR-SozR 21/2010 Anm. 3; Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 25. August 2011 - [L 8 KR 306/08](#) -, juris). Diese Auffassung berücksichtigt nach Auffassung des Senats nicht hinreichend, dass Bezugspunkt der Darlegungs- und Beweislast jeweils nur die einzelne streiterhebliche Tatsache sein kann, nicht aber eine rechtliche Schlussfolgerung (so ausdrücklich [BGHZ 20, 109](#); [BGH NJW 1973, 2207](#); [NJW 1984, 721](#); [NJW-RR 1989, 1282](#); Münchener Kommentar zur ZPO/Prütting [§ 286 ZPO](#) Rn. 96; vgl. auch Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Sozialgerichtsgesetz, 11.A., § 103 Rd. 19a; Hintz/Lowe, SGG, § 128 Rd. 16; Martin Kühl in: Breitkreuz/Fichte, Sozialgerichtsgesetz - Kommentar, § 103 Rd. 6; Beck'scher OnlineKommentar ZPO/Bacher [§ 284 ZPO](#), Rn. 64), wie z.B. das Vorliegen einer Beschäftigung.

(2) Die Tatsache, dass ein Auftragnehmer berechtigt ist, Dritte zur Erfüllung seiner Leistungspflicht einzusetzen, ist - wie bereits dargestellt - ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit, ist jedoch in der Abwägung und Gewichtung nur einer von zahlreichen zu berücksichtigenden Umständen. Steht hingegen fest, dass Art und Umfang des Einsatzes Dritter im Einzelfall die zu prüfende Tätigkeit geprägt haben, kommt dem im Rahmen des Abwägungsvorgangs wesentlich größeres Gewicht zu. Eine Beschäftigung ist dann kaum noch zu begründen. Streitet also die umfangreiche, die Tätigkeit prägende Delegation der Leistung auf Dritte für eine Qualifikation als selbständige Tätigkeit, geht die Tatsache, dass der Umfang der Delegation nicht nachgewiesen ist, zu Lasten desjenigen, der sich auf die Selbständigkeit beruft. Dies ist im vorliegenden Fall der Kläger. Zu seinen Lasten hat der Senat daher davon auszugehen, dass eine Delegation in einem die Tätigkeit prägenden Umfang tatsächlich nicht erfolgt ist.

e. Für eine Beschäftigung spricht ferner, dass nahezu dieselbe Tätigkeit auch von angestellten Mitarbeitern des Klägers ausgeübt wurde (BSG, Urteil vom 25. April 2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) -, Senat, Urteil vom 15. Dezember 2015 - [L 9 KR 82/13](#) -, jeweils juris) und dass der Beigeladene zu 1) für eine Tätigkeit bei einem Wettbewerber des Klägers dessen Zustimmung benötigte. Eine solche Wettbewerbsbeschränkung ist arbeitnehmertypisch (BSG, Urteil vom 10. August 2000 - [B 12 KR 21/98 R](#) -, Senat, Urteil vom 26. November 2014 - [L 9 KR 154/12](#) -, jeweils juris)

f. Daneben lassen sich aber auch - in ihrer Bedeutung untergeordnete - Umstände feststellen, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen.

aa. Hierzu zählen indes nicht Vertragsklauseln, 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. November 2015, [a.a.O.](#); Senat, Urteil vom 15. Dezember 2015, [a.a.O.](#); jeweils 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 (Senat, a.a.O., m.w.N.).

bb. Indizien für eine selbständige Tätigkeit liegen aber darin, dass der Beigeladene zu 1) seine Leistung – selbständig – in Rechnung gestellt und ein Gewerbe angemeldet hat. Formale Kriterien dieser Art kommt indes generell nur eine sehr geringe Bedeutung zu (Senat, Urteil vom 15. Dezember 2015 – [L 9 KR 82/13](#) –, juris).

cc. Der Vertrag vom 1. Juli 2007 dokumentiert nur bedingt den Willen der Vertragsparteien, keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung begründen zu wollen. Einerseits deuten Bezeichnungen wie "freie Mitarbeit" und "Gewerbetreibender" darauf hin, dass eine selbständige Tätigkeit beabsichtigt war. Andererseits spricht z.B. die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung dagegen, während der Umstand, dass auch eine Regelung zur Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) – ohne erkennbare Notwendigkeit – in den Vertrag aufgenommen wurde, gerade Ausdruck einer Unsicherheit der Vertragsparteien über die rechtliche Einordnung des VfM ist.

