

## L 1 KR 157/16

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
1  
1. Instanz  
SG Darmstadt (HES)  
Aktenzeichen  
S 18 KR 36/14  
Datum  
05.04.2016  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 1 KR 157/16  
Datum  
24.11.2016  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 KR 101/17 B  
Datum  
13.06.2017  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Darmstadt vom 5. April 2016 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert wird auf 53.788,01 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für den Beigeladenen zu 1.) für den Zeitraum vom 14. Januar 2009 bis zum 10. Dezember 2011.

Der 1956 geborene Beigeladene zu 1.) hat bei der Stadt D-Stadt seit 2005 ein Gewerbe mit der Tätigkeit "Führen und Bedienen von Fahrzeugen und Maschinen in der Land-, Forst- und Bauwirtschaft; Handel und Herstellung von regenerativen Produkten (Hackschnitzel, Holzpellets)" angemeldet. Außerdem verfügt er über eine Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung (sog. Personenbeförderungsschein). Die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See stellte mit Bescheid vom 7. Oktober 2004 - bestätigt durch Schreiben vom 16. Oktober 2007 - fest, dass er seine damalige Tätigkeit als Busfahrer für ein Omnibus- und Reiseunternehmen als Selbstständiger ausübt. Die Klägerin ist Inhaberin eines Reise- und Omnibusbetriebes. Sie war in dem hier streitigen Zeitraum u.a. als Dienstleister im öffentlichen Personennahverkehr in der E Region für die Verkehrsgesellschaft Busverkehr E. GmbH mit einer Fahrzeugflotte von ca. 25 und ca. 50 (teils geringfügig) beschäftigten Busfahrern tätig und hatte mehrere Linienkonzessionen.

Der Beigeladene zu 1.) war im Zeitraum vom 14. Januar 2009 bis zum 10. Dezember 2011 aufgrund einer mündlichen Vereinbarung für die Klägerin als Busfahrer im Linienverkehr F-Stadt von montags bis freitags tätig. Im Vorfeld der Vereinbarung suchte sich der Beigeladene zu 1.) eine Linie aus dem von der Klägerin zu bedienenden Linienverkehr heraus und bot entsprechende Linienabschnitte gegen Zahlung einer Pauschale an; die Auszahlung der Pauschale erfolgte wöchentlich. Der Beigeladene zu 1.) nutzte einen Bus der Klägerin, den er vereinbarungsgemäß nicht abends auf den Betriebshof der Klägerin abstellen musste. Die Kosten für Kraft- und Schmierstoffe, Inspektion und Reparaturen trug die Klägerin. Die Reinigung des Fahrgastraumes oblag dem Beigeladenen zu 1.). Für Busreinigung (außen) und den Erwerb von Tachoscheiben übernahm der Beigeladene zu 1.) Kosten in Höhe von insgesamt 183,82 EUR. Der Beigeladenen zu 1.) beendete seine Tätigkeit für die Klägerin zum 10. Dezember 2011.

Im Nachgang zu einer Betriebsprüfung Ende 2011 (Prüfzeitraum: 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2010; Prüfbescheid vom 27. Januar 2012) führte die Beklagte bei der Klägerin eine weitere Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2012 im Hinblick auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1.) durch. Nach Anhörung der Klägerin setzte die Beklagte mit Bescheid vom 29. Juni 2012 die sich aus der Prüfung ergebende Nachforderung in Höhe von 53.788,01 EUR fest. Die Nachforderung betreffe den Beigeladenen zu 1.) für die Zeit vom 14. Januar 2009 bis zum 10. Dezember 2011. Der Beigeladene zu 1.) sei bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen und unterliege der Sozialversicherungs- und Beitragspflicht. In seiner Tätigkeit als Busfahrer im Linienverkehr ohne eigenen Bus sei der Beigeladene zu 1.) von der Klägerin persönlich abhängig gewesen und unterliege einem umfassenden Weisungsrecht. Er stelle lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung. Dadurch, dass er sich mit der Übernahme einer bestimmten Buslinie einverstanden erklärt habe, sei er in die Arbeitsabläufe der Klägerin eingegliedert. Weder trete er am Markt selbstständig auf, noch verfüge er über eine eigene Unternehmensorganisation. Der

