

L 2 R 116/12

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung

2

1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 49 R 1130/10

Datum
23.08.2012

2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen

L 2 R 116/12
Datum

04.12.2013

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen. Der Kläger trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selber tragen. Der Streitwert wird auf 7.787,96 EUR festgesetzt. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Pflicht des Klägers zur Nachentrichtung von Beiträgen zur Renten- und Arbeitslosenversicherung für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1. (nachfolgend als Beigeladener bezeichnet) als Taxifahrer.

Der 1950 geborene Beigeladene betreibt nach eigenen Angaben ein Unternehmen als Immobilienmakler, Darlehensvermittler und Kapitalanlagenvermittler ("F. Consulting"), für das er ein Gewerbe angemeldet hat. Eine Konzession oder eine Kfz-Zulassung für ein eigenes Taxi besitzt er nicht. Im März 2007 wurde er anlässlich einer Personenüberprüfung von Bediensteten des Hauptzollamtes H.-Stadt als Fahrer einer Taxe des Klägers angetroffen. Eine Meldung des Beigeladenen zur Sozialversicherung war bisher nicht erfolgt. Aus dem nachfolgenden Schriftverkehr zwischen den Beteiligten und den Unterlagen des Hauptzollamtes ergab sich, dass der Beigeladene vom 24. Juni 2004 bis zum 13. Dezember 2007 vier bis zwölf Tage im Monat, donnerstags bis sonnabends, Taxi gefahren war. Hierfür hatte er in den Jahren 2004 - 2006 50 % der Umsätze als Provision erhalten, ab dem Jahr 2007 nur noch 45 %. Hinsichtlich der Höhe der erzielten Umsätze wird auf die vorgelegten Rechnungen (Bl. 41 ff. der Gerichtsakte) verwiesen.

Mit Schreiben vom 14. November 2008 hörte die Beklagte den Kläger zum Erlass eines Bescheides an, mit dem das Vorliegen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung des Beigeladenen festzustellen sei. Taxifahrer, die kein eigenes Fahrzeug verwendeten, seien als abhängig Beschäftigte anzusehen. Taxifahrer mit eigenem Fahrzeug seien auch nur dann als Selbstständige anzusehen, wenn sie über eine eigene TaxenkonzeSSION verfügten, was sich auch aus dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) ergebe. Beides sei beim Beigeladenen nicht der Fall gewesen, weshalb grundsätzlich Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung aufgrund einer abhängigen Beschäftigung gegeben sei. Da der Beigeladene aber anderweitig hauptberuflich selbstständig tätig sei, unterliege er nicht den Vorschriften über die gesetzliche Krankenversicherung (§ 5 Abs. 5 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch [SGB V]) und der gesetzlichen Pflegeversicherung (§ 20 Sozialgesetzbuch Elftes Buch [SGB XI]). Hingegen sei er als Arbeitnehmer im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch [SGB VI]) sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung (§ 25 Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]) anzusehen. Der Beigeladene habe seine Arbeitszeit nicht frei gestalten können, da er immer auf die Verfügbarkeit der Taxe des Klägers angewiesen gewesen sei. Eigenes Kapital oder eigene Betriebsmittel habe er nicht eingesetzt. Ein Auftreten unter eigenem Namen am Markt sei ebenfalls nicht erfolgt. Der Beigeladene habe dem Direktions- bzw. Weisungsrecht des Klägers unterlegen und sei in dessen Betrieb eingegliedert gewesen. Nach § 28e Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) obliege dem Kläger die Beitragsentrichtung. Maßgeblich sei das vom Arbeitnehmer in der Beschäftigung erzielte Bruttoarbeitsentgelt. Dieses sei mit 50 % bis 31. Dezember 2006 und mit 45 % ab Januar 2007 anzusetzen. Es ergebe sich daraus ein Nachforderungsbetrag in Höhe von 8.289,80 EUR. Hinsichtlich der Berechnungsschritte wird auf Bl. 94ff. der Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen. Die Beklagte sehe aufgrund fehlenden Verschuldens des Klägers hinsichtlich der versicherungsrechtlichen Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen davon ab, Säumniszuschläge zu erheben.

Der Kläger wies im Rahmen der Anhörung auf ein Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 21. Oktober 2003 (Aktenzeichen: [L 3 U 9/02](#)) hin, welches grundsätzlich die Rechtsauffassung des Klägers bestätige, dass der Beigeladene selbstständig tätig gewesen sei.

Mit Bescheid vom 24. September 2009 stellte die Beklagte eine Nachforderung in Höhe von insgesamt 8.289,80 EUR fest. Der Kläger habe den Einzugsstellen für den von ihm als Taxifahrer eingesetzten Beigeladenen weder Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung noch

Umlagebeträge nach dem Lohnfortzahlungsgesetz (LFZG) bzw. ab dem 1. Januar 2006 Umlagebeträge nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) gemeldet oder gezahlt. Es habe jedoch ein abhängiges, versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen. Die Sozialversicherungsbeiträge seien im Rahmen dieser Prüfung nachberechnet worden. Im Übrigen wiederholte und vertiefte die Beklagte ihre Ausführungen aus dem Anhörungsschreiben. Dem Urteil des Landessozialgerichts Hamburg werde vonseiten der Beklagten nicht gefolgt, da es sich um eine Einzelfallentscheidung handle.

Hiergegen erhob der Kläger am 26. Oktober 2009 Widerspruch und beantragte zugleich, die Vollstreckung aus dem angegriffenen Bescheid bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens einzustellen. Zur Begründung seines Widerspruchs trug er vor, dass die von der Behörde vorgenommene Abgrenzung zwischen unselbstständiger und selbstständiger Tätigkeit fehlerhaft erfolgt sei. Der Beigeladene habe ein eigenes wirtschaftliches Risiko zu tragen gehabt, das unter anderem in der Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit der von ihm beförderten Personen begründet sei. Er habe Arbeitszeit und Arbeitsort frei gestalten können und während der Fahrzeit regelmäßig keinen Überwachungs- oder Kontrollmöglichkeiten durch den Kläger unterlegen; er sei durchgängig weisungsfrei gewesen. Eine Verpflichtung zum Arbeitseinsatz habe auch nicht bestanden. Zudem habe er seine Betriebsmittel frei wählen können. So sei er nicht verpflichtet gewesen, seine Tätigkeit mit einer bestimmten Taxe zu erbringen. Vorsorglich richte sich der Widerspruch auch gegen die Berechnung der Beiträge. Die Beklagte habe für die Jahre 2004 – 2006 50% der Umsätze und für die Folgejahre 45% der Umsätze ohne Mehrwertsteuer zu Grunde gelegt. Diese Vergütung sei branchenunüblich.