Dem Willen der Vertragsparteien kommt indizielle Bedeutung zu, wenn er den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird bzw. die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbstständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen. Nur unter diesen Voraussetzungen ist der in einem Vertrag dokumentierte Parteiwille überhaupt als ein auf Selbstständigkeit deutendes Indiz in die Gesamtabwägung einzustellen. Auch weil hierdurch eine Selbstständigkeit nicht vorfestgelegt wird, kann der Parteiwille als Indiz nicht Ausgangspunkt einer Statusprüfung sein. Dabei ist das Gewicht dieses Indizes umso geringer, je uneindeutiger die Vertragsgestaltung ist und je stärker die Widersprüche zu den tatsächlichen Verhältnissen sind (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) –, juris, m.w.N.). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Die Vertragsgestaltung ist – wie dargelegt – uneindeutig und die gegen eine Selbstständigkeit sprechenden Indizien überwiegen.

III. Diese Feststellungen gelten für den gesamten streitigen Zeitraum mit Ausnahme der im Tenor genannten Tage.

1. Da für die Monate Juli, August, September und November 2009 Aufzeichnungen eingereicht wurden, denen zu entnehmen ist, an welchen Tagen der Beigeladene zu 1), der Zeuge oder keiner von beiden für den Kläger gefahren sind, steht für diese Monate auch fest, an welchen Tagen keine Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) und demnach auch keinerlei Versicherungspflicht bestanden. Hinsichtlich dieser im Tenor im Einzelnen benannten Tage hat die Berufung Erfolg.

2. Soweit in den übrigen Kalendermonaten des streitgegenständlichen Zeitraums nicht mehr feststellbar ist, an welchen Tagen weder der Beigeladene zu 1) noch der Zeuge für den Kläger tätig wurden, geht dies nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislast zu Ungunsten des Klägers.

(1) Auch insofern gelten die bereits unter II. d. dd. dargestellten Grundsätze

(2) Maßgebliche Tatsache ist hier das Tätigwerden an sich. Es ist demnach die Frage zu beantworten, zu wessen Lasten es geht, wenn das Tätigwerden der Auftraggeberin an bestimmten Tagen nicht mehr nachweisbar ist. Da das Tätigwerden zu den die Annahme einer Beschäftigung begründenden Umständen zählt, könnte zunächst vieles dafür sprechen, die Beweislast dem Beteiligten zuzuweisen, der sich auf das Vorliegen einer Beschäftigung beruft, hier der Beklagten. Dies greift indes aus folgenden Überlegungen zu kurz (vgl. Senat, Urteil vom 15. Dezember 2015 – [L 9 KR 82/13](#) –, juris):

(a) Ausgangspunkt sind die gesetzlichen Regelungen zu den Pflichten des Arbeitgebers. Dieser hat gemäß [§ 28f Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) für jeden Beschäftigten, getrennt nach Kalenderjahren, Entgeltunterlagen im Geltungsbereich dieses Gesetzes in deutscher Sprache zu führen und bis zum Ablauf des auf die letzte Prüfung ([§ 28p SGB IV](#)) folgenden Kalenderjahres geordnet aufzubewahren. Näheres hierzu regelt die auf [§ 28n Nr. 4 SGB IV](#) basierende Beitragsverfahrensordnung (BVV). Nach deren [§ 8 Abs. 1 Satz 1](#) (in der 2007 geltenden Fassung) hat er in den Entgeltunterlagen u.a. folgende Angaben über den Beschäftigten aufzunehmen: den Beginn und das Ende der Beschäftigung (Nr. 5), das Arbeitsentgelt nach [§ 14 SGB IV](#), seine Zusammensetzung und zeitliche Zuordnung (Nr. 10) sowie das beitragspflichtige Arbeitsentgelt bis zur Beitragsbemessungsgrenze der Rentenversicherung, seine Zusammensetzung und zeitliche Zuordnung (Nr. 11). In diesem Zusammenhang hat der Arbeitgeber Unterlagen, die der Aufgabenerfüllung der Prüfung dienen, insbesondere zur Klärung, ob ein versicherungs- oder beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt oder nicht, auf Verlangen vorzulegen ([§ 11 Abs. 2 Satz 2 BVV](#)). Die Regelungen zur Aufzeichnungspflicht des Arbeitgebers dienen Kontrollzwecken (Wehrhahn, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, SGB IV [§ 28f](#) Rd. 2) und resultieren aus dem Umstand, dass der Arbeitgeber typischerweise über die größte Nähe zu den aufzeichnungspflichtigen Daten verfügt.