Bescheid der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See vom 7. Oktober 2004 - bestätigt durch Schreiben vom 16. Oktober 2007 - entfalte keinen Vertrauensschutz; es sei jeweils auf den zu beurteilenden Einzelfall abzustellen. Die Klägerin widersprach dem Bescheid am 5. Juli 2012. Der Beigeladene zu 1.) fahre nur eine bestimmte Linie, die er sich ausgesucht und der Klägerin im Vorfeld vorgegeben habe. Ferner sei er in dem hier maßgeblichen Zeitraum auch vereinzelt für zwei andere Busunternehmen gefahren. Die Klägerin sei insbesondere nicht berechtigt gewesen, ihn wie einen Arbeitnehmer bei Bedarf auf anderen Linien einzusetzen. Während die beschäftigten Busfahrer die Busse nach Dienstschluss auf dem Betriebshof abzustellen hatten, sei der Beigeladene zu 1.) berechtigt gewesen, den Bus an anderen Örtlichkeiten abzustellen. Reparaturen und Reifenwechsel seien vom Beigeladenen zu 1.) beauftragt worden; lediglich die Rechnung habe die Klägerin bezahlt. Ferner habe der Beigeladene zu 1.) einzelne Fahrten auch einem von ihm ausgewählten Fahrer bei Bedarf übertragen können - nach vorheriger Absprache mit dem Geschäftsführer der Klägerin. Der Beigeladene zu 1.) sei für die Reinigung des Busses verantwortlich gewesen. Auch für die Kosten der Tachoscheiben sei er (in einem Fall) aufgekommen.

Den Widerspruch der Klägerin vom 5. Juli 2012 wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 17. Dezember 2013 zurück.

Hiergegen hat die Klägerin am 16. Januar 2014 Klage zum Sozialgericht Darmstadt erhoben.

Das Sozialgericht hat mit Beschluss vom 16. April 2014 den Busfahrer C., die DAK-Gesundheit, die DAK-Gesundheit-Pflegekasse und die Bundesagentur für Arbeit zum Verfahren notwendig gemäß [§ 75 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) beigeladen.

Zur Klagebegründung hat die Klägerin ihren bisherigen Vortrag wiederholt und ergänzend vorgetragen: Das Unternehmensrisiko des Beigeladenen zu 1.) bestehe darin, dass er keine Einkünfte erziele, wenn er keine Aufträge erhalte. Die Eingliederung in den Fahrplan habe keine innerbetriebliche, sondern eine außerbetriebliche Ursache, auf die die Klägerin keinen Einfluss habe. Werbung sei für den Beigeladenen zu 1.) nicht notwendig gewesen. Auch stehe die Entscheidung der Beklagten im Widerspruch zu der früheren Entscheidung der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See. Indizien für die Selbstständigkeit seien die Anmeldung des Beigeladenen zu 1.) bei der IHK sowie die Gewerbeanmeldung, ferner der fehlende Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und der fehlende Urlaubs- und Weihnachtsgeldanspruch. Die Beklagte hat darauf verwiesen, dass der Beigeladene zu 1.) über kein eigenes Fahrzeug verfüge und er sich an den Fahrplan der Linie halten müsse. Er betreibe keine aktive Werbung am Markt und habe auch nicht die Absicht, sich mit eigenen Fahrzeugen eine Existenz als Unternehmer aufzubauen. Er arbeite auf der Basis eines festvereinbarten Lohnes.

Das Sozialgericht Darmstadt hat der Klage mit Gerichtsbescheid vom 5. April 2016 stattgegeben und den Bescheid vom 29. Juni 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Dezember 2013 aufgehoben. Der angefochtene Bescheid sei rechtswidrig, die Beklagte fordere zu Unrecht Sozialversicherungsbeiträge nach, denn der Beigeladene zu 1.) sei in der streitgegenständlichen Zeit für die Klägerin als selbstständiger Busfahrer tätig gewesen. Der Beigeladene zu 1.) sei insbesondere nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Zwar sei er an die Vorgaben des Linienfahrplans gebunden gewesen; dies sei aber nicht Ausfluss des Direktionsrechts, sondern durch den Vertragspartner der Klägerin vorgegeben. Der Beigeladene zu 1.) sei lediglich verpflichtet gewesen, die von ihm gewählte Linie zu fahren; der Klägerin habe kein Bestimmungsrecht hinsichtlich weiterer Tätigkeiten zugestanden. Auch habe der Beigeladene zu 1.) die Möglichkeit gehabt, bei Bedarf einen Ersatzfahrer zu stellen, der dann von ihm zu bezahlen gewesen sei. Anders als ein angestellter Fahrer habe der Beigeladene zu 1.) der Klägerin die Vorgabe gemacht, den Bus nicht auf den Betriebshof abstellen zu müssen. Hingegen müssten die angestellten Fahrer die Busse besenrein nach Dienstschluss auf dem Betriebsgelände der Klägerin abstellen. Dass der Beigeladene zu 1.) über keinen eigenen Bus verfüge, stehe der Annahme einer selbstständigen Tätigkeit nicht entgegen.