Am 5. August 2010 erließ die Beklagte einen Bescheid, welchem zufolge die aktuelle Nachforderung nach teilweiser Abhilfe wegen teilweise fehlerhafter Berechnung der Umlagebeträge U 1 und U 2 insgesamt noch 7.787,96 EUR betrug.

Mit Widerspruchsbescheid vom 9. November 2010 wies die Beklagte den Widerspruch im Übrigen zurück und führte ergänzend aus, dass eine Vergütung von Taxifahrern in Höhe von 45 % bis 50 % aller Umsätze nicht branchenunüblich sei. Werte in dieser Größenordnung entsprächen einem von der Freien und Hansestadt Hamburg in Auftrag gegebenen Gutachten über die wirtschaftliche Lage des H. Taxigewerbes, in dem von Personalkosten in Höhe von 45 % des Umsatzes ausgegangen werde. Das wirtschaftliche Risiko der Zahlungsunfähigkeit bzw. Zahlungsunwilligkeit von Fahrgästen sei nicht vergleichbar mit dem Verlust eingesetzten Kapitals eines Unternehmers, da solches vom Beigeladenen gar nicht eingesetzt worden sei, sondern lediglich seine Zeit und Arbeitskraft. Dass er seinen Arbeitsort relativ frei habe gestalten können und keiner Kontrolle durch den Kläger unterlegen habe, liege in der Natur und Sache eines Taxifahrers, der den Fahrtwünschen seiner Fahrgäste nachkommen müsse und nicht frei entscheiden könne, wohin er fahren wolle. Es könne nicht nachvollzogen werden, dass der Beigeladene seine Betriebsmittel vollkommen frei habe wählen können, weil er auf eine vom Kläger vorgegebene Taxe angewiesen gewesen sei. Es komme nicht darauf an, dass der Beigeladene mit seiner eigenen Firma werbend am Markt tätig gewesen sei, da es nicht um die Beurteilung dieser Tätigkeit gehe.

In seiner am 15. Dezember 2010 zum Sozialgericht Hamburg erhobene Klage hat der Kläger ergänzend zu seinem bisherigen Vortrag ausgeführt, dass der Beigeladene gemäß einem zwischen ihnen geschlossenen Rahmenvertrag (Bl. 53 ff. der Gerichtsakte) nicht als Angestellter arbeite, sondern durch seine Tätigkeit Einkünfte aus einem eigenen Gewerbebetrieb erziele, die er selbst zu versteuern habe. Der Beigeladene habe in seinen Rechnungen ihm gegenüber auch die Mehrwertsteuer separat ausgewiesen. Der Kläger beschäftige in seinem Unternehmen etwa 80-100 Fahrer, davon seien zwei bis vier Fahrer wie der Beigeladene sogenannte "Cheffahrer". Er genieße Vertrauensschutz in die obergerichtliche Rechtsprechung des Landessozialgerichts Hamburg sowie im Hinblick auf den Umstand, dass in seinem Betrieb regelmäßig Prüfungen der Finanzbehörden und der Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltungen unbeanstandet durchgeführt worden seien. Der Beigeladene habe erhebliche Investitionen in Gebühren für die Ortskundeprüfung, die Verlängerung der Fahrerlaubnis sowie in die Anschaffung eines Mobiltelefons getätigt. Er habe weder Mankogeld noch Mehrverpflegung erhalten. Geld für Werkzeug, ein Stadtplan, eine Geldbörse oder Überbrückungskabel seien ihm anders als den fest angestellten Fahrern nicht zur Verfügung gestellt worden. Sämtliche Einnahmen habe er vollständig abrechnen müssen, auch wenn erzielte Umsätze durch Verlust oder Diebstahl abhanden gekommen seien. Zudem habe er selbst entschieden, ob und wann er ein Taxifahrzeug des Klägers habe nutzen wollen. Auf die Arbeitsorganisation des Beigeladenen und seine Kundenakquise habe der Kläger keinen Einfluss gehabt.

Die Beklagte ist der Klage entgegen getreten. Sie hat zu ihrem bisherigen Vortrag ergänzend ausgeführt, dass der Beigeladene seine Arbeitsleistung als Taxifahrer ausschließlich persönlich erbracht habe. Über eigene Beschäftigte, die ihn gegebenenfalls ersetzt hätten, habe er nicht verfügt. Der Beigeladene habe im Rahmen seiner Tätigkeit für den Kläger lediglich – wie jeder abhängig Beschäftigte – seine eigene Arbeitskraft eingesetzt und kein relevantes unternehmerisches Risiko getragen. Von einem echten unternehmerischen Risiko sei erst dann auszugehen, wenn trotz fehlender Einnahmen Betriebsausgaben zu tragen gewesen wären und insoweit tatsächlich die Gefahr eines wirtschaftlichen Verlustes bestanden hätte. Das Risiko von Einnahmeausfällen durch ausnahmsweise nicht zahlende Fahrgäste sei vor diesem Hintergrund bedeutungslos. Der Beigeladene habe zudem gleichermaßen wie die abhängig beschäftigten Taxifahrer allgemeinen organisatorischen Weisungen, z.B. hinsichtlich des Umgangs mit den Fahrzeugen sowie der Abrechnungsmodalitäten, unterlegen. Der Kläger habe auch festlegen können, zu welchen Zeiten dem Beigeladenen ein Taxi zur Verfügung gestanden habe. Als Taxifahrer habe der Beigeladene eher untergeordnete Arbeiten verrichtet. Der vom Kläger herangezogene Rahmenvertrag sei lediglich als Blanko-Formular zur Akte gereicht worden. Dass der Kläger und der Beigeladene einen entsprechenden Vertrag abgeschlossen hätten, sei nicht ersichtlich. Der der vom Kläger zitierten Entscheidung des Landessozialgerichts Hamburg zu Grunde liegende Sachverhalt sei nicht mit dem hier zu beurteilenden vergleichbar.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Er hat jedoch vorgetragen, dass er von Juni 2004 bis Dezember 2008 (richtig: Dezember 2007) für den Taxibetrieb des Klägers auf selbstständiger Basis jeweils am Wochenende Taxi gefahren sei. Er sei unter der Woche für seine Consultingfirma tätig gewesen und habe seine Flexibilität und Unabhängigkeit nicht aufgeben wollen. In Abstimmung mit dem Kläger habe er dann seine Wunschtermine zum Taxifahren festgelegt. Der Kläger habe ihm dann einen Wagen zugewiesen, auf den er in der Regel mehrere Wochen oder Monate habe zurückgreifen können. Für Unfallschäden am Fahrzeug habe er nicht aufkommen müssen, ebenso sei der verkehrssichere Zustand des Fahrzeuges Sache des Taxibetriebes des Klägers gewesen. Wegen des unternehmerischen Risikos im Hinblick auf die Höhe der Umsätze sei er davon ausgegangen, keiner sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen zu sein. Seine Umsätze habe er ordnungsgemäß dem zuständigen Finanzamt per Umsatz- und Einkommensteuererklärung gemeldet.

