

L 4 R 1036/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Konstanz (BWB)
Aktenzeichen
S 4 R 1470/08
Datum
14.01.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 R 1036/10
Datum
02.09.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Zur Beurteilung einer Tätigkeit als Busfahrer (hier: abhängige Beschäftigung).

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 14. Januar 2010 wird zurückgewiesen.

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

Der Streitwert für beide Rechtszüge wird endgültig auf EUR 81.997,24 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen eine Forderung von insgesamt EUR 81.997,24 (Gesamtsozialversicherungsbeiträge zuzüglich Umlagen nach dem bis 31. Dezember 2005 geltenden Lohnfortzahlungsgesetz - LFZG - und Säumniszuschläge).

Die Klägerin, eine KG, betreibt ein Busunternehmen mit im streitgegenständlichen Zeitraum sieben Bussen. Der am 1954 geborene Beigeladene zu 1) war ab Mai 2002 bis zumindest 31. Oktober 2005, der am 01. August 1964 Beigeladener zu 2) ab April 2002 bis zumindest 31. Dezember 2005 für die Klägerin als Busfahrer tätig. Der Beigeladene zu 1) war nach seinen Angaben als Versicherungsvermittler in einem von ihm angemeldeten Gewerbe tätig. Der Beigeladene zu 2) hatte in der Zeit vom 01. Oktober 2001 bis 31. März 2006 ein Gewerbe angemeldet, wonach er u.a. Dienstleistungen in der Personenbeförderung und Transport unternahm. Er führte auch für andere Busunternehmen Fahrten durch. Ein schriftlicher Vertrag zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1) und 2) bestand nicht. Die Aufgaben der Beigeladenen zu 1) und 2) für die Klägerin bestanden darin, im Rahmen des von der Klägerin an sie erteilten Auftrags von der Klägerin vorgegebene Bustouren auf im Eigentum der Klägerin stehenden Bussen durchzuführen, wobei die Beigeladenen zu 1) und 2) nicht immer den gleichen Bus fuhren und auch die Schlüssel des Busses nicht stets in ihrem Besitz hatten. Nach dem von der Klägerin insoweit vorgelegten Arbeitsvertrag mit dem Busfahrer Rolf Borkowski (ohne Datum) für die Zeit ab 16. Oktober 2006 haftete dieser nach § 13 des Vertrags u.a. für von ihm schuldhaft verursachte Schäden der Firma bei Vorsatz in vollem Umfang, bei grob fahrlässig verursachten Schäden nach einer Abwägung im Einzelfall danach, ob eine Haftungserleichterung in Betracht kommt, für fahrlässig verursachte Schäden anteilig und bei leichtester Fahrlässigkeit nicht. Die Beigeladenen zu 1) und 2) stellten sich im Bus den Fahrgästen jeweils als selbstständige Busfahrer vor. Werbung für ihre eigene Firma machten sie im Bus jedoch nicht. Reklamationen der Fahrgäste leitete der Beigeladene zu 1) an die Klägerin weiter, die an den Beigeladenen zu 2) gerichteten Reklamationen bearbeitete dessen bei den Fahrten mitfahrende Ehefrau, die der Beigeladene zu 2) als Arbeitnehmerin für sein Unternehmen angemeldet hatte. Kleidungsvorschriften der Klägerin für die Beigeladenen zu 1) und 2) gab es nur insoweit, als die Beigeladenen zu 1) und 2) ordentlich gekleidet sein mussten. Die Beigeladenen zu 1) und 2) haben zeitweise der Klägerin gegenüber Aufträge abgesagt. Für den Beigeladenen zu 2) fuhr im Fall der Erkrankung Herr U. Z ... Dem Beigeladenen zu 1) war es nach seinem Vortrag nicht gestattet, Fahrten zu delegieren. Er hatte mit der Klägerin auch keine Absprachen für den Fall seiner Krankheit getroffen. Urlaub wurde den Beigeladenen zu 1) und 2) gewährt. Die Beigeladenen zu 1) und 2) stellten nach Durchführung der Fahrten der Klägerin Rechnungen, wobei sie jeweils den Briefkopf ihres angemeldeten Gewerbes benutzten. Der Beigeladene zu 1) rechnete mit Ausnahme der Mehrtagesfahrten, für die er zunächst EUR 100,00 und später EUR 120,00 bzw. EUR 150,00 berechnete, auf Stundenbasis ab. Der Stundensatz belief sich zunächst auf EUR 11,50, später auf EUR 13,00 und sodann auf EUR 14,00. Der Beigeladene zu 1) stellte monatliche Rechnungen zwischen EUR 507,50 und EUR 3.298,00, insgesamt für Mai bis Dezember 2002 EUR 13.383,33, für das Jahr 2003 EUR 18.840,00, für das Jahr 2004 EUR 22.275,50 und für Januar bis Oktober 2005 EUR 20.224,00. Der Beigeladene zu 2) stellte Rechnungen auf der Grundlage der von ihm durchgeführten Fahrten, wobei er pro Fahrt zunächst EUR 170,00 und später EUR 180,00 ansetzte. Die Rechnungen des Beigeladenen zu 2) schwankten monatlich zwischen EUR 270,00 und EUR 4.410,00, insgesamt für April bis Dezember 2002 EUR 7.470,00, für das Jahr 2003 EUR 15.565,00, für das Jahr 2004

EUR 20.377,50 und für das Jahr 2005 EUR 22.710,00. Die Rechnung des Beigeladenen zu 1) vom 31. Januar 2005 wurde von der Klägerin wegen eines Schadens um EUR 400,00 gekürzt. Bei der Rechnung des Beigeladenen zu 2) ebenfalls vom 31. Januar 2005 erfolgte eine Kürzung um das geltend gemachte Richten des Busses. Im Übrigen erfolgten teilweise sowohl bei dem Beigeladenen zu 1) als auch dem Beigeladenen zu 2) Korrekturen durch die Klägerin wegen fehlerhafter Stundenabrechnung.

