

L 8 R 1088/14

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 33 R 1024/14
Datum
14.11.2014
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 1088/14
Datum
27.03.2019
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 R 16/19 R
Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 14.11.2014 wird zurückgewiesen. Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsrechtszugs mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die ihre außergerichtlichen Kosten selbst tragen. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit als Service- und Sicherheitsmitarbeiter im Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) für die Klägerin in der Zeit vom 1.1.2007 bis 31.8.2008 in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Die Klägerin ist eine Anstalt öffentlichen Rechts (AöR). Ihr wurden zum 1.1.2007 alle operativen Aufgaben der Stadtverkehr I GmbH (SVI) im ÖPNV übertragen (Protokoll der Gesellschafterversammlung der SVI vom 21.12.2006, Beschluss zu TOP 4). Die Klägerin betreibt ein Liniennetz von 39 km Länge und setzt 13 Stadtbusse auf acht Buslinien im 20 Minuten-Takt ein. Sie unterhält einen Zentralen Omnibusbahnhof (ZOB), in dessen Nähe sich ihr Service-Center befindet. Für sie waren im Rahmen von Fahrkartenkontrollen vier bis sechs Service- und Sicherheitsmitarbeiter, unter ihnen der Beigeladene zu 1), tätig. Leiter der Abteilung "Öffentlicher Nahverkehr" der Klägerin war der Zeuge X, Vorgesetzter des Zeugen T, der die Service- und Sicherheitsmitarbeiter beaufsichtigte und deren Tätigkeiten koordinierte. Die Klägerin verfolgte das Ziel einer flächendeckenden Kontrolle sowie einer hohen Kontrolldichte. Zur Erreichung dieser Ziele bedurfte es der Koordination der Einsätze der Service- und Sicherheitsmitarbeiter, die über Dienst- bzw. Einsatzpläne vorgenommen wurde. Strecken, auf denen vermehrt Schwarzfahrer mitführen, ließ die Klägerin verstärkt kontrollieren. Zudem führte die Klägerin Schwerpunktkontrollen durch, zu denen sie sämtliche Service- und Sicherheitsmitarbeiter einsetzte. Den Einsätzen gingen wöchentliche Dienstplanungen des Zeugen T voraus, der zunächst einen Entwurf erstellte, welcher den Service- und Sicherheitsmitarbeitern zur Kenntnis gegeben wurde. Wenn diese Änderungswünsche hatten, wurden sie eingearbeitet. Anschließend wurde der Dienstplan herausgegeben, wobei es vorkam, dass noch nachträglich Änderungswünsche geäußert und in den Dienstplan eingearbeitet wurden.

Die Kontrollen fanden in drei Schichten von jeweils sechs Stunden morgens, mittags und abends statt, mit denen die Stoßzeiten von 7:00 bis 8:00 Uhr, von 12:00 bis 14:00 Uhr und von 16:00 oder 17:00 Uhr bis 19:00 Uhr abgedeckt wurden. Diese Stoßzeiten sollten stets mit Service- und Sicherheitsmitarbeitern abgedeckt sein. Die Einsatzdurchführung erfolgte aus Sicherheitsgründen stets durch aus zwei Personen bestehende Teams, die mit den von der Klägerin zur Verfügung gestellten Datenerfassungsgeräten die Fahrkartenkontrollen vornahmen, über verpflichtend zu tragende Dienstaussweise der Klägerin verfügten und Kleidung mit dem Emblem der SVI trugen. Die Datenerfassungsgeräte waren zur elektronischen Ticketkontrolle erforderlich. Mit ihnen wurden sämtliche Vorgänge, wie z.B. die Verhängung erhöhter Beförderungsentgelte, die Gründe für diese erhöhten Beförderungsentgelte, die Daten der betroffenen Fahrgäste sowie Zahlungen etc., erfasst. In dem von der Klägerin vorgehaltenen Service-Center wurden die mittels dieser Datenerfassungsgeräte erfassten Daten ausgelesen und in ihrem IT-System gespeichert. Das Auslesen der Datenerfassungsgeräte sollte zeitnah erfolgen. Die von den Service- und Sicherheitsmitarbeitern vereinnahmten erhöhten Beförderungsentgelte mussten vollständig an die Klägerin abgeliefert werden. Die Service- und Sicherheitsmitarbeiter mussten ihre Einsatzzeiten nachweisen, entweder durch Abzeichnen im Servicecenter der Klägerin oder durch Entwerterabdrücke auf so genannten Blindfahrtscheinen.

Es fanden monatliche Teambesprechungen statt, an denen neben den Service- und Sicherheitsmitarbeitern die Zeugen X und T teilnahmen. Der Beigeladene zu 1) nahm an diesen Besprechungen sehr rege teil. Die Besprechungen führte die Klägerin auf Anregung des Beigeladenen zu 1) ein. Den zeitlichen Aufwand für die Teilnahme erhielten der Beigeladene zu 1) sowie die weiteren Service- und

Sicherheitsmitarbeiter vergütet. Die Besprechungen dienten für den Zeugen X dazu zu erfahren, welche Vorfälle oder Ereignisse es bei den Kontrollen gegeben hatte und wie diese verlaufen waren. Zudem erhielten die Service- und Sicherheitsmitarbeiter dort die für die Ausübung ihrer Tätigkeit nötigen Informationen, z.B. zum Umgang mit problematischen Fahrgästen. Im Falle der Abwesenheit eines der Service- und Sicherheitsmitarbeiter wurden diesem die erforderlichen Informationen mündlich regelmäßig durch den Zeugen T weitergegeben. Daneben teilte die Klägerin den Service- und Sicherheitsmitarbeitern auch außerhalb von Besprechungen umgehend mit, welchen Personen Hausverbot erteilt worden war. Änderungen der Tarifbestimmungen wurden den Service- und Sicherheitsmitarbeitern in schriftlicher Form ausgehändigt. Die Einhaltung der Dienstzeiten der Service- und Sicherheitsmitarbeiter wurde durch die Klägerin in Person des Zeugen T häufiger kontrolliert.

Der Beigeladene zu 1) meldete am 3.3.2004 bei der Stadt I - Ordnungsamt - ein Gewerbe mit der Tätigkeitsbezeichnung "Detektivtätigkeit (Ermittlung u. Observation) - Kein Gewerbe nach § 34a Gewerbeordnung, sowie Vermittlung von Versicherungen und Bausparverträgen" an. Vor seiner Tätigkeit für die Klägerin arbeitete er für die Fa. H mit gleicher Aufgabenstellung, ab August 2006 in folgendem zeitlichen Umfang:

2006 - Stunden

August - 39
September - 115,50
Oktober - 104,25
November - 132,75
Dezember - 98
Ø = 97,90 Stunden

Ebenfalls für die Fa. H waren die Zeugin L, der Zeuge B und Herr L tätig. Für sämtliche Personen stellte die Fa. H der Rechtsvorgängerin der Klägerin 13,50 EUR/Stunde in Rechnung. Da sie Ende 2006 die Bezahlung ihres Personals einstellte, wandte sich der Beigeladene zu 1) unmittelbar an die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die SVI, und bat um Abschluss eines Vertrages.