Die Beklagte hat gegen den ihr am 7. April 2016 zugestellten Gerichtsbescheid am 4. Mai 2016 Berufung zum Hessischen Landessozialgericht erhoben. Zur Berufungsbegründung trägt sie ergänzend vor: Der Beigeladene zu 1.) werde als Busfahrer für die Fahrten einer vorgeschriebenen Fahrstrecke im Linienverkehr mit einem fremden Bus eingesetzt; infolgedessen sei sein persönlicher Gestaltungsspielraum auf nahezu Null reduziert. Es bestehe auch eine persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 1.) gegenüber der Klägerin: So sei die wöchentliche Zahlung der Vergütung vereinbart worden, damit der Beigeladene zu 1.) - so sein Vortrag im Erörterungstermin vor dem Sozialgericht - seine Steuerschulden zahlen könne. Die Übernahme der Reinigung des Buses sei hingegen kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit. Anhaltspunkte für ein unternehmerisches Risiko könnten wenig festgestellt werden wie ein eigenständiges Auftreten am Markt oder eigene Werbemaßnahmen. Die Argumentation des Beigeladenen zu 1.), ein eigener Bus führe aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen zu größerer Abhängigkeit, zeige zudem, dass er an einer Selbstständigkeit gar nicht interessiert sei. Vielmehr wolle er lediglich in den Genuss eines selbstständigen, aber risikolosen Arbeitens kommen. Auch wenn der Beigeladene zu 1.) eine Ersatzkraft habe einstellen können, habe er diese zunächst dem Geschäftsführer der Klägerin vorstellen müssen; dies sei bei echten Subunternehmern unüblich.

Die Beklagte beantragt,  
den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Darmstadt vom 5. April 2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin trägt ergänzend vor: Eine persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 1.) gegenüber der Klägerin sei nicht aus der Vereinbarung einer wöchentlichen Vergütung abzuleiten; dies sei vielmehr Ausfluss der freien Vertragsgestaltung. Hingegen stelle die Finanzierung eines eigenen Busses eine langfristige finanzielle Abhängigkeit dar. Zu berücksichtigen sei außerdem, dass der Beigeladene zu 1.) genaue Vorgaben für die Zusammenarbeit gemacht habe: Er habe sich die Linie ausgesucht, die Vergütung berechnet und verlangt, den Bus abends nicht auf dem Betriebshof abstellen zu müssen. Dies sei arbeitnehmeruntypisch. Das von der Beklagten zitierte Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 23. Januar 2004 ([L 4 KR 3083/02](#)) sei überholt. In einem hier vergleichbaren Fall eines Kraftfahrers ohne eigenes Fahrzeug habe das Landessozialgericht Bayern am 29. März 2011 ([L 8 AL 152/08](#)) zu Recht die Selbstständigkeit bejaht.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Der Beigeladene zu 1.) besteht darauf, als Selbstständiger eingestuft zu werden. Er sei schon immer selbstständig tätig gewesen.

Die Beigeladenen zu 2.) und 3.) verweisen auf einschlägige Rechtsprechung anderer Landessozialgerichte und sehen deutliche Anhaltspunkte für eine abhängige Beschäftigung.

Die Berichterstatterin des Senats hat im Rahmen eines Erörterungstermins den Geschäftsführer der Klägerin und den Beigeladenen zu 1.) ergänzend gehört; wegen des Inhalts ihrer Äußerungen wird auf die Sitzungsniederschrift vom 1. September 2016 (Bl. 229-231 der Gerichtsakte) Bezug genommen.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen sowie wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten und die Gerichtsakte, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte trotz Ausbleibens der Beigeladenen zu 2.) bis 4.) verhandeln und entscheiden, da diese zum Termin der mündlichen Verhandlung ordnungsgemäß geladen worden sind. Die Ladungen enthielten den Hinweis gemäß [§ 110 SGG](#), dass auch im Falle des Ausbleibens verhandelt und entschieden werden könne.