Dass damit auch eine Risikozuweisung verbunden ist, ergibt sich aus [§ 28f Abs. 2 SGB IV](#): Hat ein Arbeitgeber die Aufzeichnungspflicht nicht ordnungsgemäß erfüllt und können dadurch die Versicherungs- oder Beitragspflicht oder die Beitragshöhe nicht festgestellt werden, kann der prüfende Träger der Rentenversicherung den Beitrag in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung von der Summe der vom Arbeitgeber gezahlten Arbeitsentgelte geltend machen ([Satz 1](#)). Soweit der prüfende Träger der Rentenversicherung die Höhe der Arbeitsentgelte nicht oder nicht ohne unverhältnismäßig großen Verwaltungsaufwand ermitteln kann, hat er diese zu schätzen ([Satz 3](#)). Verletzt demnach ein Arbeitgeber seine Aufzeichnungspflicht und ist dies kausal dafür, dass – wie im vorliegenden Fall – die Versicherungspflicht nicht festgestellt werden kann, tritt zu seinen Lasten eine Umkehr der Beweislast ein: der prüfende Rentenversicherungsträger darf nunmehr anhand der ermittelten Lohnsumme Beiträge berechnen und geltend machen. Dies setzt jedoch voraus, dass in einem ersten logischen Schritt (inzident) die Versicherungspflicht bejaht wurde. Nicht nur geringfügige Aufzeichnungsmängel haben daher in Gestalt einer Beweislastumkehr (Seewald, SGB 03, 349; Kreikebohm SGB IV, 2.A., [§ 28f](#) Rd. 8; Wehrhahn, a.a.O., Rn. 9) zur Folge, dass Versicherungspflicht zu allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung zu unterstellen ist (Landessozialgericht für das Land Niedersachsen, Urteil vom 19. Dezember 1990 – [L 4 Kr 14/88](#) –, juris; Kreikebohm, a.a.O., Rd. 10; zur früheren Rechtslage: BSG, Urteile vom 17. Dezember 1985 – [12 RK 30/83](#) – und vom 29. April 1976 – [12/3 RK 66/75](#) –, juris, m.w.N.).

(b) Dieses Ergebnis ist sachgerecht. Es verhindert nicht nur, dass Arbeitgeber durch die Vernachlässigung ihrer gesetzlichen Pflichten Wettbewerbsvorteile erlangen können (Werner, in: jurisPraxiskommentar, 2.A., [§ 28f SGB IV](#), Rd. 42). Die Belastung mit einem Beweismangel ist dem Arbeitgeber auch eher zumutbar, weil die Unaufklärbarkeit der maßgeblichen Tatsachen aus seiner Verantwortungssphäre stammt. Dem kann ein Arbeitgeber nicht allgemein entgegenhalten, die Pflichten des [§ 28f SGB IV](#) träfen nur

denjenigen, dessen Arbeitgeberstellung schon zu Beginn der Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflicht feststehe. Zum einen ergibt sich aus dem Wortlaut von Abs. 2 Satz 1 (" und können dadurch die Versicherungs- []pflicht [] nicht festgestellt werden "), dass die Norm gerade auch potentielle Arbeitgeber im Blick hat. Zum anderen muss jeder Arbeitgeber, der einen Statusfeststellungsantrag nach [§ 7a SGB IV](#) stellt, damit rechnen, dass das von ihm in Gang gesetzte Verfahren mit der Feststellung der Versicherungspflicht endet. Wenn er gleichwohl entscheidungserhebliche Unterlagen vernichtet, wäre seine Berufung auf deren Fehlen treuwidrig ([§ 242 BGB](#)).