Daraufhin schlossen die Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beigeladene zu 1) den "Dienstleistungsvertrag über stundenweise Beschäftigung als Service- und Sicherheitspersonal" (DV) am 20.12.2006, der auszugsweise wie folgt lautete:

"Die monatliche Arbeitszeit richtet sich nach den Erfordernissen des Arbeitgebers und wird in Absprache mit festgelegt.

Der Stundenlohn beträgt 13,50 Euro zzgl. gesetzl. MwSt.

Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubstage oder Urlaubs- und/oder Weihnachtsgeld, an den Stadtverkehr I, besteht nicht. Weiterhin besteht kein Anspruch auf ein bestimmtes monatliches Stundenkontingent.

...

Der Auftraggeber kann diesen Dienstleistungsvertrag bei Bedarf jeweils zum Monatsende auflösen."

Seine Tätigkeit stellte der Beigeladene zu 1) der Klägerin wie folgt in Rechnung:

2007 - Stunden - Vergütung (netto, EUR)

Januar - 74 - 999,00
Februar - 95 - 1.282,50
März - 102,5 - 1.383,75
April - 77,5 - 1.046,25
Mai - 106 - 1.431,00
Juni - 108,5 - 1.464,75
Juli - 68 - 918,00
Ø = 90,2 Stunden - 1.217,89 EUR

August - 117,35 - 1.584,23
September - 82,5 - 1.113,75
Oktober - 117,5 - 1.586,25
November - 97,5 - 1.316,25
Dezember - 109 - 1.471,50
Ø = 104,77 Stunden - 1.414,40 EUR

2008 - Stunden - Vergütung (netto, EUR)

Januar - 84,15 - 1.136,03
Februar - 84 - 1.255,80
März - 93,5 - 1.397,83
April - 131,25 - 1.962,19
Mai - 112 - 1.674,40
Juni - 119,5 - 1.786,53
Juli - 86 - 1.285,70
August - 96,25 - 1.438,94
Ø = 100,83 Stunden - 1.492,18 EUR

Daneben rechnete der Beigeladene zu 1) gegenüber der Klägerin in dem Zeitraum von Januar bis Juli 2007 die Tätigkeit des Zeugen B als Service- und Sicherheitsmitarbeiter ab:

2007 - Stunden - Vergütung (netto, EUR)

Januar - 62,5 - 843,75
Februar - 88 - 1.188,00
März - 103,5 - 1.397,50
April - 65 - 877,50
Mai - 94 - 1.269,00
Juni - 93 - 1.255,50
Juli - 67,5 - 911,25
Ø = 81,92 Stunden - 1.106,07 EUR

Von August bis Dezember 2006 war der Zeuge B als Mitarbeiter der Fa. H im ÖPNV der SVI als Service- und Sicherheitsmitarbeiter in folgendem zeitlichen Umfang tätig:

2006 - Stunden

August - 18
September - 113,75
Oktober - 93,75
November - 127,75
Dezember - 67
Ø = 84,05 Stunden

Ab August 2007 war der Zeuge B auf der Grundlage ebenfalls eines mit der Klägerin geschlossenen "Dienstleistungsvertrages über stundenweise Beschäftigung als Service- und Sicherheitspersonal" für die Klägerin weiter als Service- und Sicherheitsmitarbeiter tätig.

Zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) kam es später zu einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung (10 Ca xxx/xx, Arbeitsgericht [ArbG xxxx]). In jenem Verfahren schlossen die Beteiligten am 26.8.2010 folgenden Vergleich:

"Vergleich:

1. Die Parteien sind darin einig, dass das Vertragsverhältnis zwischen ihnen mit dem 31.3.2009 sein Ende gefunden hat.
2. Die Parteien sind sich darin einig, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für eine persönlich abhängige Beschäftigung des Klägers im Sinne eines Arbeitsverhältnisses nicht vorgelegen haben.
3. Die Beklagte verpflichtet sich, dem Kläger eine Entschädigungsleistung in Höhe von 3.500,00 EUR brutto zu leisten gem. [§ 35 EStG](#)."

Am 3.8.2011 beantragte der Beigeladene zu 1) die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status gem. [§ 7a SGB IV](#). Die Stadt I habe sich ab 2002 der Fa. H bedient, bei welcher er mit anderen stundenweise als Sicherheitspersonal beschäftigt worden sei, bis die Stadt I den einzelnen Mitarbeitern den beigelegten Vertrag gegeben habe und in eigener Regie die Mitarbeiter geführt habe. Er habe Kontrolltätigkeiten in Bussen ausgeübt. Es habe einen wöchentlichen Dienstplan der Klägerin gegeben. Er sei durch den Einsatzleiter der Klägerin kontrolliert worden. Er habe vorgeschriebene Buslinien kontrollieren müssen. Die Arbeitszeit von sechs Stunden und die Arbeitstage seien von der Klägerin vorgeschrieben worden. Die Tätigkeit habe er im gesamten Bereich der Stadt I ausgeübt. Er und seine Kollegen seien täglich auf die Stadtteile aufgeteilt worden. Es habe eine monatliche Dienstbesprechung gegeben. Es sei auch Dienstkleidung von der Klägerin gestellt worden. Die Tätigkeit sei mit Prüfgeräten der Klägerin verrichtet worden, hierzu habe es einmal eine Schulung gegeben. Er habe keine weiteren Aufträge annehmen können. In Dienstplänen, die wöchentlich herausgegeben worden seien, sei eingetragen gewesen, von wann bis wann er - der Beigeladene zu 1) - mit welchen Kollegen die Kontrollen durchzuführen gehabt habe. Der Beigeladene zu 1) fügte seinem Antrag den DV, Dienstpläne für die Wochen vom 11. bis 16.9.2005 und vom 5. bis 10.3.2007 bei sowie den Stundennachweis für August 2008 bei.