Die Berufung ist zulässig und begründet.

Das Sozialgericht Darmstadt hat der Klage mit Gerichtsbescheid vom 5. April 2016 zu Unrecht stattgegeben. Der Bescheid vom 29. Juni 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Dezember 2013 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat insbesondere zutreffend angenommen, dass der Beigeladene zu 1.) im Unternehmen der Klägerin während der streitigen Zeit eine zu allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat; die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1.) als Busfahrer ohne eigenen Bus im Linienverkehr ist eine abhängige Beschäftigung und unterliegt der Sozialversicherungs- und Beitragspflicht.

Gemäß § 28p Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch 4. Buch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) - prüfen die Träger der Rentenversicherung bei den Arbeitgebern, ob diese ihre Meldepflichten und ihre sonstigen Pflichten nach dem SGB IV, die im Zusammenhang mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag entstehen, ordnungsgemäß erfüllen; sie prüfen insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlung und der Meldungen ([§ 28a SGB IV](#)) mindestens alle vier Jahre. Im Rahmen der Prüfung erlassen die Träger der Rentenversicherung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern.

Versicherungspflicht zur Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung besteht für gegen Arbeitsentgelt Beschäftigte ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)), wobei die Pflicht des Arbeitgebers zur anteiligen Tragung der Beiträge aus [§ 249 Abs. 1 SGB V](#), [§ 168 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 58 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) und [§ 346 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) folgt. Der Arbeitgeber muss die Beiträge als Gesamtsozialversicherungsbeitrag zahlen ([§ 28d Satz 1](#) i. V. m. [28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) und [§ 253 SGB V](#), [§ 174 Abs. 1 SGB VI](#), [§ 60 Abs. 1 Satz 2 SGB XI](#), [§ 348 Abs. 2 SGB III](#)). Die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der U-1- und U-2-Umlagen ergibt sich aus [§ 7](#) Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) und Insolvenzgeldumlage ([§ 358 Abs. 3 SGB III](#)).

Grundvoraussetzung für die Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Umlagen ist das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Dafür ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist das der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Diese Weisungsgebundenheit kann vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. 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 (vgl. etwa BSG, Urteil vom 18.11.2015, - [B 12 KR 16/13 R](#) -; Urteile vom 29.07.2015, - [B 12 R 1/15 R](#) - und - [B 12 KR 23/13 R](#) -; Urteil vom 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) -, alle in juris). Das Unternehmerrisiko besteht (regelmäßig) in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital (ganz) zu verlieren oder mit ihm (nur) Verluste zu erwirtschaften; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen. Das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung nicht wesentlich bestimmen (BSG, Beschluss vom 16.08.2010, - [B 12 KR 100/09 B](#) -, in juris). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, 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 gegenüberstehen (BSG, Urteil vom 25.04.2012, - [B 12 KR 24/10 R](#) -, in juris). Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#) m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen Abgrenzung Bundesverfassungsgericht [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#)). Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl. BSG, Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) -, veröffentlicht in juris). 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 (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; BSG [SozR 3-2400](#)

[§ 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) Rdnr. 17).