Während des laufenden Klageverfahrens hat der Kläger um einstweiligen Rechtsschutz ersucht. Den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage vom 4. Februar 2011 (Aktenzeichen: S 49 R 183/11 ER) hat das Sozialgericht Hamburg mit Beschluss

vom 16. März 2011 abgelehnt. Ihre ablehnende Entscheidung hat die Kammer in ihrem Beschluss vom 16. März 2011 damit begründet, dass das Entgeltrisiko, für die aufgewendete Arbeitskraft nicht vergütet zu werden, kein unternehmerisches Risiko darstelle. Dieses sei nur dann gegeben, wenn zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brachliegen würden. Die für einen selbständigen Taxifahrer gewichtigste Investition seien das Fahrzeug sowie die neben den Anschaffungskosten hierfür getätigten Aufwendungen für Kraftstoff, Wartung, Instandhaltung, Versicherung und ggf. Leasingraten. Dieses Risiko trage im zu entscheidenden Fall ausschließlich der Kläger und nicht der Beigeladene. Über Zeitsouveränität verfüge der Beigeladene nur an den Wochentagen, an denen er nicht Taxi fahre. Dass er Weisungen des Klägers nur in geringem Umfang erhalte, ergebe sich aus der Natur der Dienstleistung, nach der der Fahrgast die Weisung hinsichtlich seines Fahrtzieles erteile. Auf die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das Landessozialgericht Hamburg in seinem Beschluss vom 22. März 2012 (Aktenzeichen: L 3 R 55/11 B ER) den Beschluss des Sozialgerichts aufgehoben und die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die streitgegenständlichen Bescheide angeordnet. Nicht nur der Kläger habe in Gestalt fehlender Amortisation des Betriebskapitals bei ausbleibendem Umsatz einem Unternehmerrisiko unterlegen, sondern auch der Beigeladene, der kein festes Gehalt, sondern eine Gewinnbeteiligung in Höhe von 45% erhalten habe. Das Fehlen einer Konzession zur Personenbeförderung sei nur ein Indiz im Rahmen einer Gesamtschau und im Übrigen unbeachtlich, da es zwar Anlass bieten könne, hiergegen ordnungsrechtlich vorzugehen, aber nichts an der Unternehmereigenschaft sowohl nach dem Recht der Sozialversicherung als auch nach dem Recht der Personenbeförderung ändere.

Im Erörterungstermin vom 27. Juli 2012 hat das Sozialgericht den Beigeladenen ergänzend informatorisch befragt. Er hat erklärt, ihm habe immer ein bestimmtes Fahrzeug zur Verfügung gestanden, das er sich aber nicht ausgesucht habe. In den ersten ein bis anderhalb Jahren habe er parallel mit einem Kollegen ein Taxi genutzt und eine exakte 12-Stunden-Schicht gehabt. Später sei er lange Zeit auf ein Fahrzeug "gelistet" worden. Für die Ortskundeprüfung und weitere Verwaltungskosten habe er vor vielen Jahren etwa 300 - 400 EUR aufgewandt. Er habe selbstständig arbeiten und in der Kernzeit von Donnerstag bis Sonntagmorgen Taxi fahren wollen, und habe sich hierzu das Taxi vom Kläger abgeholt und es anschließend wieder auf den Hof gestellt. 50 % der erzielten Umsätze habe es für ihn nicht gegeben. Die Funkzentrale habe er nicht benutzt. Die Abrechnung gegenüber dem Kläger sei jeden Tag erfolgt. Visitenkarten besitze er nicht und Quittungen habe er "im Auftrag" des Klägers unterschrieben. Hinsichtlich der weiteren Ausführungen wird auf den Inhalt der Niederschrift des Erörterungstermins (Bl. 72 ff. der Gerichtsakte) verwiesen.