Der Beigeladene zu 2) hatte im Hinblick auf die von ihm ab Oktober 2001 verrichtete Tätigkeit im Reise- und Fahrdienst u.a. für drei Busunternehmen, unter denen sich die Klägerin nicht befand, am 21. November 2001 die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status im Verhältnis zu den drei Busunternehmen beantragt, worauf die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden Beklagte), mit Bescheiden vom 20. August, 10. September und 14. November 2002/Widerspruchsbescheid vom 17. Juni 2003 feststellte, dass der Beigeladene zu 2) seine Tätigkeit als Busfahrer ohne eigenen Bus für die genannten Firmen im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Auf die vom Beigeladenen zu 2) dagegen erhobene Klage hob das Sozialgericht Konstanz (SG) mit Urteil vom 16. Januar 2004 (S 7 RA 1324/03) diese Bescheide auf und verurteilte die Beklagte festzustellen, dass der Beigeladene zu 2) die Tätigkeit bei den Busunternehmen selbstständig ausübe. Auf die von der Beklagten dagegen erhobene Berufung hob der erkennende Senat mit Urteil vom 24. Februar 2006 das Urteil des SG vom 16. Januar 2004 auf und wies die Klage ab ([L 4 KR 763/04](#)).

In der Zeit vom 08. Mai bis 10. August 2006 führte die Beklagte eine Betriebsprüfung für den Prüfzeitraum Januar 2002 bis Dezember 2005 durch. Auf Anfrage der Beklagten vom 10. August 2006 gab die Klägerin im Rahmen der Betriebsprüfung die bereits genannten Vergütungssätze sowie weiter an, schriftliche Verträge bestünden nicht. Eine Konventionalstrafe im Falle von Versäumnissen sei nicht vereinbart. Die Fahrer benützten ihre (der Klägerin) Busse. Eine Unterscheidung der Tätigkeit der selbstständigen Busfahrer von der Tätigkeit der abhängig beschäftigten Busfahrer bestehe nicht. Die durchgeführten Fahrten würden von ihr mitgeteilt. Sie plane alles. Der Fahrer habe keinen Einfluss. Er könne Reisegäste nicht eigenmächtig von der Fahrt ausschließen. Die Kosten für Übernachtungen der Fahrer würden vom jeweiligen Hotel übernommen. Nach erfolgter Anhörung setzte die Beklagte durch Bescheid vom 30. Mai 2007 gegenüber der Klägerin eine Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen zuzüglich Umlagen nach dem LFZG (EUR 62.187,24) sowie Säumniszuschlägen (EUR 19.810,00) in Höhe von EUR 81.997,24 für die Zeiträume vom 01. Mai 2002 bis 31. Dezember 2005 (Beigeladener zu 1)) und vom 01. April 2002 bis 31. Dezember 2005 (Beigeladener zu 2)) fest, weil die Beigeladenen zu 1) und 2) bei der Klägerin ab dem 01. Mai 2002 bzw. 01. April 2002 als Busfahrer versicherungspflichtig beschäftigt gewesen seien. Der Beitragsberechnung legte sie als Einnahmen die von den Beigeladenen zu 1) und 2) berechneten (zuvor genannten) Vergütungen zugrunde.

Hiergegen erhob die Klägerin Widerspruch. Sie trug vor, weder sie noch die Beigeladenen zu 1) und zu 2) hätten ein Arbeitsverhältnis gewollt. Jeder einzelne Auftrag hätte angenommen bzw. abgelehnt werden können. Jeder Vertragspartner habe selbstständig agieren und reagieren können. Preise seien nur als Rahmen vereinbart worden. Dies seien Vertragsmodalitäten, die einem Arbeitsvertrag nicht entsprächen. Keinesfalls habe sie grobfahrlässig gehandelt. Sie habe auf die Vertragsfreiheit vertraut. Daneben sei der gleiche Sachverhalt auch vom SG (S 7 RA 1324/03) umgekehrt beurteilt worden. Dies sei ihr bekannt gewesen. Wenn ein SG zugunsten der Beteiligten entscheide und die zweite Instanz das Urteil aufhebe, bleibe kein Raum für die Annahme von grober Fahrlässigkeit. Im Übrigen habe der Beigeladene zu 2) seine Ehefrau bei den Fahrten als angemeldete Aushilfe beschäftigt. Sie habe den Service übernommen. Der Beigeladene zu 2) habe auch einen eigenen Kundenstamm gehabt. Seine Fahrgäste hätten zwar ihr Ticket bei ihr, der Klägerin, lösen müssen, seien aber vom Beigeladenen zu 2) angeworben worden. Mit Widerspruchsbescheid vom 21. April 2008 wies die bei der Beklagten gebildete Widerspruchsstelle den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte die Widerspruchsstelle - wie im Wesentlichen bereits im Bescheid vom 30. Mai 2007 - aus, die Beigeladenen zu 1) und 2) hätten ihre Tätigkeiten im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt. Es komme nicht darauf an, welche Bezeichnung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer für ihre Beziehungen und die dem Beschäftigten zugewiesenen Aufgaben gewählt würden. Entscheidend sei, wie sie diese Beziehungen tatsächlich gestaltet hätten. Wesentliches Merkmal eines Beschäftigungsverhältnisses sei die persönliche Abhängigkeit. Diese äußere sich vornehmlich in der Eingliederung in einen Betrieb, womit regelmäßig die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers für Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit verbunden sei. Den Angaben der Klägerin zufolge seien die Beigeladenen zu 1) und 2) weder in den Betrieb eingegliedert noch weisungsgebunden gewesen. Sie hätten jedoch zur Ausübung der Tätigkeit ausschließlich Busse des Unternehmens der Klägerin verwendet. Die Fahrzeuge seien ihnen von der Klägerin zur Verfügung gestellt worden, ohne dass hierfür ein Mietzins zu entrichten gewesen sei. Die Möglichkeit einer freien und daher völlig selbstbestimmten Verwendung der Fahrzeuge durch die Lenker sei daher nicht nachgewiesen. Omnibusfahrer, die keine eigenen Busse besäßen, jedoch für Busunternehmen jeweils Linienfahrten, Reiserouten, Schulfahrten etc. ausführten, seien aufgrund der damit verbundenen Eingliederung in die Betriebsorganisation des Busunternehmens und der persönlichen Abhängigkeit hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung als Arbeitnehmer anzusehen. Auch habe die Klägerin selbst ausgeführt, dass die Planung der Busfahrten durch sie, die Klägerin, erfolge, die Fahrer also keinen Einfluss nehmen könnten und zwischen den selbstständig und abhängig beschäftigten Busfahrern keine Unterschiede bestünden. Die versicherungsrechtlich zu beurteilenden Fahrten seien sämtlich durch die Klägerin angeboten und durchgeführt worden. Die Beigeladenen zu 1) und 2) seien diesbezüglich nicht als Reiseveranstalter in Erscheinung getreten. Dass der Beigeladene zu 2) Kundenakquise betrieb und daher eigene Fahrgäste mitgebracht habe, führe versicherungsrechtlich zu keinem anderen Ergebnis. Auch die für andere Reiseveranstalter durchgeführten Fahrten änderten nichts an der Weisungsgebundenheit zur Klägerin. Im Übrigen habe die Klägerin mit Wirkung vom 01. April 2006 für den Beigeladenen zu 2) das Vorliegen der Versicherungspflicht festgestellt. Darüber hinaus sei das Vorliegen von grober Fahrlässigkeit festzustellen. Aufgrund der unterschiedlichen Handhabung der Beschäftigungsverhältnisse der Beigeladenen zu 1) und 2) und von Busfahrern im Rahmen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses hätte sich die Klägerin zumindest bei einer Einzugsstelle oder ihr, der Beklagten, um eine Entscheidung bemühen müssen. Das Urteil des SG (S 7 RA 1324/03) sei nicht rechtskräftig geworden und könne deshalb nicht berücksichtigt werden.