Ausgehend hiervon hat die Beklagte zutreffend die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1.) bei der Klägerin als abhängige Beschäftigung angesehen. Da schriftliche Vereinbarungen zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1.) nicht geschlossen worden sind, richtet sich die Beurteilung der Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1.) nach dem zwischen ihm und der Klägerin praktizierten Ablauf. Der Senat stützt sich hierbei insbesondere auf den schriftlichen Vortrag der Klägerin und des Beigeladenen zu 1.) in den Widerspruchs-, Klage- und Berufungsverfahren sowie auf die Anhörung des Geschäftsführers der Klägerin und des Beigeladenen zu 1.) im Erörterungstermin am 1. September 2016. Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1.) gestaltete sich (unstreitig) wie folgt: Der Beigeladene zu 1.) war im Zeitraum vom 14. Januar 2009 bis zum 10. Dezember 2011 aufgrund einer mündlichen Vereinbarung für die Klägerin als Busfahrer im Linienverkehr F-Stadt von montags bis freitags tätig. Im Vorfeld der Vereinbarung suchte sich der Beigeladene zu 1.) eine Linie aus dem von der Klägerin zu bedienenden Linienverkehr heraus und bot entsprechende Linienabschnitte gegen Zahlung einer Pauschale an; die Auszahlung der Pauschale erfolgte wöchentlich. Der Beigeladene zu 1.) hat hierzu im Erörterungstermin am 1. September 2016 geschildert, dass er für sich ausgerechnet habe, wie viele Stunden er "auf dem Bus" sei und habe die Pausen, die üblicherweise nicht bezahlt würden, eingerechnet. Die so errechnete Pauschale habe er dann von der Klägerin gefordert. Der Beigeladene zu 1.) nutzte einen Bus der Klägerin, den er vereinbarungsgemäß abends nicht auf den Betriebshof der Klägerin abstellen musste. Die Entscheidung über die Erforderlichkeit von Reifenwechsel und Reparaturen oblag dem Beigeladenen zu 1.). Die Kosten für Kraft- und Schmierstoffe, Inspektion und Reparaturen, Reifen und Ersatzteile trug die Klägerin. Die Reinigung des Fahrgastraumes wurde vom Beigeladenen zu 1.) durchgeführt. Für Buswäsche (außen) und den Erwerb von Tachoscheiben übernahm der Beigeladene zu 1.) Kosten in Höhe von insgesamt 183, 82 EUR.

Die Tätigkeit als Busfahrer kann wie die Tätigkeit als LKW- bzw. PKW-Fahrer sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (vgl. allgemein zu Fahrtätigkeiten: BSG [SozR 4-2700 § 2 Nr. 1](#); [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#); Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) -, in juris; Landessozialgericht Baden-Württemberg, Urteile vom 2. September 2011, [L 4 R 1036/10](#), vom 23. Januar 2004 - [L 4 KR 3083/02](#) -, vom 21. November 2008 - [L 4 KR 4098/06](#) - und vom 12. Dezember 2008 - [L 4 R 3542/05](#) - alle in juris; zum Busfahrer ohne eigenen Bus: Landessozialgericht Baden-Württemberg vom 23. Januar 2004 - [L 4 KR 3083/02](#) -, in juris) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbstständige Tätigkeit (vgl. BSG, Urteil vom 27. November 1980 - [8a RU 26/80](#) - = SozSich 1981, 220, LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13. September 2007 - [L 5 R 5/06](#) - in juris, Bayerisches LSG, Urteil vom 17. November 2006 - [L 5 KR 293/05](#) - in juris; zu Flugzeugführern: BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - in juris) ausgeübt werden.

Vorliegend überwiegen nach Auffassung des Senats jedoch die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, diejenigen, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen.

Bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung von Fahrtätigkeiten - ob als LKW-, Kurier- oder Busfahrer - kommt es nach Auffassung des Senats entscheidend darauf an, ob der Fahrer ein eigenes Fahrzeug einsetzt. Nach der Rechtsprechung des BSG kann die Benutzung z.B. eines eigenen LKW und die damit einhergehende Lastentragung i.V.m. anderen Gesichtspunkten für eine selbstständige Tätigkeit sprechen (BSG, Urteile vom 22. Juni 2005 - [B 12 KR 28/03 R](#) - und 19.08.2003 - [B 2 U 38/02 R](#) - beide in juris). Wird dagegen kein eigenes Transportmittel benutzt, spricht dies entscheidend für eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers. Berufskraftfahrer ohne eigenes Fahrzeug sind deshalb regelmäßig abhängig beschäftigt (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. Juli 2016 - [L 5 R 1899/14](#); Urteil vom 21. November 2008 - [L 4 KR 4098/06](#) -, in juris, Sächsisches LSG, Urteil vom 4. März 2014 - [L 5 R 425/12](#) -, Bayerisches LSG, Urteil vom 9. Mai 2012 - [L 5 R 23/12](#) -, Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 19. Juni 2009 - [L 3 AL 24/08](#) -, Hessisches LSG, Urteil vom 24. Februar 2009 [L 1 KR 249/08](#) -, alle in juris).