Mit seinem Urteil vom 23. August 2012 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. In dem für die Betriebsprüfung maßgeblichen Zeitraum sei der Beigeladene abhängig beschäftigt und versicherungspflichtig nach dem Recht der gesetzlichen Rentenversicherung und der Arbeitsförderung gewesen. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung würden die Indizien und Merkmale für das Vorliegen eines abhängigen und damit sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses vom 1. Juli 2009 bis zum 31. Dezember 2009 überwiegen. Ausdrückliche Vereinbarungen zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen über dessen Tätigkeit seien nicht nachgewiesen. Ein unterzeichnetes Exemplar des vorgelegten Rahmenvertragsmodells liege nicht vor. Auch aus den hierzu gemachten Angaben des Beigeladenen ergebe sich, dass ein den Vorgaben der Rahmenvereinbarung entsprechendes Vertragsverhältnis nicht bestanden habe. Für eine abhängige Beschäftigung spreche insbesondere das Fehlen eines echten Unternehmerrisikos, welches neben dem Einsatz einer im Eigentum des Klägers stehenden Taxe in der Übernahme aller laufenden Kosten durch den Kläger liege. Hierzu gehörten z. B. Kosten für Kraftstoffe, Reparaturen, Reifenwechsel sowie sonstige im Zusammenhang mit der Verkehrssicherheit des Fahrzeugs stehende Kosten. Des Weiteren seien auch die Unfallfolgekosten sowie die Verwaltungskosten für die Konzession vom Kläger getragen worden. Die aufgewendeten Beträge für Ortskundeprüfung und weitere Verwaltungskosten in Höhe von 300 EUR bis 400 EUR fielen demgegenüber nicht nennenswert ins Gewicht. In der vereinbarten Provisionsregel in Höhe von 45 % bzw. 50 % der erzielten Umsätze als Vergütung sei kein unternehmerisches Risiko zum Tragen gekommen. Diese Vergütung sei branchenüblich und habe den Beigeladenen keiner Gefahr eines Verlustes über den eines vergeblichen Einsatzes seiner Arbeitskraft hinaus ausgesetzt. Die aus der umsatzorientierten Entlohnung folgende Rechenschaftspflicht weise deutliche Züge eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses auf, da sich hieraus eine Rechnungslegungspflicht ergeben habe. Aus der Möglichkeit, dass einzelne Fahrgäste nach Inanspruchnahme der Dienste des Beigeladenen den Fahrpreis nicht entrichten würden, ergebe sich kein nennenswertes unternehmerisches Risiko. Indiz gegen das Vorliegen eines solchen sei aber die fehlende Taxenkonzession nach dem PBefG, denn die Unternehmereigenschaft eines Taxifahrers liege entgegen den Ausführungen des Landessozialgerichts Hamburg im Beschluss vom 22. März 2012 - L 3 55/11 B ER - nicht allein in der Personenbeförderung und deren Entgeltlichkeit, sondern hänge gemäß § 3 Abs. 2 PBefG unter anderem auch davon ab, dass ein Taxiunternehmer im eigenen Namen tätig werde, was bei dem Beigeladenen gerade nicht der Fall gewesen sei. Er sei auch in die Arbeitsorganisation des Klägers eingegliedert gewesen. Dem Beigeladenen sei ein Fahrzeug zugewiesen worden, auf welches er für die vereinbarte Zeit habe zurückgreifen können; er sei mithin nicht frei darin gewesen, das Fahrzeug nach Belieben zu verwenden. Aus der Natur der Sache der zu leistenden Dienste als Taxifahrer folge, dass die Fahrgäste das Fahrtziel vorgäben. Unerheblich sei, dass der Beigeladene die Einkünfte als solche aus selbstständiger Tätigkeit versteuert habe, weil die steuerrechtliche Behandlung der Einkünfte lediglich die Folge der unzutreffenden sozialrechtlichen Bewertung des Status des Beigeladenen sei. Den Forderungsbetrag habe die Beklagte zutreffend ermittelt. Die angefochtenen Bescheide seien schließlich auch mit höherrangigem Recht vereinbar.

Gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 28. September 2012 zugestellte Urteil hat der Kläger am 29. Oktober 2012 - einem Montag - Berufung eingelegt. Darin hält er an seiner Auffassung fest. Nicht nur derjenige sei als selbständiger Taxifahrer anzusehen, der ein eigenes Fahrzeug als Betriebsmittel einsetze, denn das Unternehmerrisiko sei nicht mit dem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Dieses bestehe auch bei einem Fahrer ohne eigenes Taxi darin, dass Arbeitszeit ohne Garantie von Einnahmen eingesetzt werde, der Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft also unsicher sei. Seine Investition in Betriebsmittel bestehe darin, dass er 55 % des Umsatzes an den Kläger weiterleite, in denen Anschaffungs- und Unterhaltskosten enthalten seien. Dazu würden auch die Unfallfolgekosten gehören, die durch die Versicherungsprämien abgedeckt seien. Des Weiteren sei ein Unternehmerrisiko darin zu sehen, dass Fahrgeldeinbußen in Betrugsfällen zu 55% vom Beigeladenen zu tragen gewesen seien. Der Umstand, dass er den Rahmenvertrag nicht unterzeichnet habe, sei ein Indiz für seine unternehmerische Freiheit. Sein unternehmerischer Erfolg beruhe auf der sorgsamten Recherche zur Nachfrage seines Dienstleistungsangebotes. Hinsichtlich der Gestaltung seiner Arbeitszeit und der Art der Ausführung sei der Beigeladene frei gewesen. Eine Integration in den Betrieb habe es nicht gegeben. Es seien keine Mindestfahrzeiten vereinbart oder Zeitkontrollen durchgeführt worden, und es habe ihm freigestanden, die Funkzentrale zu nutzen. Anders als er hätten die abhängig beschäftigten Mitarbeiter keinen Anspruch auf die Überlassung eines bestimmten Taxis gehabt und seien in der Einteilung ihrer Arbeitszeit grundsätzlich weisungsgebunden gewesen. Sie seien auch verpflichtet gewesen, die Betriebsordnung genau einzuhalten und die Einnahmen am gleichen Tag abzurechnen. Der Beigeladene habe das Taxi auch ungenutzt vor seiner Tür stehen lassen können. Private Überführungsfahrten seien ihm, im Gegensatz zu den fest angestellten Fahrern, erlaubt gewesen. Die vom Sozialgericht angenommene Rechenschaftspflicht des Beigeladenen gegenüber

dem Kläger ergebe sich aus dem Gebot, ein Taxameter zu führen und liege in der Natur der Sache. Der Beigeladene habe dennoch frei entscheiden können, wann er die Fahreinnahmen abrechne. Hinsichtlich der fehlenden Konzession nach dem Personenbeförderungsgesetz sei diese allenfalls ordnungsrechtlich zu beanstanden.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 23. August 2012 sowie den Bescheid der Beklagten vom 24. September 2009 in der Fassung des Teilabhilfebescheides vom 5. August 2010, diese in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. November 2010 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an ihrer Auffassung fest. Der Kläger habe den zeitlichen Rahmen des Arbeitseinsatzes vorgegeben und auch allgemeine organisatorische Weisungen erteilt. Auch abhängig Beschäftigte könnten bestimmen, ob sie tätig werden wollen. Die umsatzbezogenen Vergütung sei branchenüblich und erfolge auch bei abhängig beschäftigten Taxifahrern. Der Beigeladene habe ausschließlich seine Arbeitskraft verwertet und kein relevantes Unternehmerrisiko getragen.

Der Beigeladene stimmt dem Vortrag des Klägers zu.

Die Beigeladenen zu 2. und 3. schließen sich der Auffassung der Beklagten an.