Nach Anhörung der SVI (Schreiben vom 31.1.2012) erließ die Beklagte den an diese adressierten Bescheid vom 28.2.2012, mit dem sie die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit als Service- und Sicherheitsmitarbeiter bei der SVI im Zeitraum vom 20.12.2006 bis 31.3.2009 in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung feststellte. Den dagegen gerichteten Widerspruch wies die Beklagte mit dem wiederum an die SVI adressierten Widerspruchsbescheid vom 31.7.2012 zurück. In dem dagegen gerichteten Klageverfahren S 17 R 1347/12 des Sozialgerichts (SG) Köln erließ die Beklagte zunächst einen Bescheid vom 13.3.2013, mit dem sie den vorausgegangenen Bescheid dahingehend berichtigte, dass er nunmehr die Klägerin als Bescheidadressatin auswies. Hiergegen wandte sich die Klägerin mit der zum SG Köln erhobenen Klage S 23 R 584/13. In beiden Klageverfahren nahm die Beklagte den Bescheid vom 28.2.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.7.2012 und des Berichtigungsbescheides vom 13.3.2013 wegen fehlender Passivlegitimation der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der nicht gegebenen Voraussetzungen für eine Berichtigung zurück.

Nach erneuter Anhörung, diesmal der Klägerin (Schreiben vom 15.11.2013), stellte die Beklagte mit Bescheid vom 6.1.2014 nunmehr dieser gegenüber fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Service- u. Sicherheitsmitarbeiter bei der Klägerin vom 1.1.2007 bis 31.3.2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt worden sei, in dem Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden habe. Es ergäben sich keine wesentlichen Merkmale, die für eine selbstständige Tätigkeit sprächen. Der Beigeladene zu 1) habe die Tätigkeit an einem von der Klägerin vorgegebenen Arbeitsort ausgeübt und feste Arbeitszeiten einzuhalten gehabt, die in einem Dienstplan vorgegeben seien. Er habe den Weisungen der Klägerin in Bezug auf die Art und Weise der Ausführung unterlegen. Er sei verpflichtet gewesen, an wöchentlichen Dienstbesprechungen teilzunehmen, und habe mit anderen Mitarbeitern der Klägerin zusammengearbeitet. Er habe einen pauschalen Stundenlohn erhalten. Ein Unternehmerrisiko sei nicht zu erkennen. Die Chance, länger oder mehr zu arbeiten, um so ein höheres Entgelt zu

erzielen, sei nicht eine spezielle Chance des Unternehmers. Sie habe auch jeder Beschäftigte. Unternehmerisches Risiko kennzeichne sich durch den Einsatz eigenen Kapitals bzw. eigener Betriebsmittel, dessen wirtschaftlicher Erfolg ungewiss sei. Der Beigeladene zu 1) habe jedoch ausschließlich die eigene Arbeitskraft eingesetzt und sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig gewesen. Das Einkommensrisiko und das Risiko der Nichtbeschäftigung trügen auch beschäftigte Arbeitnehmer.

Hiergegen richtete sich der am 16.1.2014 erhobene Widerspruch der Klägerin. Sie verwies darauf, dass der Beigeladene zu 1) während seiner Tätigkeit entsprechend den zwischen den Beteiligten getroffenen Absprachen Rechnungen unter Ausweisung der jeweiligen Umsatzsteuer entsprechend den tatsächlich abgeleisteten Stunden in unterschiedlicher Höhe ausgestellt habe. Er habe während seiner Tätigkeit ein so genanntes Kontrollgerät verwendet und Kleidung mit einem Emblem der Stadtwerke I getragen. Aus Sicherheitsgründen sei der Einsatz grundsätzlich in Zweiertteams erfolgt. Der Beigeladene zu 1) wäre keinen Sanktionen bei der Unterschreitung bestimmter Mindesttätigkeitszeiten ausgesetzt gewesen. Örtliche und inhaltliche Weisungen habe die Klägerin nicht erteilt. Die Notwendigkeit der Arbeitsausführung vor Ort ergebe sich aus der Art des gestellten Auftrags. Weisungen in Bezug auf die Art und Weise der Arbeitsdurchführung seien nicht erteilt worden. Die Weisungen beträfen lediglich den reibungslosen, organisatorisch-technischen Ablauf des abzuwickelnden Geschäfts. Die Beklagte unterscheide zu Unrecht nicht zwischen auftragsbezogenem und dienstbezogenem Weisungsrecht. Den vertraglichen Vereinbarungen seien keine Regelungen betreffend der Arbeitsdauer zu entnehmen. Der Beigeladene zu 1) habe selbst seinen zeitlichen Einsatz bestimmt. Die Notwendigkeit der Organisations- bzw. Einsatzpläne ergebe sich aus der Natur der Aufgabe heraus. Zudem dienten die Dienstpläne auch als Grundlage für die Überprüfung der Rechnungen der freiberuflich tätigen Mitarbeiter. Sie hätten ausschließlich organisatorischen Charakter gehabt. Es habe sich um faktische Zwänge gehandelt. Der Beigeladene zu 1) habe keine Beschränkungen hinsichtlich der Urlaubszeiten gehabt. Auch formell sei das Vertragsverhältnis als selbstständige Tätigkeit abgewickelt worden.

Der Beigeladene zu 1) machte hingegen unter dem 14.4.2014 geltend, er habe sich nach dem Dienstplan der Klägerin zu richten gehabt, Uniform getragen, sei weisungsgebunden gewesen und habe sich zu Besprechungen an einem der Klägerin zugehörigen Anlaufpunkt einfinden müssen. Wegen der unterschiedlichen, nach Dienstplan vorgesehenen Zeiten sei er auch nicht in der Lage gewesen, anderen entgeltlichen Tätigkeiten nachzugehen, da er jederzeit habe verfügbar sein müssen, um ad hoc auf Aufforderung zu Kontrollfahrten herangezogen werden zu können. Die Klägerin habe ihn und seine Kollegen gezwungen, Gewerbescheine zu beantragen, um nach außen den Anschein zu schaffen, es handele sich um Selbstständige. Es sei ihm unmöglich gewesen, Urlaub zu nehmen, da er und alle anderen von der Arbeit abhängig gewesen seien und sich keinen Verdienstausschlag hätten leisten können.

Mit Widerspruchsbescheid vom 26.6.2014, auf dessen Begründung Bezug genommen wird, wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Mit ihrer zum Sozialgericht (SG) Köln am 21.7.2014 erhobenen Klage hat die Klägerin ihr Begehren weiterverfolgt. Sie hat ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid vom 6.1.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.6.2014 aufzuheben und festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) die Tätigkeit als Service- und Sicherheitsmitarbeiter in der Zeit vom 1.1.2007 bis zum 31.3.2009 als selbstständige Tätigkeit ausgeübt hat.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die angefochtenen Bescheide weiterhin für rechtmäßig gehalten.

Das SG hat mit Urteil vom 14.11.2014 die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe des Urteils wird Bezug genommen.