Im vorliegenden Fall hatte der Beigeladene zu 1.) keinen eigenen Omnibus zur Personenbeförderung im Linienverkehr benutzt. Der Beigeladene zu 1.) hat damit seine Arbeitskraft und keine Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht darauf, Einnahmen zu erzielen, eingesetzt. Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der - hier im Vordergrund stehenden - Verwertung der Arbeitskraft spricht nur dann für eine Selbstständigkeit, wenn ihr auch eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs und des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenübersteht (BSG, Urteile vom 13.07.1978 - [12 RK 14/78](#) -, 04.06.1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) -, beide in juris; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.11.2008 - [L 4 KR 4098/06](#) - in juris). Dies war hier nicht der Fall. Der Beigeladene zu 1.) war vom 14. Januar 2009 bis zum 10. Dezember 2011 ganz überwiegend nur für die Klägerin tätig. Dies ergibt sich aus den von ihm in Rechnung gestellten Pauschalen und seinem Vortrag. Hinzu kommt, dass der Beigeladene zu 1.) eine regelmäßige Einnahmequelle benötigte, um seine Steuerschulden abzutragen - so sein Vortrag. Für ein Unternehmerrisiko spricht auch nicht das Risiko des Beigeladenen zu 1.), nicht durchgehend und dauerhaft für die Klägerin arbeiten zu können. Zum einen war die "Geschäftsbeziehung" der Klägerin und des Beigeladenen zu 1.) auf Dauer angelegt; der Geschäftsführer der Klägerin war nach eigenen Worten an einem "Rund-um-sorglos-Paket" interessiert; der Beigeladene zu 1.) wollte eine zuverlässige Einnahmequelle, damit er seine Steuerschulden abtragen konnte. Insofern war der Beigeladene zu 1.) den gleichen Risiken ausgesetzt wie jeder Arbeitnehmer. Für ein besonderes Unternehmerrisiko muss hingegen zusätzlich ein Wagnis bestehen, das über dasjenige hinausgeht, kein Entgelt zu erzielen. Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses Risiko deshalb regelmäßig erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt wird, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brach liegen (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. März 2015 - [L 4 R 5120/13](#) -, n.v., LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10. Dezember 2009 - [L 16 R 5/08](#) -, in juris). Dies war hier nicht der Fall.

Der Beigeladene zu 1.) war bei der Durchführung der Fahrten auch nicht frei, sondern an die engen Vorgaben des Linienverkehrs gebunden. Im Linienverkehr ist er die nach Fahrplan vorgegebenen Routen zu vorgegebenen Uhrzeiten gefahren, so dass er weder über die Routen noch über die Fahrtzeiten selbst bestimmen konnte. Diese Bindung richtete sich nach den Konzessionsbestimmungen der Verkehrsgesellschaft Busverkehr E. GmbH und war daher rechtlich verbindlich und faktisch unabänderbar. Dass diese Fremdbestimmtheit des Beigeladenen zu 1.) aus wiederum fremdterminierten Vorgaben für die Betriebsorganisation der Klägerin resultierte, ist für die Weisungsgebundenheit des Beigeladenen zu 1.) ohne Belang.

Die Fahrer-Tätigkeit selbst unterschied sich nach Auffassung des Senats nicht wesentlich von der Tätigkeit der fest angestellten Fahrer. Dass der Beigeladene zu 1.) sich vor Abschluss des mündlichen Vertrages die Linie aussuchte und eine Pauschale vorgab, er den Bus abends nicht auf dem Betriebshof abstellen musste, für die Businnenreinigung verantwortlich war und im geringen Umfang Buswäschen

bezahlte, ist aus Sicht des Senats keine wesentliche Abweichung von der Tätigkeit eines angestellten Fahrers z.B. in Teilzeit, der im Rahmen der Vereinbarungen im Arbeitsvertrages einzelne Punkte gesondert verhandelt und vereinbart.

Die Klägerin hat dem Beigeladenen zu 1.) für dessen durchzuführende Fahrten das wesentliche Arbeitsmittel gestellt, nämlich das auf das Unternehmen der Klägerin zugelassene, versicherte und, soweit es den Linienverkehr betrifft, das nach den einschlägigen Rechtsvorschriften ausgestattete Fahrzeug. Die Klägerin hat allein die dazu notwendigen Betriebsstoffe wie Kraftstoff und Schmiermittel für dieses Fahrzeug getragen, ebenso wie die weiteren laufenden Kosten für Unterhalt, Wartung sowie Versicherung der Fahrzeuge.

Nach Außen, insbesondere gegenüber Fahrgästen, ist der Beigeladene zu 1.) nicht als selbstständiger Personenbeförderungsunternehmer aufgetreten; eigene Werbung betrieb er nicht.