Das Gericht hat eine telefonische Auskunft der für die Vergabe von Taxenkonzessionen zuständigen Abteilung der Wirtschaftsbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg eingeholt, nach der es in dem streitgegenständlichen Zeitraum innerhalb der Branche üblich gewesen sei, Taxifahrer im Rahmen einer Umsatzbeteiligung in Höhe von 41% - 45% zu entlohnen. Auf Anforderung des Gerichts hat der Kläger drei im Rahmen geringfügiger Beschäftigungen geschlossene Arbeitsverträge sowie einen Arbeitsvertrag mit dem Festfahrer Herrn R. vorgelegt. Schließlich hat das Gericht die Handakte des Hauptzollamts H. Stadt, Az.: 4622 EV 2822/08 E 1500.9, sowie die Prozessakten L 2 R 170/11 und L 3 R 55/11 B ER des Landessozialgerichts Hamburg beigezogen. Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt dieser Akten und Unterlagen, der Prozessakten [L 2 R 116/12](#) (2 Bände) und des Verwaltungsvorganges der Beklagten Bezug genommen, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung des Senats am 4. Dezember 2012 gemacht worden sind.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte ([§§ 143, 144](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG)) und auch im Übrigen zulässige, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) eingelegte Berufung ist unbegründet.

Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 24. September 2009 in der Fassung des Gegenstandsbescheides ([§ 86 SGG](#)) vom 5. August 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9. November 2010 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger - und die Beigeladenen - daher nicht in deren Rechten. Die Beklagte hat zu Recht nach [§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) eine Beitragsnachforderung aus der Betriebsprüfung des Klägers erhoben und festgestellt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen als Taxifahrer vom 24. Juni 2004 bis zum 31. Dezember 2007 Sozialversicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung begründete, denn er war im maßgeblichen Zeitraum bei dem Kläger abhängig beschäftigt.

In den Jahren 2004 bis 2007, um die es hier geht, unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) sowie [§ 24 Abs. 1](#) und [§ 25 Abs. 1 SGB III](#)). In der gesetzlichen Krankenversicherung nicht versicherungspflichtig war gemäß [§ 5 Abs. 5 SGB V](#), wer hauptberuflich, d. h. in der Tätigkeit, die zeitmäßig überwog und den Mittelpunkt der Erwerbstätigkeit darstellte (Baier, in: Krauskopf [Hrsg.], Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, Stand 2011, [§ 5 SGB V](#), Rdnr. 91), selbstständig erwerbstätig war. Gleiches galt nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1](#) in Verbindung mit [§ 5 Abs. 5 SGB V](#) auch im Rahmen der sozialen Pflegeversicherung. Nicht zu beanstanden ist, dass die Beklagte eine andere hauptberufliche Tätigkeit des Beigeladenen zu 1. als die beim Kläger ausgeführte Beschäftigung als Taxifahrer zu Grunde gelegt hat, weil seine Tätigkeit im maßgeblichen Zeitraum als Taxifahrer derjenigen als Kapitalanlagevermittler sowohl zeitlich als auch hinsichtlich der Verdienste untergeordnet war.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) in seiner bis heute unverändert geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine 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 er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl. nur BSG, Urteil vom 11. März 2009 - [B 12 KR 21/07 R](#), Die Beiträge Beilage 2009, 340, und juris, mwN; BSG, Urteil vom 29. August 2012 - [B 12 R 14/10 R](#) -, USK 2012-182 und juris; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#) und 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 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. 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 vom 29. August 2012, [a.a.O.](#)).

Nach diesen Grundsätzen, die sich der Senat nach eigener Überzeugungsbildung zu Eigen macht, war der Beigeladene im maßgeblichen Zeitraum beim Kläger abhängig beschäftigt.

Zutreffend hat das Sozialgericht zunächst festgestellt, dass es entgegen der ursprünglichen Darstellung des Klägers keine ausdrücklichen Vereinbarungen über die Tätigkeit des Beigeladenen gegeben hat, welche den Vorgaben des vom Kläger als Blankoformular vorgelegten Rahmenvertrages für freie Mitarbeiter entsprechen. An seiner Behauptung, dass ein solcher Vertrag auch vom Beigeladenen unterzeichnet worden sei, hält der Kläger dementsprechend auch nicht mehr fest. Maßstab der rechtlichen Beurteilung, ob die hier in Rede stehenden Tätigkeit des Beigeladenen als selbstständige Tätigkeit oder als abhängige Beschäftigung anzusehen ist, kann daher nur das Vertragsverhältnis der Beteiligten sein, wie es sich in der hier streitigen Zeit aus ihrer gelebten Beziehung in der Praxis erschließen lässt.

Ausgehend hiervon kann zwar kein Zweifel daran bestehen, dass die Beteiligten die Mitarbeit des Beigeladenen als eine selbstständige Tätigkeit ausgestalten wollten, was insbesondere aus der Stellung eigener Rechnungen mit Umsatzsteuer und der fehlenden Anmeldung zur Sozialversicherung zu ersehen ist. Im Widerspruch zu dieser nur formellen Vereinbarung steht jedoch die tatsächlich gelebte Rechtsbeziehung der Beteiligten, so wie sie auch rechtlich vorgesehen ist. Hierzu ist festzustellen, dass der Beigeladene in wesentlicher Hinsicht Weisungen des Klägers unterworfen war (nachstehend 1), er im Rechtsverkehr nicht wie ein Unternehmer, sondern wie ein Beschäftigter des Klägers aufgetreten ist (nachstehend 2), er ein rechtlich relevantes Unternehmerrisiko nicht getragen hat (nachstehend 3) und seine Tätigkeit schließlich auch dem gesetzlichen Leitbild des Unternehmers im personenbeförderungs- und gewerberechtlichen Sinne nicht entsprochen hat (nachstehend 4).