Mit der am 21. Mai 2008 zum SG erhobenen Klage verfolgte die Klägerin ihr Begehren weiter. Die Klägerin hielt daran fest, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) selbstständig tätig gewesen seien. Ihre Verträge, Fahrten und Einsatzzeiten seien selbstständig geplant worden. Es seien eigene Buchhaltungen, eigene Kunden und eigenes Personal vorhanden gewesen. Die Beigeladenen zu 1) und 2) hätten im Gegensatz zu den festgestellten Busfahrern die Möglichkeit gehabt, eine Fahrt abzusagen. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) habe in seinem Urteil vom 08. November 2006 ([5 AZR 706/05](#) in [BAGE 120, 104ff.](#)) bejaht, dass die Parteien eine Beschäftigung sowohl als Arbeitsverhältnis als auch als freie Mitarbeit ausgestalten könnten. Von diesem Wahlrecht hätten sie und die Beigeladenen zu 1) und 2) Gebrauch gemacht. Im Übrigen sei sie nicht grob fahrlässig vorgegangen. Sie habe auf das Urteil des SG (S 7 RA 1324/03) vertraut. Sie habe nicht wissen und ahnen können, dass ihr Vertragspartner, der Beigeladene zu 2), in zweiter Instanz unterliegen werde. Soweit die Beklagte behauptete, sie sei grob fahrlässig vorgegangen, weil sie keine Klärung durch die Beklagte herbeigeführt habe, sei schon fraglich, ob eine

sozialabgabenrechtliche Beurteilung rechtlich zutreffend von einer beteiligten Dienststelle getroffen werden könne. Insoweit werde das rechtliche Gehör und die Unparteilichkeit verletzt. Nun aber auch noch den Zirkelschluss zu vollziehen und zu behaupten, weil man die Beklagte nicht gefragt habe, sei dies grob fahrlässig gewesen, sei mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Sie trug unter Bezugnahme auf die angefochtenen Bescheide ergänzend vor, dass von grober Fahrlässigkeit regelmäßig auszugehen sei, wenn der Arbeitgeber eine Beitragsentrichtung nicht vorgenommen habe oder wenn die ausgeführten Arbeiten normalerweise von abhängig Beschäftigten erbracht würden oder ein anderer Arbeitnehmer mit ähnlichem Vertrag bei demselben Arbeitnehmer als abhängig Beschäftigter behandelt werde bzw. worden sei. Grobe Fahrlässigkeit liege auch dann vor, wenn ein Arbeitgeber nichts unternommen habe, um einen Sachverhalt zu ermitteln, bzw. eine vollumfängliche sozialversicherungsrechtliche Beurteilung unterlassen habe. Im Zweifelsfall wäre es die Pflicht der Klägerin gewesen, bei den beteiligten Einzugsstellen (Krankenkassen der Arbeitnehmer) im Sinne des [§ 28h](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) verbindlich nachzufragen, ob tatsächlich eine nicht versicherungspflichtige selbstständige Tätigkeit vorliege. Nach [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) entscheide die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die Klägerin sei zumindest grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen, da eine gleichartige Tätigkeit bei vergleichbarer Eingliederung in den Betrieb von anderen Mitarbeitern der Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde.

Das SG lud mit Beschluss vom 16. Januar 2009 W. M. und W. M. als Beigeladene zu 1) und 2) bei. Der Beigeladene zu 1) trug vor, dass er davon ausgehe, dass er im Schnitt ca. 20 Stunden pro Woche für die Klägerin tätig gewesen sei. Seine Tätigkeit als Versicherungsvermittler sei grundsätzlich vorgegangen. Der Beigeladene zu 2) gab an, dass er keine höheren Einnahmen gehabt habe, wenn ihn seine Ehefrau begleitet habe. Er habe bei der Klägerin oft auch nach einem Bus angefragt, um die von ihm organisierten Fahrten durchzuführen. Der Bus sei dann von den jeweiligen Gruppen angemietet worden und direkt mit der Klägerin abgerechnet worden. Er sei von den Gruppen für die Reiseleitertätigkeit und die Organisation bezahlt worden. Die nunmehrige Festanstellung beschränke sich allein auf Busfahrten.