(c) Nachdem der Kläger Beginn und Ende der vom Beigeladenen zu 1) ausgeübten Tätigkeit im Rahmen der einzelnen Aufträge entgegen § 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BVV nicht aufgezeichnet hat, trägt er die Beweislast dafür, dass aufgrund dieses Umstands nicht festgestellt werden kann, an welchen einzelnen Tagen der Beigeladene zu 1) eine Beschäftigung ausübte und infolge dessen der Versicherungspflicht unterlag. Aufgrund dessen besteht für die nicht im Tenor genannten Tage innerhalb des streitigen Zeitraums Versicherungspflicht.

IV. Etwas anderes gilt wegen der weiteren vom Beigeladenen zu 1) ausgeübten beruflichen Tätigkeiten auch nicht für die Versicherungspflicht in der GKV und - ihr folgend - der SPV.

1. Die Versicherungspflicht nach [§ 5 Abs. Nr. 1 SGB V](#) ist u.a. ausgeschlossen für Personen, die hauptberuflich selbständig erwerbstätig sind ([§ 5 Abs. 5 SGB V](#) in der bis zum 22. Juli 2015 geltenden, hier maßgeblichen Fassung). Wann eine selbstständige Tätigkeit i.S.d. [§ 5 Abs. 5 SGB V](#) "hauptberuflich" ausgeübt wird, ist weder gesetzlich ausdrücklich bestimmt noch nach dem Wortsinn eindeutig. Jedoch hat das BSG in ständiger Rechtsprechung unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien (Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (GRG), [BT-Drucks 11/2237, S. 159](#) zu [§ 5 Abs. 3 bis 9 SGB V](#)) Hauptberuflichkeit dann angenommen, wenn die selbstständige Tätigkeit von der wirtschaftlichen Bedeutung und dem zeitlichen Aufwand her die übrigen Erwerbstätigkeiten zusammen übersteigt (BSG, Urteil vom 23. Juli 2014 - [B 12 KR 16/12 R](#) -; Senat, Urteil vom 07. Januar 2016 - [L 9 KR 84/13](#) -; jeweils juris und m.w.N.).

2. Hieran gemessen war der Beigeladene zu 1) nicht hauptberuflich selbständig erwerbstätig. In diesem Zusammenhang kann der Senat zugunsten des Klägers unterstellen, dass die sonstigen beruflichen Aktivitäten des Beigeladenen zu 1) als selbstständige Tätigkeit zu qualifizieren sind.

a. Nach den noch vorhandenen, von den Vertragsparteien eingereichten Unterlagen überwog die wirtschaftliche Bedeutung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für den Kläger in der Zeit vom 1. Juli 2007 bis zum 31. Dezember 2009 seine sonstigen beruflichen Aktivitäten deutlich. Regelmäßig machen seine monatlichen Einkünfte aus dieser Tätigkeit ein Vielfaches der sonstigen Einnahmen aus. Soweit in einzelnen Monaten (z.B. März, Juli und Dezember 2009) die sonstigen Einnahmen höher ausgefallen sind, ist dies unbeachtlich.

Denn im Versicherungs- und Beitragsrecht des SGB ist grundsätzlich auf eine prospektive Betrachtung abzustellen. Maßgeblich sind demnach die Umstände bei Eintritt der Versicherungspflicht (z.B. aufgrund einer Beschäftigung), wobei für die erforderliche Prognose regelmäßig auch die Verhältnisse in der Vergangenheit von Bedeutung sind (BSG, Beschlüsse vom 27. April 2016 - [B 12 KR 16/14 R](#), [B 12 KR 17/14 R](#) - (zur Unständigkeit i.S.v. [§ 232 SGB V](#), [§ 163 Abs. 1 SGB VI](#)); Urteile vom 29. April 1997 - [10/4 RK 3/96](#) - (zur Versicherungspflicht in der Krankenversicherung der Landwirte), vom 27. Juli 2011 - [B 12 R 15/09 R](#) - (zur Versicherungsfreiheit wegen Geringfügigkeit), m.w.N., und vom 07. Dezember 2000 - [B 10 KR 3/99 R](#) - (zur Familienversicherung); Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17. April 2013 - [L 22 R 1149/11](#) - (zur Versicherungspflicht nach [§ 2 SGB VI](#)); Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 20. Dezember 2012 - [L 8 KR 320/11](#) - (zur fehlenden Versicherungspflicht wegen hauptberuflich selbständiger Erwerbstätigkeit nach [§ 5 Abs. 5 SGB V](#)); jeweils juris). Diese Sichtweise gewährleistet im Interesse aller Beteiligten (Versicherte, Arbeitgeber bzw. sonstige Beitragszahler, Sozialversicherungsträger), dass schon bei Beginn der Versicherungspflicht Klarheit über die für die Beteiligten bestehenden Rechte und Pflichten geschaffen wird (Senat, Urteil vom 14. Mai 2014 - [L 9 KR 449/12](#) -, Rn. 80, juris).