Gegen das ihr am 20.11.2014 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 16.12.2014 Berufung eingelegt. Zur Begründung wiederholt und vertieft sie ihr bisheriges Vorbringen. Sie stellt insbesondere heraus, dass der Beigeladene zu 1) einem unternehmerischen Risiko unterlegen habe. Sie - die Klägerin - habe keine Beschäftigungspflicht getroffen, den Beigeladenen zu 1) habe umgekehrt keine Pflicht getroffen, bestimmte Mindestarbeitszeiten zu absolvieren. Seine tatsächliche Tätigkeit habe auch nicht der regelmäßigen Leistungserbringung in einem arbeitnehmertypischen Zeitrahmen entsprochen; dies zeigten vor allem die ständig schwankenden Vergütungsabrechnungen und Stundennachweise. Der Beigeladene zu 1) habe aufgrund der zwischen den Parteien des DV gelebten Praxis seine Arbeitszeit frei bestimmen können. Seine Vergütung sei als Pauschale in Form einer festen, stundenbezogenen Vergütung, die ausschließlich von der tatsächlichen und nachgewiesenen Erbringung seiner Dienste abhängt, gezahlt worden. Dem Beigeladenen zu 1) seien kein Urlaubs- und/oder Weihnachtsgeld, keine Lohnfortzahlung im Krankheits- oder Urlaubsfall, ebenso kein bezahlter Urlaub gewährt worden. Zudem habe ihm die selbstständige Rechnungstellung obliegen. Gerade in dem Risiko, keine Aufträge mehr zu erhalten, sei ein Unternehmerrisiko zu sehen, welches der festangestellte Mitarbeiter nicht trage. Der Beigeladene zu 1) sei nicht in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert gewesen. Die jeweiligen Kontrollteams hätten in Abstimmung untereinander die Einsatzpläne und die für die verschiedenen Teams vorgesehenen Einsatzzeiten abändern können. Dies sei von den durch die Klägerin eingesetzten Kontrolleuren auch durchgängig so gehandhabt worden, was sich u.a. auch an den von dem Beigeladenen zu 1) abgerechneten monatlichen Stunden zeige, welche nicht mit den Einsatzplänen der Klägerin übereinstimmten. Die Teilnahme des Beigeladenen zu 1) an Dienstbesprechungen sei freiwillig gewesen und auf seinen ausdrücklichen Wunsch hin erfolgt. Es sei rechtlich unbeachtlich, dass aufgrund der Einsatzpläne eine gewisse Bindung hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort bestanden habe. Es habe kein Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassendes Weisungsrecht der Klägerin bestanden. Dem Beigeladenen zu 1) seien nur Eckpunkte des konkreten Auftrags vorgegeben worden. Diese seien aufgrund äußerer Abläufe, gesetzlicher und technischer Regelungen vorgegeben. Dass der Beigeladene zu 1) persönlich unabhängig weisungsfrei tätig geworden sei, ergebe sich u.a. aus dem Umstand, dass er auch für andere Auftraggeber tätig gewesen sei und deshalb regelmäßig die in den Dienstplänen vorgesehenen Einsätze telefonisch abgesagt habe bzw. verlegt habe. Er habe von Januar 2007 bis einschließlich Juli 2007 einen Mitarbeiter, den Zeugen B, beschäftigt und diesen gegenüber der Klägerin auch abgerechnet. Letztlich habe die Klägerin auch nur den äußeren Ablauf der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bestimmt. Die Kontrolle der Fahrscheine der einzelnen Fahrgäste habe nur

dann sinnvoll stattfinden können, wenn die Vielzahl der eingesetzten Kontrolleure auf den verschiedenen Buslinien in einem Gesamtplan räumlich und zeitlich aufeinander abgestimmt worden seien. Ohne eine solche Abstimmung bestünde stets die Gefahr einer unnötigen Überschneidung von Kontrollteams zulasten nicht abgedeckter Einsatzzeiten. Ebenfalls liege auf der Hand, dass eine Kontrolle der Fahrgäste nur in den jeweiligen Stadtbussen auf der jeweiligen Buslinie und aufgrund der technischen Gegebenheiten unter Einsatz ihrer Datenerfassungsgeräte hätten erfolgen können. Dabei handele es sich um faktische Zwänge bzw. Kontrollerfordernisse bzgl. der auszuübenden Kontrolleurtätigkeit. Der Beigeladene zu 1) sei anders als festangestellte Fahrkartenkontrolleure berechtigt gewesen, einzelne Aufträge abzulehnen. Er sei von dem Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung befreit gewesen und habe eine andere Vergütung als Festangestellte erhalten. Er habe sich mehrfach durch unbeteiligte Dritte, die er selbst der Klägerin vorgestellt habe, vertreten lassen. Der Zeuge T habe zudem nachvollziehbar dargelegt, dass die "Endorganisation" in den Händen der Kontrolleure gelegen habe und diese nicht nur Einsatzzeiten hätten ablehnen können, sondern auch lediglich verpflichtet gewesen seien, teils langfristige Urlaube anzuzeigen. Der Zeuge B habe sehr deutlich und detailliert die den Kontrolleuren eingeräumte Planungshoheit geschildert und dabei im Detail die Angaben der Zeugen X und T nicht nur bestätigt, sondern weiter vertieft.

Im Erörterungs- und Beweisaufnahmetermin am 8.8.2018 hat die Beklagte den Bescheid vom 6.1.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.6.2014 dahingehend geändert, dass die darin enthaltenen Feststellungen auf den Zeitraum vom 1.1.2007 bis 31.8.2008 beschränkt würden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 14.11.2014 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides vom 6.1.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.6.2014 festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 1.1.2007 bis zum 31.8.2008 als Service- und Sicherheitsmitarbeiter nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Aus der Beweisaufnahme des Senats ergäben sich keine wesentlichen neuen Erkenntnisse. Dem Beigeladenen zu 1) seien vom Zeugen T einseitige Weisungen zur Ausführung der Tätigkeit als Kontrolleur erteilt worden. Der Zeuge T habe die Kontrolleure eingeteilt. Dass dabei im Einzelfall auch Interessen des Beschäftigten berücksichtigt worden seien, ändere nichts an der grundsätzlich einseitigen Aufstellung der Dienstpläne. Der Zeuge T habe den Beigeladenen zu 1) kontrolliert und ihm strikte Weisungen erteilt, z.B. zu den zu kontrollierenden Linien. Die Teambesprechungen seien bezahlt und von den Kontrolleuren regelmäßig besucht worden.