Mit Urteil vom 14. Januar 2010, hinsichtlich der Kostenentscheidung berichtigt mit Beschluss vom 01. Februar 2010, wies das SG die Klage ab. Zur Begründung legte es dar, die Beklagte habe zutreffend festgestellt, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) im streitgegenständlichen Zeitraum gegen Arbeitsentgelt bei der Klägerin beschäftigt und somit in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig gewesen seien. Für die Beurteilung als abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche der Umstand, dass die Tätigkeit, für die die Beigeladenen zu 1) und 2) eingesetzt worden seien, sich letztlich nicht von derjenigen festangestellter Busfahrer unterschieden habe. Durch die Übernahme des Auftrags sei ihnen Ort und Art der Arbeit sowie letztlich auch die Arbeitszeit faktisch vorgegeben gewesen. Sie hätten in diesem Moment ebenso dem Weisungsrecht der Klägerin wie die übrigen festangestellten Busfahrer unterlegen und seien insoweit in die betriebliche Organisation der Klägerin eingegliedert gewesen. Die jeweiligen Fahrten seien zudem über die Klägerin selbst gebucht und kostenmäßig auch durchweg von ihr abgerechnet worden. Dass sich die Tätigkeiten nicht unterschieden hätten, sei letztlich auch seitens der Klägerin im Rahmen eines Fragenkatalogs im August 2006 bestätigt worden. Wenn nunmehr erstmals in der mündlichen Verhandlung etwas anderes behauptet werde, vermöge dies die Kammer nicht zu überzeugen. Für die Eingliederung der Beigeladenen zu 1) und 2) spreche auch das zeitliche Ausmaß ihrer Tätigkeit. Nachdem sie beinahe ausschließlich Reisefahrten durchgeführt hätten, erscheine es nicht ungewöhnlich, dass feste Arbeitszeiten im Sinne einer 40-Stundenwoche nicht vorgelegen hätten. Sie hätten angegeben, dass sie in erheblichem Umfang für die Klägerin im Einsatz gewesen seien. Während dieser Zeit sei ihnen insoweit auch kein Gestaltungsspielraum in Bezug auf den Einsatz ihrer Arbeitskraft verblieben. Die Tatsache, dass sie auch noch Fahrten für andere Busunternehmer durchgeführt hätten bzw. einer anderen Tätigkeit überhaupt nachgegangen seien, führe zu keiner anderen Beurteilung, denn eine Beschäftigung im Sinne von [§ 7 SGB IV](#) schließe nicht aus, dass weitere Beschäftigungen oder andere Tätigkeiten ausgeübt würden. Dass sie Aufträge der Klägerin hätten annehmen oder ablehnen können, werde insbesondere dadurch relativiert, dass sie kein unternehmerisches Risiko zu tragen gehabt hätten. Denn sie hätten weder über eine Betriebsstätte noch über ein Betriebsmittel verfügt. Das fehlende unternehmerische Risiko werde auch darin sichtbar, dass ihre Tätigkeit nach festen Sätzen abgerechnet worden sei, sodass sie nach der Übernahme eines Auftrags jederzeit mit einer für sie kalkulierbaren Vergütung hätten rechnen können. Eigenes Kapital hätten sie nicht eingesetzt. Daran ändere sich auch nichts dadurch, dass sie für Schäden an den Bussen und für Schlechtleistungen verantwortlich gemacht worden seien. Darin vermöge das Gericht jedenfalls noch kein unternehmerisches Risiko zu sehen. Dass die Klägerin über sieben Busse bei fünf festangestellten Busfahrern zuzüglich der Beigeladenen zu 1) und 2) verfügt habe, habe ebenfalls eine gewisse Indizwirkung dafür, dass der Betrieb der Klägerin die Größe besessen habe, die Beigeladenen zu 1) und 2) gleichwertig zu beschäftigen. Die Klägerin sei auch zumindest grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen. Bei ihr seien zum einen Busfahrer als abhängig Beschäftigte tätig, die dieselbe Arbeitsleistung in identischen Arbeitsläufen wie die Beigeladenen zu 1) und 2) erbringen würden. Zum anderen werde verschiedentlich (z.B. Abgrenzungskatalog vom 26. März 2003) darauf hingewiesen, dass bei Omnibusfahrern, die keine eigenen Busse besitzen würden, jedoch u.a. Reiserouten ausführten, wohl von einer Eingliederung in die Betriebsorganisation und damit von einer Beschäftigung im Sinne von [§ 7 SGB IV](#) auszugehen sei. Danach sei es für die Klägerin zumindest angezeigt gewesen, den Status der Beigeladenen zu 1) und 2) durch die Einzugsstelle prüfen zu lassen. Da sie dies nicht getan habe, habe sie grob fahrlässig gehandelt. Die Klägerin könne sich schließlich auch nicht darauf berufen, auf das Urteil im Verfahren S 7 RA 1324/03 vertraut zu haben. Dies zum einen deshalb, weil im dortigen Verfahren andere Busunternehmen beteiligt gewesen seien und das jeweilige Ergebnis eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalles erfordere. Zum anderen sei dieses Urteil erst am 16. Januar 2004 und damit deutlich nach dem Zeitpunkt, der für die Betriebsprüfung und die Tätigkeit der Beigeladenen als Busfahrer bei der Klägerin angesetzt worden sei, ergangen. Die Höhe der Nachforderung habe die Klägerin unstreitig gestellt.

Gegen dieses am 23. Februar 2010 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 02. März 2010 Berufung zum Landessozialgericht Baden-Württemberg eingelegt. Die Beweiswürdigung durch das SG sei falsch. Der im August 2006 beantwortete Fragenkatalog sei von der Mutter des heutigen Geschäftsführers irrtümlich, unter Mitwirkung eines Mitarbeiters des damaligen Steuerberaters, ausgefüllt worden. Ihr und diesem Mitarbeiter seien Bedeutung und Hintergrund der gestellten Fragen nicht klar gewesen. Die freiberuflich tätigen Busfahrer hätten nicht die gleiche Tätigkeit wie die festangestellten Busfahrer ausgeübt. Es hätten bei ihnen keine festen Arbeitszeiten vorgelegen. Für den Beigeladenen zu 1) sei seine Tätigkeit als Versicherungsvermittler immer vorgegangen. Auch sei er renten- und krankenversichert gewesen. Der Beigeladene zu 2) habe teilweise drei Monate keine Fahrten durchgeführt. Er sei damit nicht in ihre Organisation eingebunden gewesen. Die Beigeladenen zu 1) und 2) hätten auch Schäden am Bus oder Entgeltkürzungen bei Beschwerden hinnehmen müssen, weil sie freiberuflich gewesen seien. Der Beigeladene zu 2) habe seine Ehefrau als Mitarbeiterin bei den Busreisen eingesetzt, weil er Unternehmer gewesen sei. Spezielle Kleidungs Vorschriften habe es nicht gegeben. Die Beigeladene zu 1) und zu 2) hätten eigene Betriebsausgaben sowie