Die prospektive Betrachtungsweise schließt es daher bezogen auf die Frage der Hauptberuflichkeit aus, diese für einzelne Monate nur anhand nachträglich gewonnener Daten zur Einnahmesituation zu bejahen. Erforderlich wäre vielmehr, dass sich über einen längeren Zeitraum hinweg ein Überwiegen der Einkünfte aus sonstiger beruflicher Tätigkeit feststellen und daraus die Erwartung begründen lässt, dass diese Verhältnisse auch die Zukunft prägen. Dies lässt sich weder für die o.g. einzelnen Monate bejahen noch für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. März 2010, in dem die sonstigen monatlichen Einkünfte zwar deutlich überwiegen, wegen des Endes der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für den Kläger eine entsprechende Prognose aber gerade ausgeschlossen war.

Dahinstehen kann daher, dass für die Einnahmen aus Ticketverkäufen außer den sog. Eigenbelegen des Beigeladenen zu 1) keine weiteren Nachweise existieren und von den darin genannten Beträgen möglicherweise die vorangegangenen Ausgaben (Fahrkartenkäufe beim Kläger) abzuziehen sind.

b. Darüber hinaus überstieg die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für den Kläger auch in zeitlicher Hinsicht seine sonstigen beruflichen Aktivitäten. Der Beigeladene zu 1) hat zwar behauptet, dass er nur 40 % seiner gesamten Arbeitszeit mit Fahrtätigkeiten bestritten habe. Dies steht jedoch nicht im Einklang mit den von ihm eingereichten Belegen. Hierbei geht der Senat zunächst davon aus, dass der Beigeladene zu 1) nur in dem Umfang neben seiner Tätigkeit für den Kläger beruflich tätig war, wie es sich aus den eingereichten Rechnungen und Einkommensbelegen ergibt.

Danach spricht nichts dafür, dass der Beigeladene zu 1) in vielen Monaten aus seiner sonstigen beruflichen Tätigkeit zwar nur einen Bruchteil dessen erwirtschaftet hat, was er in der Tätigkeit für den Kläger erarbeitet hat, hierfür aber insgesamt mehr Zeit aufwandte. Soweit die Einnahmen aus der sonstigen beruflichen Tätigkeit in einigen Monaten höher waren als die beim Kläger erzielten Vergütungen, ist zu berücksichtigen, dass dies ganz überwiegend auf den Ticketverkauf zurückzuführen war, der zum einen nur vergleichsweise wenig Zeit beanspruchte und zum anderen innerhalb der dem Kläger in Rechnung gestellten Arbeitsstunden durchgeführt wurde und daher nicht ein weiteres Mal - nämlich als Zeit selbständiger Tätigkeit - in Ansatz gebracht werden darf.

Hinzukommt, dass angesichts der monatlichen Fahrzeiten des Beigeladenen zu 1) zwischen 129 und 176 Stunden, wie sie den o.g. Stundennachweisen der Monate Juli bis September 2009 zu entnehmen sind, kaum nachvollziehbar ist, dass diese nur 40 % der monatlichen Arbeitszeit des Beigeladenen zu 1) ausmachen sollen. Dies würde für die genannten Monate zu aus Sicht des Senats völlig implausiblen

Gesamtarbeitszeiten von 322,5 bis 400 Stunden monatlich führen.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 1 bis 3 sowie](#) 162 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und entspricht dem Ergebnis des Rechtsstreites.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe im Sinne von [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2018-01-18