Der Senat hat folgende Unterlagen beigezogen: - sämtliche vom Beigeladenen zu 1) für den Zeitraum vom 1.1.2007 bis 31.8.2008 gestellte Rechnungen nebst Stundennachweisen - eine Aufstellung der dem Beigeladenen zu 1) für den Zeitraum vom 1.1.2007 bis 31.3.2009 von der Klägerin monatlich gezahlten Netto- und Bruttovergütung - für den Zeitraum vom 1.1.2007 bis 31.8.2008 erstellte Dienstpläne für die Einsätze der Service- und Sicherheitsmitarbeiter/Kontrolleure - das Angebot des Beigeladenen zu 1) vom 15.1.2007 nebst Kopie seiner Visitenkarte - Verwaltungsvorgänge, die die Zusammenarbeit der Klägerin mit dem Beigeladenen zu 1) betreffen.

Im Erörterungs- und Beweisaufnahmetermin am 8.8.2018 hat der Senat die Beteiligten persönlich gehört und die Zeugen X, T, L und B vernommen. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 27.3.2019 hat der Senat den Zeugen T erneut vernommen. Wegen des Ergebnisses der Anhörung der Beteiligten und der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten, der Verwaltungsakten der Beklagten und der Streitakte 10 Ca xxx/xx des ArbG X, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I. Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 5) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit ordnungsgemäßen Terminmitteilungen auf diese Möglichkeiten hingewiesen hat.

II. Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere nach den [§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) statthaft und form- und fristgerecht erhoben worden ([§§ 151 Abs. 1, 3, 64 Abs. 1, 3, 63 SGG](#)). Die vollständig abgefasste Entscheidung ist der Klägerin am 20.11.2014 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist bei dem Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen am 16.12.2014 eingegangen.

III. Die Berufung der Klägerin ist jedoch unbegründet. Das SG hat die für das Rechtsschutzbegehren ([§ 123 SGG](#)) statthafte ([§ 54 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 55 Abs. 1 Nr. 1, 56 SGG](#)) und im Übrigen zulässige, insbesondere fristgerecht ([§§ 87 Abs. 1 Satz 1, 90, 64, 63 SGG](#)) erhobene Anfechtungs- und Feststellungsklage zu Recht als unbegründet abgewiesen. Die angefochtenen Feststellungen beschweren die Klägerin nicht im Sinne des [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#), weil sich diese nicht als rechtswidrig erweisen. Die Beklagte hat im Rahmen des [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) formell (hierzu 1.) und materiell (hierzu 2.) rechtmäßig festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als Service- und Sicherheitsmitarbeiter der Klägerin in der Zeit vom 1.1.2007 bis zum 31.8.2008 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

1. Der nach ordnungsgemäßer Anhörung ([§ 7a Abs. 4 SGB IV](#) i.V.m. [§ 24 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch](#)) der Klägerin (Schreiben v. 15.11.2013) ergangene Bescheid ist formell rechtmäßig. So war die Beklagte abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) für die Feststellung der Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) im Rahmen der Statusfeststellung nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) zuständig ([§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Entscheidung am 6.1.2014 ein Verfahren zur Feststellung der Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in der streitigen Auftragsbeziehung als Service- und Sicherheitsmitarbeiter der Klägerin mit der Folge einer nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) a.E. SGB IV ausgelösten formellen Sperrwirkung nicht eingeleitet.

2. Der Bescheid vom 6.1.2014 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26.6.2014 und des Bescheides vom 8.8.2018 ist auch materiell rechtmäßig. Ausgehend von den maßgeblichen Abgrenzungskriterien spricht Überwiegendes für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. In dieser war der Beigeladene zu 1) auch entgeltlich tätig. Tatbestände, die eine Versicherungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) in diesen Zweigen der Sozialversicherung begründen, bestehen nicht. Der Eintritt der Versicherungspflicht wurde auch nicht nach [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) aufgeschoben.

a) Der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch [SGB V], [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch [SGB XI], [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch [SGB VI], [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]).

aa) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Beschäftigung ist gemäß [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine abhängige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine 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 beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.; vgl. BSG, Urteil v. 14.3.2018, [B 12 KR 13/17 R](#), zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen; Urteil v. 16.8.2017, [B 12 KR 14/16 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 31; Urteil v. 31.3.2017, [B 12 R 7/15 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 30; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit vgl. BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalles als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 23.5.2017, [B 12 KR 9/16 R](#), SozR 4-2400 § 26 Nr. 4).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist regelmäßig vom - wahren und wirksamen - Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Auf dieser Grundlage ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der abhängigen Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. hierzu im Einzelnen BSG, Urteil v. 24.03.2016, [B 12 KR 20/14 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 29; Urteil v. 18.11.2015, [a.a.O.](#); Urteil v. 29.07.2015, a.a.O.).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, a.a.O., juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse 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 hieraus gezogene 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 (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#); Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 376/12](#), jeweils juris).

bb) Nach Maßgabe dieser Grundsätze steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der festgestellten abgrenzungsrelevanten Indizien und nach Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles entsprechend ihrem Gewicht sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht fest, dass der Beigeladene zu 1) in dem von dem angefochtenen Bescheid erfassten Zeitraum für die Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig geworden ist.

(1) Bei der statusrechtlichen Beurteilung ist von dem zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) geschlossenen schriftlichen DV auszugehen. Der DV galt gem. [§ 613a](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) fort, da sie ein Arbeitsverhältnis begründet hatten und ein Betriebsübergang gem. [§ 613a BGB](#) von der SVI auf die Klägerin stattfand. Zum 1.1.2007 wurden die operativen Aufgaben im ÖPNV von der SVI auf die Klägerin, einer Anstalt des öffentlichen Rechts, übertragen (s. Niederschrift der Gesellschafterversammlung der SVI v. 21.12.2006 im Beschluss zu TOP 4 unter 2.). Im Übrigen ergibt sich die Fortgeltung des DV im Rechtsverhältnis aufgrund konkludenter Vereinbarung zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1), da diese ihre Zusammenarbeit auf der Grundlage dieses DV zum 1.1.2007 begonnen und im gesamten Streitzeitraum durchgeführt haben

(a) Inhaltlich wurde eine unbefristete Zusammenarbeit im Sinne eines Dauerschuldverhältnisses vereinbart, das die Klägerin bei Bedarf jeweils zum Monatsende ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auflösen konnte, nicht jedoch der Beigeladene zu 1). Die Arbeitszeit war ihrem Umfang nach nicht festgelegt. Der Umfang der Arbeitszeit richtete sich nach den Erfordernissen des "Arbeitgebers", wobei diese "in Absprache mit" dem Beigeladenen zu 1) "festgelegt" wurde. Diese Festlegung kann daher nur Beginn und Ende der Arbeitszeit betreffen. Die Regelung zum Umfang spricht eher für eine Beschäftigung, die Regelung zur Absprache eher für eine selbstständige Tätigkeit. Die Vereinbarung eines festen "Stundenlohnes" spricht wiederum eher für eine Beschäftigung. Vertragliche Vereinbarungen, die eine Freiheit

von Weisungen hinsichtlich Ort und Art der Weise der Tätigkeit oder das Recht, einzelne Aufträge abzulehnen, sind jedenfalls ausdrücklich nicht getroffen worden.