ein Haftungsrisiko gehabt. Bei Fahrten, die der Beigeladene zu 2) für seine Kunden durchgeführt habe, sei sie in die Abläufe nicht involviert gewesen und habe wie im Mietbusverkehr üblich nach Kilometern abgerechnet. Fahrstrecke und Arbeitszeit ergäben sich aus der Natur der Dinge. Dies führe dazu, die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) als selbstständige Tätigkeit zu bewerten. Falsch sei auch die rechtliche Würdigung des SG, wenn es davon ausgehe, dass sie grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen sei. Wenn ein Bürger aufgrund eigener rechtlicher Einschätzung zum gleichen Urteil komme wie ein Sozialgericht, könne dies nicht grob fahrlässig sein. Ob das Urteil des SG (S 7 RA 1324/03) einen anderen Zeitraum oder ein anderes Busunternehmen betroffen habe, spiele keine Rolle. Der Sachverhalt sei identisch gewesen. Nachdem ihr dieses Urteil bekannt geworden sei, habe sie sich in ihrer Rechtsauffassung bestätigt gefühlt. Die Festsetzung von Säumniszuschlägen sei deshalb aufzuheben. Die Klägerin hat auf Anforderung die von ihr gekürzten Rechnungen der Beigeladenen zu 1) und 2) und Arbeitsverträge für angestellte Arbeitnehmer vorgelegt.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 14. Januar 2010 und den Bescheid der Beklagten vom 30. Mai 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. April 2008 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie schließt sich den Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Urteils an und verweist im Übrigen auf die Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden sowie auf ihren erstinstanzlichen Vortrag. Ergänzend trägt sie vor, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Klägerin lediglich - wie jeder abhängig Beschäftigte - ihre Arbeitskraft verwertet und kein relevantes unternehmerisches Risiko getragen hätten. Von einem echten unternehmerischen Risiko wäre erst dann auszugehen, wenn trotz fehlender Einnahmen Betriebsausgaben zu tragen wären und insoweit tatsächlich die Gefahr eines wirtschaftlichen Verlustes bestünde. Dies sei vorliegend nicht der Fall, da beide Beigeladenen keinen eigenen Omnibus eingesetzt hätten, sondern ausschließlich Fahrzeuge der Klägerin. Der Beigeladene zu 1) habe eine Vergütung nach Arbeitsstunden; der Beigeladene zu 2) eine Tagespauschale, die der Höhe nach einer Arbeitsstundenvergütung je Arbeitstag entspreche, erhalten. Es sei auch nicht belegt, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) Haftungsrisiken in relevantem Umfang übernommen hätten. Dies erscheine schon deswegen nicht plausibel, weil offenbar beide keine eigene Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen gehabt hätten. Aus den während der Prüfung kopierten Rechnungen der Beigeladenen zu 1) und 2) sei nicht ersichtlich, dass Vergütungskürzungen für Schäden oder Reklamationen erfolgt wären. Die im Zuge des Berufungsverfahrens vorgelegten Rechnungen umfassten lediglich einen Fall einer Kürzung aufgrund eines Schadens, die übrigen Kürzungen seien offenbar aufgrund zu hoch angesetzter Arbeitsstunden bzw. nicht anzusetzender Pauschalen erfolgt. Die Beigeladenen zu 1) und 2) seien auch nicht weisungsfrei tätig gewesen. Mit dem Moment der Übernahme von Fahraufträgen für die Klägerin habe diese die Möglichkeit, den Beigeladenen zu 1) und 2) - wie ihren abhängig beschäftigten Busfahrern - organisatorische Dinge betreffende Weisungen zu geben (z.B. Ort und Ziel des Fahrtbeginns, Fahrtziel, zu befördernde Reisegruppe, gegebenenfalls Fahrtroute) und sie damit in der Ausübung der Arbeit festzulegen. Damit seien die Beigeladenen zu 1) und 2) in die Organisation des Betriebs eingegliedert gewesen. Der Einsatz der Ehefrau des Beigeladenen zu 2) im Zusammenhang mit der Tätigkeit für die Klägerin sei nicht belegt. Die Einlassung des Beigeladenen zu 2), Reklamationen von Fahrgästen habe seine Ehefrau bearbeitet und auch Erstattungen bezahlt, sei vor dem Hintergrund, dass die Fahrgäste den Reisepreis an die Klägerin und nicht an den Beigeladenen zu 2) gezahlt hätten, nicht plausibel.

Der Senat hat mit Beschluss vom 09. April 2010 die zuständigen Kranken- und Pflegekassen sowie die Bundesagentur für Arbeit zum Verfahren beigelegt. Diese Beigeladenen haben sich nicht geäußert. Anträge haben die Beigeladenen zu 1) bis 7) nicht gestellt. Die Beigeladenen zu 1) und 2) haben auf Anfrage des Senats die auf S 3/4 genannten Angaben zu ihrer Tätigkeit bei der Klägerin in den Jahren 2002 bis 2005 gemacht.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten, die Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie die Akten S 7 RA 1324/03 und L 4 R 763/04 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Das SG hat im angefochtenen Urteil vom 14. Januar 2010 zu Recht die Klage abgewiesen und zutreffend dargelegt, dass der Bescheid vom 30. Mai 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. April 2008 rechtmäßig ist und die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt. Die Beigeladenen zu 1) und 2) haben ihre Tätigkeit im Unternehmen der Klägerin im Zeitraum vom 01. Mai 2002 bis 31. Oktober 2005 bzw. 01. April 2002 bis 31. Dezember 2005 als gesamtsozialversicherungspflichtig Beschäftigte ausgeübt, weshalb die Beklagte zu Recht Gesamtsozialversicherungsbeiträge zuzüglich der Umlage in Höhe von EUR 62.187,24 fordert. Auch die Säumniszuschläge in Höhe von EUR 19.810,00 wurden zu Recht festgesetzt.

1. Die Beklagte ist nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) für die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen zuständig. Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen von Prüfungen bei den Arbeitgebern nach Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern.

2. Für die Zahlung von Beiträgen von Versicherungspflichtigen aus Arbeitsentgelt zur gesetzlichen Krankenversicherung, gesetzlichen Rentenversicherung, Arbeitslosenversicherung und sozialen Pflegeversicherung gelten nach [§ 253](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), [§ 174 Abs. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) sowie [§ 60 Abs. 1 Satz 2](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) die Vorschriften über den Gesamtsozialversicherungsbeitrag ([§§ 28d bis 28n](#) und [28r SGB IV](#)). Diese Vorschriften gelten nach [§ 1 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), [§ 348 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) auch für die Arbeitslosenversicherung bzw. Arbeitsförderung. Nach [§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) hat den Gesamtsozialversicherungsbeitrag der Arbeitgeber zu zahlen. Als Gesamtsozialversicherungsbeitrag werden nach [§ 28d Satz 1 SGB IV](#) die Beiträge in der Kranken- oder Rentenversicherung für einen kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten oder Hausgewerbetreibenden sowie der Beitrag des Arbeitnehmers und der Anteil des Beitrags des Arbeitgebers zur Bundesagentur für Arbeit,

der sich nach der Grundlage für die Bemessung des Beitrags des Arbeitnehmers richtet, gezahlt. Dies gilt auch für den Beitrag zur Pflegeversicherung für einen in der Krankenversicherung kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten ([§ 28d Satz 2 SGB IV](#)). Die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen im Rahmen der Lohnfortzahlung werden nach dem bis 31. Dezember 2005 geltenden [§ 14 LFZG](#) durch eine Umlage von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) und in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), der der Senat folgt, setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer in einem Verhältnis "persönlicher Abhängigkeit" zum Arbeitgeber steht. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine 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 (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 geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [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 haben die Beklagte und das SG zutreffend die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) bei der Klägerin als abhängige Beschäftigung angesehen.