1. Der zeitliche Einsatz des Beigeladenen in Fahrschichten war an vorher fest vereinbarten Wochentagen in der Zeit von donnerstags bis sonnabends vorgesehen; in einer Zeit also, die von beiden Beteiligten zu Recht als besonders umsatzstark angesehen wurde. Für die vorab festgelegten Zeiten wurde dem Beigeladenen ein Fahrzeug zugewiesen. Über einen geraumen Zeitraum von ein bis anderthalb Jahren musste das Fahrzeug sogar exakt zu einem fixen Zeitpunkt übergeben werden, da es abwechselnd von zwei Fahrern genutzt wurde. Auch wenn dies ab Mitte bis Ende des Jahres 2005 nicht mehr der Fall gewesen sein sollte, vermag es nichts an der zeitlichen Einbindung des Beigeladenen in den Betrieb des Klägers zu ändern. Dass es sich hierbei um mündliche Vereinbarungen ohne eine schriftliche Fixierung in einem Dienstplan handelte, ist ohne Belang, weil sich der Beigeladene innerhalb dieses Zeitraumes gegenüber dem Kläger zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet hat. An dieser Einschätzung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Kläger den Wunsch des Beigeladenen, nur an den umsatzstarken Wochentagen Taxi zu fahren, und damit die für ihn verbundene Möglichkeit, die eigene Arbeitskraft noch für die Selbständigkeit als Finanzanlageberater einzusetzen, berücksichtigt hat. Denn in dem zeitlichen Rahmen, in dem er seine Arbeitskraft dem Kläger zur Verfügung stellte, konnte er andere Aufträge nicht annehmen, weil von ihm durchgehende Dienstbereitschaft erwartet wurde. An die einmal getroffene zeitliche Absprache war der Beigeladene nämlich in gleicher Weise gebunden wie die abhängig beschäftigten "Festfahrer". Nicht glaubhaft ist, dass der Beigeladene das ihm zugewiesene Taxi ungenutzt lassen durfte. Vielmehr erscheint diese Behauptung lebensfremd, weil der Kläger aus wirtschaftlicher Sicht gerade an den umsatzstarken Wochenenden nicht auf Einkünfte verzichten konnte. Der Umstand, dass keine Mindestfahrzeiten vereinbart wurden, fällt gegenüber der tatsächlich vereinbarten Arbeitszeit nicht ins Gewicht.

Der Beigeladene war auch im Hinblick auf die Art und Weise der Ausführung seiner Tätigkeit Weisungen des Klägers unterworfen. Da es die Fahrgäste sind, die den Inhalt der Dienstleistung durch Vorgabe des Fahrtziels bestimmen, sind insoweit deren Weisungen für die Ausführung der Tätigkeit maßgeblich. Darüber hinaus hatte der Beigeladene das ihm zugewiesene Taxi nach der Schicht im Hof des Klägers abzustellen und die Einnahmen mit dem Kläger abzurechnen. Dass er in der Wahl des Fahrzeuges frei gewesen sei, ergibt sich aus seinen Ausführungen im Erörterungstermin vor dem Sozialgericht gerade nicht. Desgleichen widerspricht die Behauptung des Klägers, eine Verpflichtung zur täglichen Abrechnung habe nicht bestanden, ebenfalls den Erklärungen des Beigeladenen, wonach er die Abrechnung der Umsätze jeden Tag vorgenommen habe. Die gelebte Vertragsbeziehung entsprach deshalb auch insoweit der Rechtsbeziehung des Klägers mit den angestellten Fahrern nach Ziffer 2. der Betriebsordnung. Allein die fehlende Verpflichtung des Beigeladenen, die Funkvermittlung in Anspruch zu nehmen, führt als ein Einzelindiz noch nicht zu der Annahme einer selbstständigen Tätigkeit, zumal sich auch aus den vorgelegten Verträgen mit den Festfahrern eine solche nicht ergibt. Auch aus dem Umstand, dass sich aus den mit den Festfahrern geschlossenen Verträgen für diese eine höhere Weisungsgebundenheit ergab, folgt im Umkehrschluss nicht, dass der Beigeladene weisungsfrei tätig war. Soweit der Kläger behauptet, der Beigeladene sei anders als die angestellten Fahrer in keiner Weise deren vertraglichen Pflichten und der Betriebsordnung unterworfen gewesen, mag dies im Hinblick darauf, dass die Einsatzzeiten des Beigeladenen vorher abgesprochen waren, noch zutreffen. Darüber hinaus ist indessen nicht nachvollziehbar, dass das jeweils benutzte Fahrzeug dem Beigeladenen überlassen worden sein soll, ohne dass er die Verpflichtungen einzuhalten gehabt hätte, wie sie insbesondere in den §§ 13 (Mitteilungspflicht bei Arbeitsverhinderung), 14 (Verbot unentgeltlicher Personen- oder Güterbeförderung, Pflicht zur Benutzung des Taxameters), 15 (Pflicht zur Überprüfung der Verkehrssicherheit des Fahrzeugs), 16 (Verbot, mit Ordnungsnummer des Klägers versehene Blanko-Quittungsvordrucke anderen Taxifahrern oder -betrieben zu überlassen) und 18 (Pflicht zur Mitwirkung bei der Regulierung unverschuldeter Unfälle) des vom Kläger verwendeten Arbeitsvertragsmusters und in den Ziffern 3 bis 9 der Betriebsordnung über Tanken, Wagenpflege, Hobbys, Werkzeuge/Hilfsmittel und Dachträgerwerbung bestimmt waren. Denn diese Pflichten dienten dem reibungslosen Betriebsablauf, dem Ausschluss oder der Minimierung von Haftungsrisiken und der Repräsentanz des klägerischen Unternehmens nach außen, so dass nicht verständlich wäre, wenn der Beigeladene sie nicht ebenso wie die angestellten Fahrer hätte einhalten müssen. Gleiches gilt für die den Arbeitsverträgen beigelegte Pflichtenbelehrung. Es mag sein, dass der Kläger mit seinem Status als "Cheffahrer" diese Erwartungen des Klägers ganz oder teilweise eigenständig erfüllt hat; an seiner Einbindung in diese betrieblichen Gepflogenheiten könnte dies indessen nichts ändern.

Die Erlaubnis, anders als die angestellten Fahrer die ihnen nach § 19 des Arbeitsvertragsmusters untersagten privaten Überführungsfahrten durchführen zu dürfen, stellt kein hinreichend gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen dar, sondern dürfte eher

Ausdruck seiner gehobenen Stellung als "Cheffahrer" gewesen sein. Dahingestellt bleiben kann, ob und in welchem zeitlichen Umfang solche Fahrten vom Beigeladenen überhaupt vorgenommen worden sind, woran Zweifel bestehen, weil er nach eigenem Vorbringen nicht am Funkverkehr teilgenommen haben will und sich die Frage stellt, wie er überhaupt Aufträge für private Überführungsfahrten hätte erhalten können. Die Durchführung privater Überführungsfahrten beträfe im Hinblick auf das unternehmerische Risiko jedenfalls nicht das Vertragsverhältnis zum Kläger, weil der Beigeladene diese Fahrten im Auftrag eines Dritten ausgeführt und auf eigene Rechnung vorgenommen haben würde.