(b) In den Regelungen zur Mehrwertsteuer und zum Ausschluss von Urlaub, Urlaubs- und/oder Weihnachtsgeld kommt nach zutreffender Auffassung lediglich der Wille der Vertragsbeteiligten zum Ausdruck, eine selbstständige Tätigkeit zu begründen. Eine darüber hinausgehende Indizwirkung zugunsten einer selbstständigen Tätigkeit kommt den betreffenden Vereinbarungen dagegen nicht zu.

Der Senat schließt sich insoweit den in vollem Umfang überzeugenden Ausführungen des BSG in seiner Entscheidung vom 18.11.2015 an ([B 12 KR 16/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 25, juris-Rdnr. 26 f. - Rackjobber II). Soweit das BSG in seiner Entscheidung vom 14.3.2018 ([B 12 R 3/17 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 36, juris-Rdnr. 18 - Musikschullehrer) dem Fehlen von Ansprüchen auf Entgeltfortzahlung oder Erholungsurlaub offenbar Bedeutung zugunsten einer selbstständigen Tätigkeit beimessen will, hat es die darin liegende Abweichung von seinem Urteil vom 18.11.2015 nicht begründet. Der erkennende Senat hat daher keine Veranlassung, der Entscheidung vom 14.3.2018 insoweit zu folgen.

(c) Der vertragliche Wille, eine selbstständige Tätigkeit zu begründen, hat dabei im konkreten Fall keine ausschlaggebende Bedeutung. Im Hinblick auf die Zahlungseinstellung durch den vormaligen Auftraggeber, die Fa. H, befand sich der Beigeladene zu 1) in einer Situation, die eine wesentliche Einflussnahme auf die Vertragsgestaltung - gar im Sinne eines Verhandelns "auf Augenhöhe" - ausschloss. Eine solche ist auch von der Klägerin nicht behauptet worden.

(2) Auf dieser vertraglichen Grundlage war der Beigeladene zu 1) weisungsgebunden und eingegliedert in eine fremde Arbeitsorganisation, die der Klägerin, tätig. Bei dieser Bewertung stützt sich der Senat auf die Bekundungen der Zeugen X und T sowie die damit übereinstimmenden Erklärungen des Beigeladenen zu 1) und die Bekundungen der Zeugen L und B.

(a) Der zeitliche Umfang der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) richtete sich nach dem Bedarf der Klägerin. Sie legte die Zeiten fest, in denen stets kontrolliert werden sollte, die sog. Stoßzeiten, sowie die Dienstzeiten der Service- und Sicherheitsmitarbeiter in Dienst- bzw. Einsatzplänen. Anders wäre es für die Klägerin nicht möglich gewesen, ihre Ziele einer flächendeckenden Kontrolle und einer hohen Kontrollichte zu erreichen. Für den Beigeladenen zu 1) bestand kein Recht zur freien Bestimmung seiner Arbeitszeit (Rechtsgedanke des [§ 84 Abs. 1 Satz 2](#) Handelsgesetzbuch [HGB]). Die Einhaltung seiner Dienstzeiten überwachte und kontrollierte die Klägerin durch Kontrollen des Zeugen T und die Verpflichtung des Beigeladenen zu 1), seine Dienstzeiten im Service-Center der Klägerin abzeichnen zu lassen bzw. außerhalb der Öffnungszeiten dieses Service-Centers sog. Blindfahrtscheine zu entwerfen. Soweit bei der wöchentlichen Dienst- und Einsatzplanung des Zeugen T Änderungswünsche des Beigeladenen zu 1) berücksichtigt wurden, ändert dies nichts daran, dass letztlich die Klägerin die einseitige zeitliche Planungshoheit hatte und dementsprechend die Entscheidungsgewalt darüber, ob Änderungswünschen Rechnung getragen werden konnte. Die von der Klägerin behaupteten Freiheiten des Beigeladenen zu 1) in zeitlicher Hinsicht haben sich demgegenüber in der Beweisaufnahme nicht bestätigt. Der Zeuge T hat vielmehr die Erklärung des Beigeladenen zu 1) bestätigt, wonach dieser überobligatorisch für die Klägerin tätig geworden ist, insbesondere sehr viele Vertretungen und Doppelschichten übernahm und teilweise auch samstags arbeitete. Anhaltspunkte dafür, dass ein etwaiges Recht, Aufträge abzulehnen, auch nur ansatzweise für die Vertragsbeziehung prägend gewesen wäre, haben sich danach nicht ergeben. Dass der Beigeladene zu 1) jemals nach Erstellung des Dienst- bzw. Einsatzplanes eine Schicht überhaupt nicht ausführte, hat sich ebenfalls nicht feststellen lassen.

(b) In inhaltlicher Hinsicht bestimmte die Klägerin - in Person des Zeugen T -, in welchen Linien kontrolliert werden sollte, insbesondere dann, wenn für bestimmte Linien eine erhöhte Zahl an Schwarzfahrern festgestellt wurde. Bei sog. Schwerpunktkontrollen bestimmte die Klägerin, dass sich hieran alle Service- und Sicherheitsmitarbeiter zu beteiligen hatten.

Die Klägerin legte einseitig die inhaltliche, technische und organisatorische Abwicklung der Kontrolltätigkeit des Beigeladenen zu 1) fest. Hierzu gehörten u.a. die geltenden Tarifbestimmungen, die Verpflichtung zur Verwendung eines von der Klägerin zur Verfügung gestellten Dienstausweises, die Ermächtigung zum Inkasso der erhöhten Beförderungsentgelte, das weitere Vorgehen hinsichtlich der vereinnahmten Beförderungsentgelte sowie die Festlegung der zu verwendenden Betriebsmittel wie Datenerfassungsgeräte einschließlich IT-System.

Weiter ordnete die Klägerin an, dass die Kontrollen in aus zwei Personen bestehenden Teams durchgeführt wurden. Die Einsatzplanung insoweit nahm die Klägerin vor. So haben die Zeugen X und T bestätigt, dass zum Aufgabenbereich des Zeugen T die Beaufsichtigung und Koordination der Service- und Sicherheitsmitarbeiter gehörte.

Schließlich mussten die Service- und Sicherheitsmitarbeiter und damit auch der Beigeladene zu 1) beim Antreffen von Personen, denen von der Klägerin Hausverbot erteilt worden war, die Polizei oder die Zeugen X oder T verständigen.