Da schriftliche Vereinbarungen zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1) und 2) nicht geschlossen worden sind, richtet sich die Beurteilung der Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1) und 2) nach dem zwischen ihnen und der Klägerin praktizierten Ablauf. Dieser gestaltete sich - trotz einiger Unterschiede im Detail - bei den Beigeladenen zu 1) und 2) im Wesentlichen gleich. Der Senat stützt sich hierbei insbesondere auf die Ausführungen der Klägerin, die schriftlichen Auskünfte der Beigeladenen zu 1) und 2) im Berufungsverfahren, die Anhörung der Beigeladenen zu 1) und 2) sowie des Geschäftsführers der Klägerin durch das SG im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 14. Januar 2010 und den von der Klägerin ausgefüllten Feststellungsbogen vom August 2006.

Die Tätigkeit als Busfahrer kann wie die Tätigkeit als LKW- bzw. PKW-Fahrer zwar 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; Urteile des erkennenden Senats 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, zuletzt Urteil vom 25. März 2011 - [L 4 KR 212/07](#) -, nicht veröffentlicht; zum Busfahrer ohne eigenen Bus: Urteil des erkennenden Senats vom 23. Januar 2004 - [L 4 KR 3083/02](#) -, in juris; das den Beigeladenen zu 2) betreffende Urteil des erkennenden Senats vom 24. Februar 2006 - [L 4 KR 763/04](#) -, nicht veröffentlicht) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbstständige Tätigkeit (vgl. zu Fahrtätigkeiten: 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.

Ein maßgebliches Indiz für eine abhängige Beschäftigung ist der Umstand, dass sich der Aufgabenbereich der Beigeladenen zu 1) und 2) im Hinblick auf den einzelnen Auftrag nicht von dem der abhängig beschäftigten Busfahrer unterschied. Dies ergibt sich für den Senat aus den für angestellte Busfahrer vorgelegten Verträgen und den Angaben der Beigeladenen zu 1) und 2), aber auch der Klägerin. Hieraus folgt, dass mit Ausnahme der Fahrten, die der Beigeladene zu 2) mit einem Mietbus der Klägerin durchführte, die hier jedoch nicht streitgegenständlich sind, die Routen jeweils von der Klägerin ausgearbeitet und ausgeschrieben wurden. Die Kunden meldeten sich bei der Klägerin an. Die Klägerin erteilte dann den Busfahrern den Auftrag für die jeweilige Fahrt auf den ihnen jeweils zugeteilten Bussen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht deshalb, weil den Beigeladenen zu 1) und 2) nicht im Einzelnen die konkrete Fahrtroute vorgegeben war. Zwar stand es in ihrem Ermessen, welche Fahrtstrecke zum Ziel sie konkret wählten. Gewisse Abweichungen von der Fahrtroute sind bei längeren Reisen jedoch üblich. Sie waren auch den festangestellten Busfahrern gestattet. Solche Freiheiten, zumal sie auch bei festangestellten Busfahrern die Regel sind, lassen die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) deshalb nicht als eine solche in einem eigenen Betrieb erscheinen. Derartige Entscheidungsspielräume liegen in der Natur der Sache. Insbesondere um auf kurzfristige Änderungen - Stau, Baustelle - umgehend reagieren zu können, ist es nicht zweckmäßig, dass die Klägerin jedes Detail einer Route konkret vorausplant. Eine Unterscheidung rechtfertigt auch nicht die Tatsache, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) nach den von ihnen gestellten Rechnungen keine Spesen geltend machten und ihre Ausgaben während der Fahrten selbst zu tragen hatten. Abgesehen davon, dass dies

den Angaben der Klägerin im August 2006 widerspricht, wonach Übernachtungskosten nicht anfielen, da diese von den Hotels übernommen worden seien, stellt auch dies keinen wesentlichen Unterschied zwischen den festangestellten Busfahrern und den Beigeladenen zu 1) und 2) dar. Auch die angestellten Busfahrer erhielten ausweislich des beispielhaft vorgelegten Arbeitsvertrags mit dem angestellten Busfahrer Borkowski allenfalls Tagesspesen zwischen EUR 6,00 und EUR 11,00, wobei sich dies deshalb relativiert, weil zum Beispiel der Mitarbeiter Borkowski, dessen Arbeitsverhältnis am 16. Oktober 2006 begann, nach dem insoweit vorgelegten Arbeitsvertrag nur einen Bruttolohn von EUR 10,80 pro Stunde hatte, während etwa der Beigeladene zu 1) nach den vorgelegten Rechnungen zumindest ab Januar 2005 einen Stundensatz von EUR 14,00 abrechnete. Auch im Hinblick auf die Haftung für Schäden unterschieden sich die Tätigkeiten nicht. Nicht nur die Beigeladenen zu 1) und 2) sondern auch die angestellten Busfahrer konnten bzw. können ausweislich des beispielhaft vorgelegten Arbeitsvertrags mit dem Mitarbeiter Borkowski für Schäden zur Verantwortung gezogen werden. Nur für Schäden aufgrund leichtester Fahrlässigkeit trifft die festangestellten Busfahrer keine Haftung. Einen Unterschied rechtfertigt auch nicht die Tatsache, dass sich die Beigeladenen zu 1) und 2) gegenüber den Fahrgästen als selbstständige Fahrer vorstellten, denn dies betraf nur das Auftreten gegenüber den Fahrgästen, nicht jedoch das Verhältnis zwischen den Beigeladenen zu 1) und 2) und der Klägerin. Auch die den Beigeladenen zu 1) und 2) eingeräumte Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, ist nicht ausschlaggebend für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Dies kann zwar grundsätzlich als Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden, weil der Betroffene damit den Umfang seiner Tätigkeit weitgehend selbst bestimmt. Doch sind auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehnt. Denn auch in solchen Fällen, in denen auf Abruf - wie z.B. im Hinblick auf den von der Klägerin vorgelegten Arbeitsvertrag mit dem Busfahrer Andreas Gruber - oder in Vertretungssituationen beispielsweise wegen Erkrankung ständiger Mitarbeiter lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen (vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 2006 - [L 4 KR 763/04](#) -). Nimmt der Betroffene das angetragene Angebot jedoch an, übt er die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus und wird nicht allein wegen der grundsätzlich bestehenden Ablehnungsmöglichkeit zum selbstständig Tätigen. Letztlich hatten die Beigeladenen zu 1) und 2) nach Auftragsannahme keinen Einfluss auf den Arbeitsort und die Art und Weise der auszuübenden Tätigkeit, sie waren in das Unternehmen der Klägerin eingegliedert.