Der Beigeladene zu 1.) wurde arbeitnehmertypisch letztlich nach Stunden vergütet. Er hat hierzu im Rahmen des Erörterungstermins am 1. September 2016 vorgetragen, dass er für sich die Anzahl der Stunden, die er "auf dem Bus" für die Linie verbringt einschließlich Pausenzeiten - ausgerechnet und vor dem Hintergrund einer angemessenen Stundenvergütung eine Pauschale gefordert.

Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des BAG als auch des BSG nicht entscheidend, ob der Betreffende auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw. war (BAG, Urteil vom 9. Oktober 2002 - [5 AZR 405/01](#) -, in juris). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitsansätze (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) -, in juris). Abzustellen ist daher nur auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1.) für die Klägerin und nicht auf die Tätigkeit für andere Busunternehmen (oder im Rahmen des Holzhandels). Schon aus diesem Grund entfaltet der Bescheid der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See vom 7. Oktober 2004, der im Hinblick auf die Tätigkeit für einen anderen Busunternehmer ergangen war, keine Wirkung für das hier zu beurteilende Vertragsverhältnis. Maßgeblich ist insoweit nur die Zeit vom 14. Januar 2009 bis zum 10. Dezember 2011, da die Beklagte nur für diesen Zeitraum Gesamtsozialversicherungsbeiträge nachfordert. Kein entscheidendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1.) ist daher der Umstand, dass er im streitigen Zeitraum in geringem Umfang auch für andere Auftraggeber tätig war. Denn auch ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber tätig sein, zumal der Beigeladene zu 1.) nach eigenem Vortrag neben der Tätigkeit für die Klägerin nur wenig Zeit hatte.

Auch das Fehlen eines vertraglichen Urlaubsanspruchs, eines vertraglichen Anspruchs auf Entgeltfortzahlung und eine freiwillige Krankenversicherung kann nicht als Indiz für ein Unternehmerrisiko gewertet werden. Denn solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn beide Seiten eine selbstständige freie Mitarbeit wollen. Solche Vereinbarungen sind im Übrigen eher typisch bei Scheinselbstständigkeit, die die Arbeitnehmerrechte wie die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Ansprüche nach dem Bundesurlaubsgesetz und nicht zuletzt die Beitragszahlung zur Sozialversicherung umgehen soll (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. Juli 2016, [L 5 R 1899/14](#) - juris). Dem Arbeitnehmer werden dadurch sämtliche Schutzmöglichkeiten genommen, ohne dass dies im Ergebnis durch unternehmerische Rechte oder gar Gewinne kompensiert wird (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 27. März 2015 - [L 4 R 5120/13](#) - n.v.).

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

Im Falle der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1.) bestehen nur wenige Gesichtspunkte, die für eine Selbstständigkeit sprechen könnten. Der geringfügige Einsatz von eigenen Mitteln für Buswäsche und Tachoscheiben fällt aus Sicht des Senats - wie bereits dargelegt - nicht entscheidend ins Gewicht. Ferner war der Beigeladene zu 1.) berechtigt - nach eigenem Vortrag nach Rücksprache mit dem Geschäftsführer der Klägerin - einen Ersatzfahrer zu stellen, wobei letzteres aus Sicht des Senats nicht im Einklang mit den vertraglichen Pflichten der Klägerin gegenüber der Verkehrsgesellschaft stehen dürfte (vgl. Vertrag, Bl. 193 ff. der Gerichtsakte). Zudem ist die Befugnis, die Tätigkeit zu delegieren, allein kein entscheidendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit, weil sie nichts darüber aussagt, inwieweit von ihr Gebrauch gemacht wird, realistischer Weise überhaupt Gebrauch gemacht werden könnte (rechtliche Zulässigkeit) und sie damit die Tätigkeit tatsächlich prägt (vgl. BSG, Urteil vom 11.03.2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) -, in juris). Es gibt zudem Beschäftigungsverhältnisse, bei denen es nicht unbedingt auf die persönliche Arbeitsleistung ankommt, sondern eine Vertretung möglich und üblich ist. Diese Gesichtspunkte treten jedoch im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung hinter den erstgenannten Merkmalen der abhängigen Beschäftigung als Fahrer ohne eigenes Fahrzeug zurück (vgl. aus der gleichlautenden Judikatur Sächsisches LSG, Urteil vom 4. März 2014 - [L 5 R 425/12](#); Bayer. LSG, Beschluss vom 13. Januar 2014 [L 5 R 911/13 B ER](#); LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 18. Juli 2013 [L 11 R 1083/12](#); LSG Hamburg, Beschluss vom 16. April 2012 - [L 3 R 19/12 B ER](#), Rn 7 - zitiert nach juris; LSG für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 01. Juni 2012 - [L 8 R 150/12 B ER](#)). Der Beigeladene zu 1.) ist damit in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis für die Klägerin tätig geworden.