(c) Der Beigeladene zu 1) war umfassend in eine fremde Arbeitsorganisation, die der Klägerin, eingegliedert:

(aa) In personeller Hinsicht unterstand er der Aufsicht der Zeugen T und X. Er arbeitete mit Service- und Sicherheitsmitarbeitern zusammen, die in Vertragsbeziehungen zur Klägerin standen, die Kontrollen fanden auf Weisung der Klägerin in aus zwei Personen bestehenden Teams statt. Er war Teil der Einsatzplanung der Klägerin. Die Einsatzpläne wurden wöchentlich von der Klägerin erstellt und den Service- und Sicherheitsmitarbeitern in schriftlicher Form ausgehändigt.

(bb) In sächlicher Hinsicht musste der Beigeladene zu 1) die Betriebsmittel der Klägerin verwenden, insbesondere die Datenerfassungsgeräte mit dem von der Klägerin zur Verfügung gestellten Datenverarbeitungssystem. Als Arbeitsmaterial erhielten die Service- und Sicherheitsmitarbeiter ferner die Beförderungsbestimmungen, Fahrpläne und die Tarifordnungen. Soweit der Beigeladene zu 1) und die weiteren Service- und Sicherheitsmitarbeiter während ihrer Tätigkeit Oberbekleidung mit dem Emblem der Rechtsvorgängerin der Klägerin trugen, hat die Frage, ob sie hierzu verpflichtet waren, nie eine praktische Relevanz gehabt. Jedenfalls sind keine vertraglichen Regelungen ersichtlich, nach denen die Service- und Sicherheitsmitarbeiter in der Wahl ihrer Oberbekleidung im Wesentlichen frei waren. Hierfür ist aus dem Umstand, dass die Oberbekleidung mit dem Emblem der Rechtsvorgängerin der Klägerin getragen wurde, nichts herzuleiten. Denn damit wurde letztlich ein einheitliches Erscheinungsbild mit den Bussen der Klägerin hergestellt, die nach dem Betriebsübergang zum 1.1.2007 auch noch das Emblem ihrer Rechtsvorgängerin aufwiesen.

(cc) In organisatorischer Hinsicht hatte der Beigeladene zu 1) die Verpflichtung, seine Tätigkeit in einseitig von der Klägerin vorgegebener Art und Weise nachzuweisen (Entwertung von sog. Blindfahrtscheinen, Abzeichnen im Service-Center der Klägerin).

Überdies bestand eine mindestens faktische Verpflichtung der Kontrolleure zur Teilnahme an den von der Klägerin anberaumten Dienstbesprechungen. Denn auf diesen wurden die für eine reibungslose Abwicklung der Kontrollen unerlässlichen Informationen vermittelt. Es kann daher unbedenklich angenommen werden, dass die regelmäßige Teilnahme der Kontrolleure für einen ordnungsgemäßen Betriebsablauf erforderlich war (vgl. zu diesem Kriterium BSG, Urteil v. 17.12.2014, [B 12 R 13/13 R](#), SozR 4-2400 § 28p Nr. 4) und dementsprechend von der Klägerin erwartet werden durfte.

(3) Für Selbstständigkeit sprechende Gesichtspunkte sind nicht in erheblichem Maße vorhanden:

(a) Eine eigene Betriebsstätte des Beigeladenen zu 1) existierte nicht. Die streitgegenständliche Tätigkeit verrichtete der Beigeladene zu 1) unter Nutzung der Betriebsmittel der Klägerin.

(b) Es bestand auch kein unternehmerisches Risiko des Beigeladenen zu 1). Ein nennenswerter Kapitaleinsatz mit dem Risiko des Verlustes ist nicht ersichtlich. Seinen Arbeitseinsatz erhielt der Beigeladene zu 1) mit einem festen Stundensatz vergütet. Er erhielt damit eine erfolgsunabhängige Vergütung. Diese wurde auch für die Teilnahme an den monatlichen Besprechungen gezahlt. Ein erfolgsabhängiges Vergütungsmodell mit einer Beteiligung an den erhöhten Beförderungsentgelten ist ausweislich der Bekundungen der Zeugen X und T nicht vereinbart worden.

(c) Eine im Wesentlichen freie Gestaltung seiner Tätigkeit und Bestimmung seiner Arbeitszeit und -tätigkeit bestand bei dem Beigeladenen zu 1) nach den unter (2) getroffenen Feststellungen ebenfalls nicht. Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Freiheiten bei der Aufgabenerfüllung sind erst dann ein aussagekräftiges Indiz für Selbstständigkeit, wenn sie nicht mehr innerhalb des Rahmens dienender Teilhabe am Arbeitsprozess zu verorten sind und insbesondere eigennützig durch den Auftragnehmer zur Steigerung seiner Verdienstmöglichkeiten eingesetzt werden können (vgl. BSG, Urteil v. 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), [BSGE 120, 99](#)-113, SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr. 31, Urteil v. 31.3.2015, [B 12 KR 17/13 R](#), juris, RdNr. 20). Solches wird typischerweise eher anzunehmen sein, wenn es sich um höherwertige Tätigkeiten handelt (vgl. bereits BSG, Urteil v. 28.9.2011, [B 12 R 17/09 R](#), juris, RdNr 16 mwN; [BAGE 88, 327](#), 335 = AP Nr 94 zu § 611 BGB Abhängigkeit) und die Honorierung des Auftragnehmers vom Arbeitsergebnis und -erfolg abhängig ist (z.B. von Umsatz- und Verkaufszahlen, gestaffelten Provisionen, usw.), nicht dagegen in gleicher Weise, wenn sich die Vergütung - wie hier - vornehmlich nach dem zeitlichen Umfang des geleisteten Arbeitsaufwandes richtet (vgl. bereits BSG SozR 2200 § 165 Nr 32 S 40; BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 51](#) S 73 f; andererseits für Beschäftigung trotz erfolgsabhängiger Vergütung zB BSG SozR 2200 § 165 Nr. 63 S 87 f; BSG SozR Nr. 10 zu § 2 AVG Aa 14).

(d) Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) seine Teilnahme an den monatlich stattfindenden Besprechungen der Klägerin von dieser vergütet erhielt, spricht nicht für Selbstständigkeit.

Allerdings hat das BSG in seiner Entscheidung vom 14.3.2018 ([B 12 R 3/17 R](#), a.a.O., juris-Rdnr. 23) im Falle eines Musikschullehrers den Rechtssatz aufgestellt, die gesonderte Vergütung der Teilnahme an Konferenzen spreche (bei einer im konkreten Fall vereinbarten und gewährten Vergütung nach geleisteter Arbeitszeit) für eine selbstständige Tätigkeit.