Die Beigeladenen zu 1) und 2) trugen - im Sinne des vom Senat regelmäßig besonders gewichteten Kriteriums - kein wesentlich ins Gewicht fallendes Unternehmensrisiko. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - in juris). Den Beigeladenen zu 1) und 2) war für die Durchführung der jeweils übernommenen Tour eine Vergütung, beim Beigeladenen zu 1) eine Vergütung nach Arbeitsstunden, beim Beigeladenen zu 2) eine Tagespauschale, die der Höhe nach einer Arbeitsstundenvergütung je Arbeitstag entsprach, garantiert. Die Gefahr eines wirtschaftlichen Verlustes bestand nicht. Das Risiko, nicht durchgehend arbeiten zu können, ist zunächst ein Risiko, das auch jeden Arbeitnehmer trifft, der nur Zeitverträge bekommt oder auf Abruf arbeitet und nach Stunden bezahlt oder unständig Beschäftigter ist (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 23. Januar 2004 - [L 4 KR 3083/02](#) -, in juris). Es muss deshalb ein Wagnis bestehen, das über dasjenige hinausgeht, kein Entgelt zu erzielen. Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses Risiko deshalb regelmäßig erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt wird und zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brach liegen (Urteil des erkennenden Senats vom 23. Januar 2004 - [L 4 KR 3083/02](#) -, in juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 10. Dezember 2009 - [L 16 R 5/08](#) - in juris). Das SG hat zudem zutreffend ausgeführt, dass ein weiteres maßgebliches Indiz für eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) und 2) ist, dass diese weder über eine eigene Betriebsstätte noch über Betriebsmittel verfügten. Zwar haben die Beigeladenen zu 1) und 2) jeweils auf ihrem Briefkopf Rechnungen an die Klägerin geschrieben, für das Schreiben der Rechnung war jedoch keine eigene Betriebsstätte erforderlich und die hierfür notwendige Schreibmaschine bzw. der Computer stellt kein Betriebsmittel dar, das zu einem unternehmerischen Risiko führen würde. Ein unternehmerisches Risiko als Kennzeichen einer selbstständigen Tätigkeit ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) Kosten für Krankenversicherung, Altersvorsorge und Haftpflichtversicherungen trugen.

Für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit spricht auch nicht der Umstand, dass der Beigeladene zu 2) nicht persönlich tätig werden musste. Denn unabhängig davon, dass dies nur selten vorkam, steht die Befugnis, Arbeiten an andere Arbeiter zu delegieren, nicht zwingend der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses entgegen (BSG, [SozR 4-2700 § 2 Nr. 1](#)). Die Befugnis, die Tätigkeit zu delegieren, ist allein kein entscheidendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit, weil sie nichts darüber aussagt, inwieweit von ihr Gebrauch gemacht wird, realistischerweise überhaupt Gebrauch gemacht werden könnte und sie damit die Tätigkeit tatsächlich prägt (vgl. BSG Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#) -, in juris). Es gibt Beschäftigungsverhältnisse, bei denen es nicht unbedingt auf die persönliche Arbeitsleistung ankommt, sondern eine Vertretung durch Familienangehörige oder Dritte möglich und üblich ist (vgl. Urteile des erkennenden Senats vom 24. Februar 2006 - [L 4 KR 763/04](#) -, nicht veröffentlicht; 21. November 2008 - [L 4 KR 4098/06](#) - in juris; 12. Dezember 2008 - [L 4 R 3542/05](#) - in juris). Dass es vorliegend der Klägerin auf eine höchstpersönliche Ausführung der Fahrten ankam, hat sie nicht vorgetragen. Dem steht auch entgegen, dass mit dem Beigeladenen zu 2) vereinbart war, dass er für einen Ersatz zu sorgen hatte.

Auch die Tatsache, dass der Beigeladene zu 2) teilweise seine Ehefrau bei den Busfahrten mitnahm und diese die Bewirtung der Fahrgäste übernahm, rechtfertigt nicht die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies tatsächlich so war, denn auf jeden Fall handelte es sich insoweit um einen eigenständigen Entschluss des Beigeladenen zu 2), seine Ehefrau im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses bzw. einer familienhaften Zusammenarbeit an den Fahrten zu beteiligen. Auf das Verhältnis zur Klägerin wirkte sich dies nicht aus.

Schließlich kann auch das Fehlen eines vertraglichen Urlaubsanspruchs oder eines vertraglichen Anspruchs auf Entgeltfortzahlung nicht als Indiz für ein Unternehmerrisiko gewertet werden. Denn solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn beide Seiten eine selbstständige freie Mitarbeit wollten. Letztlich ist dies ebenso wenig wie die Gewerbeanmeldung, die ebenfalls auf der Tatsache beruht, dass eine selbstständige Tätigkeit gewollt war, nicht entscheidend. Vielmehr ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung nach den tatsächlichen Verhältnissen und nicht die von den Beteiligten gewählte vertragliche Beziehung maßgebend. 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. Dem Arbeitnehmer werden dadurch sämtliche Schutzmöglichkeiten genommen, ohne dass dies im Ergebnis durch unternehmerische Rechte oder gar Gewinne kompensiert wird (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 12. Dezember 2008 - [L 4 R 3542/05](#) - in juris).

Nach Auffassung des Senats überwiegen bei einer Gesamtbetrachtung deshalb die Umstände, die im hier streitigen Zeitraum für ein abhängiges und dem Grunde nach sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis der Beigeladenen zu 1) und 2) bei der Klägerin sprechen.