2. Des Weiteren ist der Beigeladene nicht selbst werbend am Markt aufgetreten, sondern hat dies sogar vermieden. Taxiquittungen wurden "im Auftrag" des Klägers unterzeichnet und sonstige Werbemittel von ihm nicht eingesetzt. Hierdurch ist er nicht als Vertragspartner der Fahrgäste nach außen aufgetreten, und ein Wille, im Rechtsverkehr nach außen als Unternehmer aufzutreten, ist dadurch nicht erkennbar geworden. Ein eigenes Gewerbe hatte der Beigeladene nur für die Tätigkeit als Anlageberater angemeldet.

3. Des Weiteren steht dem Willen der Vertragsparteien, kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründen zu wollen, das fehlende Unternehmerrisiko des Beigeladenen entgegen. Ein echtes Unternehmerrisiko entsteht erst dann, wenn wegen Arbeitsmangels nicht nur kein Einkommen erzielt wird, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brachliegen (LSG Nordrhein- Westfalen, Urteile vom 31. Oktober 2002 – [L 5 KR 107/01](#), HvBG-INFO 2003, S. 525-533, vom 11. November 2005 – [L 13 R 112/05](#), juris und vom 10. Dezember 2009 – [L 16 R 5/08](#), juris; Bayerisches LSG, Urteil vom 9. Mai 2012 – [L 5 20/12, NZS 2012, S. 908](#); LSG Baden- Württemberg, Urteil vom 23. Januar 2004 – [L 4 KR 3083/02](#), juris.). Eine Teilhabe an gewinnbringendem Einsatz von Kapital, welches prägend für die unternehmerische Freiheit durch eigenverantwortliche Entscheidung zur Unternehmensführung ist, hat ein Taxifahrer ohne eigenes Taxi nicht, da er auf Gewinnchancen und Verlustrisiko keinen prägenden Einfluss nehmen kann. Dies kann nur der Eigentümer oder ggfls. Leasingnehmer und Konzessionsinhaber eines Taxis, der durch Beschaffung und Unterhaltung des Fahrzeugparks, durch den Einsatz zuverlässiger Fahrer sowie durch Organisation des Betriebes im Wege der weitest gehenden Auslastung der Fahrzeuge eine Gewinnmaximierung herbeiführen kann. Derjenige, der ein fremdes Taxi fährt, hat über eine zeitliche Ausweitung der Fahrtätigkeit hinaus kaum eine Möglichkeit, den Umfang des Gewinns durch eigene Initiative zu erhöhen. Die Kenntnis von vorteilhaften Standorten und Zeitpunkten zur Akquise von Fahrgastkunden war auch für die umsatzabhängig vergüteten angestellten Fahrer des Klägers von wesentlicher Bedeutung. Sie dürfte im Taxigewerbe ohnehin verbreitet sein. Das Risiko, mit entsprechenden Bemühungen erfolglos zu bleiben, kann deshalb nicht als Unternehmerrisiko bewertet werden. Soweit der Kläger meint, in der Vereinbarung einer umsatzabhängigen Pauschale sei ein eigenes Unternehmerrisiko zu erblicken, weil darin eine Beteiligung an den Anschaffungskosten sowie an den getätigten Aufwendungen für Kraftstoff, Wartung, Instandhaltung, Versicherung und ggfls. Leasingraten zu sehen sei, ist dies gerade nicht der Fall. Denn allein der Kläger und nicht der Beigeladene haftete für die Investitionen in die Fahrzeuge im Außenverhältnis und trug das volle Insolvenzrisiko. Der Beigeladene war durch den Kläger auch von der Kostenlast etwaiger Unfallfolgen freigestellt. Sein Verdienst konnte daher durch keinen ausschließlich den Kläger belastenden Kostenaufwand geschmälert werden. Aufwendungen für Kraftstoff, Wartung und Instandhaltung sind zudem verbrauchsabhängige Aufwendungen und bereits im Fahrpreis einkalkuliert. Des Weiteren ist dem Kläger entgegenzuhalten, dass er, wie in H. im streitgegenständlichen Zeitraum branchenüblich, auch seine angestellten Fahrer umsatzabhängig vergütet hat. So war in dem Vertrag mit dem Festfahrer Herrn R. eine Umsatzbeteiligung in Höhe von 30 % vereinbart, die unter Berücksichtigung von Zuschlägen für Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, Verpflegungsmehraufwendungen, Stauzulage, Bereitstellung der Arbeitsmittel und Mankogeld gleichfalls 45% betrug (§ 4 des Vertrages).

Der Haftung des Beigeladenen für fehlende Umsätze in Betrugs- oder Diebstahlsfällen, so sie denn bestand, ist hingegen kein ausschlaggebendes Gewicht beizumessen, weil dies ein eher selten auftretender Fall sein dürfte. Im Übrigen ist in der Auferlegung von Risiken, denen keine Rechte zur Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen und am vom Erfolg abhängigen Gewinn des Unternehmens gegenüber stehen, kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit zu erblicken. Dies gilt auch für die fehlenden Vereinbarungen zu Ansprüchen auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und bei Urlaub.

Die umsatzabhängige Entlohnung des Beigeladenen mit dem Risiko eines geringeren Verdienstes für den Fall gehäufter Wartezeiten oder für Leerfahrten stellt ebenfalls kein ausschlaggebendes unternehmerisches Risiko dar. Denn es traf, wenn auch in abgeschwächter Form, auch die angestellten Fahrer des Klägers, deren Vergütung nach § 4 des Arbeitsvertragsmusters ebenfalls wesentlich von dem erzielten Umsatz geprägt und insgesamt auf einen Anteil von ca. 45% des Bruttoumsatzes ausgerichtet war. Außerdem trifft das alleinige Risiko des Verlustes des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft bei fehlendem Risiko des Verlustes sächlicher Mittel auch jeden Arbeitnehmer, der nur Zeitverträge bekommt oder auf Abruf arbeitet und nach Stunden bezahlt oder unständig Beschäftigter ist (LSG Nordrhein- Westfalen, Urteil vom 11. November 2005, [a.a.O.](#)). Zudem dürfte der Beigeladene dem Entgeltrisiko nur in geringem Maße ausgesetzt gewesen sein, zumal an den umsatzstarken Wochenenden eine hohe Nachfrage an der Taxidienstleistung besteht, was sich auch in den Provisionsabrechnungen im streitigen Zeitraum widerspiegelt.