Der Beigeladene zu 1.) hatte die Tätigkeit nach den vorgelegten Abrechnungen nicht im Rahmen der Geringfügigkeit gemäß [§ 8 SGB IV](#) ausgeübt. Die Höhe der nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich der Umlagen wurde von der Beklagten in nicht zu beanstandender Weise errechnet. Einwände sind von der Klägerin insoweit nicht erhoben worden.

Der Bescheid vom 29. Juni 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Dezember 2013 ist auch ausreichend bestimmt gemäß [§ 33 Sozialgesetzbuch, 10. Band, Sozialverfahren und Sozialdatenschutz \(SGB X\)](#). Der angefochtene Bescheid benennt als Prüfzeitraum den 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2012, fordert jedoch Sozialversicherungsbeiträge für den Zeitraum vom 14. Januar 2009 bis 9. Dezember 2011 nach. Wer einen auf Grund einer Betriebsprüfung ergangenen Beitragsnachforderungs-Bescheid erhält, muss grundsätzlich erkennen können, für welche Zeiträume seine Meldungen und Unterlagen gemäß [§§ 28 a ff SGB IV](#) geprüft wurden und für welche Zeiträume sich deswegen Nachforderungen ergeben. Die Angabe des Prüfzeitraumes ist auch deshalb unerlässlich, weil sich durch ihn bestimmt, welche Zeiträume einen aus [§ 45 SGB X](#) resultierenden "Bestandsschutz" erhalten (vgl. Bay. LSG, Beschluss vom 14. November 2012, [L 5 R 890/12 B ER](#)). Der angefochtene Bescheid erscheint insoweit widersprüchlich, denn der angegebene Prüfzeitraum stimmt nicht mit dem Zeitraum, für die Beiträge nachgefordert werden, überein. Dieser Mangel führt jedoch nach den Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht zur Rechtswidrigkeit der streitigen Entscheidung. Denn die Klägerin konnte hier aus der Anhörung im Rahmen der Schlussbesprechung am 13. Dezember 2011 (Bl. 34 der Verwaltungsakte), dem bestandskräftigen Prüfbescheid vom 27. Januar 2012 (dort: Prüfzeitraum: 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2010, Bl. 235 ff. der Gerichtsakte) sowie aus den personen-, tätigkeits- und zeitbezogenen

Ausführungen des streitgegenständlichen Bescheides selbst klar erkennen, dass der Prüf- und Beanstandungsgegenstand die Arbeit des Beigeladenen zu 1.) vom 14. Januar 2009 bis 9. Dezember 2012 umfasst. Daher führt in diesem konkreten Einzelfall die Widersprüchlichkeit in der Angabe des Betriebsprüfungszeitraumes nicht zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Beklagten, denn anhand aller Umstände des Bescheides selbst ist eine hinreichende Bestimmbarkeit des Prüfzeitraumes bezüglich des Beigeladenen zu 1.) festzustellen, die mit dem Bestimmtheitsgebot gemäß [§ 33 Abs. 1 SGB X](#) für Betriebsprüfbescheide gem. [§ 28p SGB IV](#) zu vereinbaren ist.

Die Berufung ist daher in vollem Umfang erfolgreich. Der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Darmstadt vom 5. April 2016 war aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Da Klägerin und Beklagte nicht zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören, finden nach [§ 197a SGG](#) die VwGO und das Gerichtskostengesetz (GKG) Anwendung. Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt, sodass insofern eine Kostentragungspflicht der Klägerin nicht billig wäre.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 53.788,01 EUR festgesetzt. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§§ 52 Abs. 1](#) und 3, [47 Abs. 1 GKG](#). Die Höhe des Streitwerts ergibt sich daraus, dass sich die Klägerin gegen die mit Bescheid vom 29. Juni 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Dezember 2013 erhobene Beitragsforderung in Höhe von 53.788,01EUR wandte und insoweit die Aufhebung dieser Bescheide begehrte.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2017-11-29