Der erkennende Senat vermag diesem Rechtssatz indessen nicht zu folgen. Träfe er zu, müsste im Umkehrschluss gelten, dass Arbeitnehmer bzw. Beschäftigte typischerweise für die Teilnahme an Konferenzen oder Dienstbesprechungen keine Vergütung erhalten. Das ist jedoch offensichtlich unzutreffend. Denn kein Arbeitnehmer ist arbeitsvertraglich verpflichtet, an vom Arbeitgeber angeordneten Besprechungen in unbezahlter Freizeit teilzunehmen. Ob eine gesonderte Entlohnung auch im Arbeitsverhältnis stattfindet, hängt vielmehr von der vereinbarten Form des Zeitlohns ab, nämlich ob ein Stundenlohn oder ein festes Monatsgehalt geschuldet wird. Im ersten Fall ist dem Arbeitnehmer seine Teilnahme an vom Arbeitgeber veranlassenen Besprechungen ebenfalls nach dem konkreten Zeitaufwand gesondert zu vergüten, im zweiten Fall umfasst sein festes Monatsgehalt bereits den Zeitaufwand für die Teilnahme an Besprechungen.

(e) Die vom Beigeladenen zu 1) abgerechnete Tätigkeit eines eigenen Beschäftigten, des Zeugen B, im Zeitraum von Januar bis Juli 2007 spricht nicht entscheidend für eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1). Denn seine vertragliche Verpflichtung zum eigenen persönlichen Tätigwerden blieb hiervon unberührt. Des Weiteren bestand seine persönliche Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin fort. Für die - zumindest konkludente - Vereinbarung einer Delegationsbefugnis des Beigeladenen zu 1), die für Selbstständigkeit sprechen würde (vgl. BSG, Urteil v. 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), [BSGE 120, 99](#)-113, SozR 4-2400 § 7 Nr 25, RdNr. 31), ist nichts ersichtlich. Die Behauptung der Klägerin, dass sich der Beigeladene zu 1) durch Dritte habe vertreten lassen, ist nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Beweisaufnahme nicht nachgewiesen. Entsprechendes war dem Zeugen T nicht bekannt. Der Beigeladene zu 1) hat sich insbesondere nicht von dem Zeugen B vertreten lassen. Der Zeuge war im Jahr 2006 ebenso schon als Service- und Sicherheitsmitarbeiter - als Mitarbeiter der Fa. H - und auch wieder ab August 2007 auf der Grundlage eines eigenen DV mit der Klägerin in im Wesentlichen selben zeitlichen Umfang tätig. Darüber hinaus unterlag der Zeuge B in dem Zeitraum vom 1.1. bis 31.7.2007 ebenso der Aufsicht und Koordination der Klägerin in der Person des Zeugen T wie die übrigen Service- und Sicherheitsmitarbeiter einschließlich des Beigeladenen zu 1) auch. Dies ergibt die Auswertung der vom Senat von der Klägerin beigezogenen Dienst-/Einsatzpläne. In diesen wurden stets der Beigeladene zu 1) und der Zeuge B namentlich bezeichnet, nicht etwa die Fa. L oder Detektei L oder sonst eine Unternehmensbezeichnung wie dies teilweise mit einer "Fa. G" geschah. Dass der Zeuge B, wie er bekundete, in dieser Zeit stets mit dem Beigeladenen zu 1) seine Tätigkeit ausübte und dessen Weisungen unterlag, ist widerlegt. Die vorliegenden Einsatzpläne bestätigen das Gegenteil. Danach war der Zeuge B nämlich im Team mit verschiedenen Service- und Sicherheitsmitarbeitern eingesetzt, neben dem Beigeladenen zu 1) auch u.a. mit der Zeugin L und dem weiteren Mitarbeiter L. Schließlich hat der Zeuge T hierzu glaubhaft bekundet, dass es hinsichtlich der Planung und der Ausübung der Tätigkeit des Zeugen B im Zeitraum von Januar bis Juli 2007 keine Abweichungen zu den übrigen Service- und Sicherheitsmitarbeitern gab.

(f) Der Abschluss des Vergleichs im arbeitsgerichtlichen Verfahren zu Ziff. 2. ist sozialversicherungsrechtlich nicht relevant. Der sozialversicherungsrechtliche Status unterliegt grundsätzlich nicht der Dispositionsfreiheit der Vertragsbeteiligten.

(g) Der Umstand, dass die Beigeladene zu 1) ein Gewerbe angemeldet hat, spricht gleichfalls nicht entscheidend für eine selbstständige Tätigkeit, da dieses formale Kriterium für die Beurteilung der tatsächlichen Ausgestaltung der zu beurteilenden Tätigkeit ohne wesentliche Aussagekraft ist. Der sozialversicherungsrechtliche Status eines Betriebsinhabers wird seitens der Gewerbeaufsicht nicht geprüft (Senat, Urteil v. 17.12.2014, [L 8 R 463/11](#); Senat, Urteil v. 11.5.2016, [L 8 R 975/12](#), jeweils juris).

(4) Weitere in die Gesamtabwägung einzustellende Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich. Insgesamt zeigt die Bewertung und Gewichtung der relevanten Abgrenzungsmerkmale unter Berücksichtigung der durch den Senat festgestellten, tatsächlich praktizierten Rechtsbeziehung, dass diese im gesamten Streitzeitraum im Wesentlichen der einer abhängigen Beschäftigung entsprach, wogegen Aspekte, die für eine selbstständige Tätigkeit stehen, nicht in einem im Rahmen der Gesamtabwägung überwiegenden Umfang vorhanden waren.

b) Die Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) erfolgte auch gegen Entgelt ([§ 14 Abs. 1 SGB IV](#)).

c) Für Versicherungsfreiheitstatbestände in Bezug auf den am 1.1.1970 geborenen Beigeladenen zu 1) ist nichts ersichtlich:

Für das Vorliegen einer hauptberuflichen Selbstständigkeit ([§ 5 Abs. 5 SGB V](#)) liegen ebenfalls keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. Der Beigeladene zu 1) war bereits in einem Umfang für die Klägerin tätig, der mit einer Tätigkeit von im Durchschnitt 98,1 Stunden pro Monat deutlich über einer Halbtags­tätigkeit von ca. 85 Stunden monatlich lag. Darüber hinaus konnten weitere Auftragsverhältnisse des Beigeladenen zu 1) nicht festgestellt werden.

Entgelt- oder Zeitgeringfügigkeit gem. [§ 8 SGB IV](#) besteht schließlich gleichfalls nicht.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 2](#), [161 Abs. 1](#), [162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

IV. Der Senat hat die Revision gem. [§ 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG](#) wegen Divergenz zur Entscheidung des BSG vom 14.3.2018 ([B 12 R 3/17 R](#)) zugelassen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2019-10-08