Das alleinige Risiko des Verlustes des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft schließt die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit zwar nicht von vornherein aus (BSG, Urteil vom 24. September 1991 – [12 RK 43/79](#) - SozR 2200 § 165 Nr. 63). Ein Unternehmerrisiko kann in einem solchen Fall gegeben sein, wenn dem fehlenden Risiko des Verlustes sächlicher Mittel auf der anderen Seite Unabhängigkeit bei der zeitlichen Gestaltung oder Bestimmung der Tätigkeit gegenüberstehen (vgl. BSG, Urteil vom 28.05.2008 - [B 12 KR 13/07 R, SGB 2008,401-](#) zu Freelance Piloten). Dass dies im maßgeblichen Zeitraum der Fall war, ist indessen nicht zu erkennen, denn der zeitliche Einsatz des Beigeladenen war, wie der Senat bereits ausgeführt hat, aufgrund der getroffenen Verabredungen ebenso festgelegt wie das zu verwendende Fahrzeug und die Art und Weise der Tätigkeit.

Sowohl die vom Beigeladenen zu 1. eingesetzten Betriebsmittel in Form eines Mobiltelefons, eines Stadtplans, einer Geldbörse als auch die Investitionen in Verwaltungsgebühren für "P- Schein"- oder Führerscheinerlängerung sind wegen ihres geringen Umfangs als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit nicht ausschlaggebend. Der Aufwand für die abzulegende Ortskundeprüfung ist weit vor dem streitgegenständlichen Zeitraum entstanden und spielt deshalb für die vorliegend vorzunehmende Beurteilung keine Rolle mehr.

4. Zu Recht haben die Beklagte und nachfolgend das Sozialgericht die fehlende Konzession nach dem PBefG und das fehlende Auftreten des Beigeladenen im eigenen Namen als Indizien gegen eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen gewertet. Zwar sind Personen, die im Übrigen die oben genannten Kriterien für eine selbstständige Tätigkeit erfüllen, nicht allein deshalb Beschäftigte, weil sie gegen gewerberechtliche Vorschriften verstoßen. Erfüllen sie, wie im vorliegenden Fall, diese Kriterien dagegen nicht, entsprechen sie nicht dem

gesetzlichen Leitbild des Unternehmers im Sinne des Personenbeförderungs- und des Gewerberechts. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 PBefG müssen Personen, die in der jeweiligen Verkehrsart Personen im Sinne von § 1 Abs. 1 PBefG, d.h. entgeltlich oder geschäftsmäßig befördern, im Besitz einer Genehmigung sein und diesen Verkehr im eigenen Namen, unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung betreiben (vgl. VG Hamburg, Urteil vom 12. Mai 2009 – [15 K 2995/08](#), juris). Unternehmer im Sinne des Personenbeförderungsrechts kann zwar im Hinblick darauf, dass der in § 2 Abs. 1 Satz 2 PBefG definierte Unternehmerbegriff ausschließlich an den Tatbestand der entgeltlichen oder geschäftsmäßigen Beförderung anknüpft, auch derjenige sein, der gegen die Verpflichtungen aus § 2 Abs. 1 Satz 1 und § 3 Abs. 2 PBefG verstößt (vgl. Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 27. März 1992 – [7 C 26/91](#), DÖV 1992, S. 140; Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 10. Januar 2012 – [3 Bf 219/09](#), juris, Biding, Personenbeförderungsrecht, Stand Februar 1997, Anm. 1 zu § 3 sowie Freilitz/Grätz, PBefG, Stand Mai 2013, Rdnr. 5 zu § 2; aA VG Hamburg, a.a.O.). Hieraus kann jedoch entgegen der Auffassung des 3. Senats des LSG Hamburg (Urteil vom 21. Oktober 2003 – [L 3 U 9/02](#) sowie Beschluss vom 22. März 2012 – [L 3 R 55/11 B ER](#), beide Entscheidungen nicht veröffentlicht) nicht der Schluss gezogen werden, dass ein Verstoß gegen die Pflichten nach dem PBefG keine Auswirkungen auf die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Taxifahrern hätte. Dies ist insbesondere der genannten Entscheidung des BVerwG (a.a.O.) nicht zu entnehmen. Anders als die Konzessionsinhaber in jenem Fall hatte der Kläger dem Beigeladenen weder die Betriebsführung übertragen noch die aus seiner Konzession erwachsenden Rechte und Pflichten (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 oder Nr. 3 PBefG). Zudem hat das BVerwG in der genannten Entscheidung zutreffend ausgeführt, dass das PBefG im Ergebnis von einem Unternehmer ausgehe, der alle Merkmale aufweise, die auch im übrigen Geschäftsleben für die Unternehmereigenschaft als maßgeblich angesehen würden. Auch hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Nicht der Beigeladene, sondern allein der Kläger trug die Verantwortung für die Durchführung der Personenbeförderung und führte die Taxe in seinem Namen. Nur er unterlag den haftungsrechtlichen Konsequenzen und trug die im Außenverhältnis bestehende rechtliche Verantwortung hinsichtlich der Sicherheit und Leistungsfähigkeit der Taxe und die Risiken bei Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten. Dass der Beigeladene den Besitz einer Konzession nach dem PBefG nicht angestrebt hat, zeigt, dass er die Verantwortung und das Risiko für den Betrieb auch der von ihm gefahrenen Taxe nicht selbst getragen, sondern im gegenseitigen Einverständnis dem Kläger überlassen und sich damit den für einen Unternehmer im Personenbeförderungsgewerbe typischen Risiken entzogen hat.

Die Beklagte hat die Höhe der Beiträge auch zutreffend festgesetzt, indem sie die vom Kläger unstreitig an den Beigeladenen gezahlten Provisionen ohne Mehrwertsteuer zu Grunde gelegt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) und 3 und [§ 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 63 Abs. 2 Satz 1](#), [§ 52 Abs. 3](#) Gerichtskostengesetz (GKG).

Gründe für eine Zulassung der Revision im Sinne von [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Entscheidung auf gesicherter Rechtsgrundlage, ohne dass der Senat von einer Entscheidung der in [§ 160 Abs. 2 Nr. 2 SGG](#) genannten Gerichte abweicht.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2014-04-16