3. Die Beklagte ist auch zu Recht davon ausgegangen, dass [§ 7b SGB IV](#) in der vom 01. Januar 1999 bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung vorliegend keine Anwendung findet, so dass die Beschäftigungsverhältnisse am 01. Mai 2002 (Beigeladener zu 1)) und am 01. April 2002 (Beigeladenen zu 2)) begannen. [§ 7b SGB IV](#) wurde durch Artikel 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 ([BGBl. I 2000, S. 2](#)) mit Wirkung vom 01. Januar 1999 (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes) in das SGB IV eingefügt und durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 19. Dezember 2007 ([BGBl. I, S. 3024](#)) wieder aufgehoben. Danach galt Folgendes: Stellt ein Versicherungsträger außerhalb des Verfahrens nach [§ 7a SGB IV](#) - wie hier erfolgt - fest, dass eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, tritt die Versicherungspflicht erst mit dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte 1. zustimmt, 2. für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung einer Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht und 3. er oder sein Arbeitgeber weder vorsätzlich noch grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen ist. Mit dieser Regelung sollten insbesondere die Fälle der Arbeitgeberprüfung nach [§ 28p SGB IV](#) erfasst werden. Für die Arbeitgeber von Personen, deren Status als nichtselbstständig Beschäftigter festgestellt wurde, sollte damit eine gewisse Erleichterung bei den allein von ihnen aufzubringenden rückständigen Gesamtsozialversicherungsbeiträgen geschaffen werden. Die Vorschrift diente also vorrangig dem Schutz der Arbeitgeber (Urteil des erkennenden Senats vom 12. Dezember 2008 - [L 4 R 3542/05](#) - in juris).

[§ 7b SGB IV](#) findet keine Anwendung, weil die Klägerin grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen ist. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Beteiligten die gebotene Sorgfalt in ungewöhnlich hohem Maße verletzt haben, wenn also außer Acht gelassen worden ist, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Unter Berücksichtigung der individuellen Einsichts- und Urteilsfähigkeit müssen die Sorgfaltspflichten in einem das gewöhnliche Maß an Fahrlässigkeit erheblich übersteigenden Ausmaß verletzt worden sein. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die von der erwerbsmäßig tätigen Person auszuführenden Arbeiten üblicherweise von im Betrieb des Arbeitgebers tätigen Arbeitnehmern verrichtet werden, sodass eher von einer Beschäftigung, denn von einer selbstständigen Tätigkeit hätte ausgegangen werden dürfen (Urteil des erkennenden Senats vom 12. Dezember 2008 - [L 4 R 3542/05](#) - in juris; so auch Knospe in Hauck/Noftz, § 7b (alt) Rdnr. 14, Stand Juli 2008). Dass das SG im Verfahren S 7 RA 1324/03 bezüglich des Beigeladenen zu 2) im Zusammenhang mit seiner Busfahrertätigkeit eine selbstständige Tätigkeit angenommen hat und die Klägerin ihrer Behauptung nach deshalb von einer selbstständigen Tätigkeit auch bei ihr ausgegangen ist, steht dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit nicht entgegen. Das SG hat insoweit zutreffend dargelegt, dass das Urteil des SG im dortigen Verfahren die selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 2) bei anderen Busunternehmen betraf, das jeweilige Ergebnis eine umfassende Würdigung aller Umstände des Einzelfalls erfordert und im Übrigen dieses Urteil erst am 16. Januar 2004 und damit deutlich nach dem Zeitpunkt, der für die Betriebsprüfung und die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) als Busfahrer bei der Klägerin angesetzt worden sei, nämlich April bzw. Mai 2002, ergangen ist. Zu diesem Zeitpunkt hatte auch die Beklagte auf die Anfrage des Beigeladenen zu 2) noch nicht entschieden. Zudem waren bei der Klägerin Busfahrer als abhängig Beschäftigte für dieselbe Arbeitsleistung eingesetzt. Dies hätte die Klägerin zumindest veranlassen müssen, den Status der Busfahrer durch die Einzugsstelle oder durch die Beklagte im Anfrageverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) prüfen zu lassen. Dem ist sie jedoch nicht nachgekommen, weshalb sie der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit trifft.

4. Die Forderung von Säumniszuschlägen auch für die Vergangenheit beruht auf [§ 24 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, für jeden angefangenen Monat ein Säumniszuschlag von 1 v.H. des rückständigen, auf EUR 50,00 nach unten abgerundeten Betrags zu zahlen. Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist nach [§ 24 Abs. 2 SGB IV](#) ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte. So liegt der Fall hier nicht. Die Klägerin hatte nicht unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht. Sie ist - wie unter 3.) ausgeführt - zumindest grob fahrlässig von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen.

5. Die Höhe der nachgeforderten Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich der Umlage und der Säumniszuschläge wurde von der Beklagten zutreffend berechnet. Der Senat verweist insoweit auf die dem Bescheid vom 30. Mai 2007 beigelegten Anlagen. Einwände sind von der Klägerin insoweit nicht erhoben worden.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Da Klägerin und Beklagte nicht zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören, finden nach [§ 197a SGG](#) die VwGO und das Gerichtskostengesetz (GKG) Anwendung.

Zur Zulassung der Revision bestand kein Anlass.

7. Der Streitwert für beide Rechtszüge wird endgültig auf EUR 81.997,24 festgesetzt. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§§ 63 Abs. 2](#) und 3, [52 Abs. 1](#) und 23, [47 Abs. 1 GKG](#). Die Höhe des Streitwerts ergibt sich daraus, dass sich die Klägerin gegen die mit Bescheid vom 30. Mai 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. April 2008 erhobene Beitragsforderung in Höhe von EUR 62.187,24 einschließlich der festgesetzten Säumniszuschläge von EUR 19.810,00 wandte und insoweit die Aufhebung dieser Bescheide begehrte. Die Säumniszuschläge nach [§ 24 SGB IV](#) sind mit einzurechnen. Denn es handelt sich nicht um Früchte, Nutzungen, Zinsen oder Kosten im Sinne des [§ 43 GKG](#) (Behn, [ZfS 2005, 198 ff.](#)). Der Säumniszuschlag soll auch einen Ausgleich dafür schaffen, dass die Beiträge den Versicherungsträgern nicht rechtzeitig zur Verfügung stehen; es handelt sich damit um einen standardisierten Mindestschadensausgleich ([BSG SozR 4-2400 § 24 Nr. 2](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-10-28