
Datum: 01.04.2015
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 8 R 517/14
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2015:0401.L8R517.14.00

Vorinstanz: Sozialgericht Detmold, S 6 R 707/12
Sachgebiet: Rentenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 2. - 4. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird für das Klageverfahren auf 8.943,73 EUR und das Berufungsverfahren auf 1.273,86 EUR festgesetzt.

Tatbestand: 1

Streitig ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens, ob die von dem Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin ausgeübte Tätigkeit als Busfahrer zuletzt noch Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung begründet. 2

Bei der Klägerin handelt es sich um ein 1953 gegründetes Reisebusunternehmen im Familienbesitz mit angegliedertem Reisebüro. Schwerpunkt des Unternehmens ist der Ausflugs- und Reiseverkehr. Es werden allerdings auch Linien- und Schulverkehre bedient. 3

Der am 00.00.1954 geborene Beigeladene zu 1) wurde am 30.6.2007 nach dem Überschreiten der besonderen Altersgrenze seines Dienstgrades als Stabsfeldwebel a.D. in den Ruhestand versetzt und erhält seitdem Versorgungsbezüge nach dem Soldatenversorgungsgesetz. Bereits während seiner Dienstzeit bei der Bundeswehr übte er eine Nebentätigkeit bei der Klägerin - damals unstreitig im Rahmen einer abhängigen 4

Beschäftigung - aus. Zudem meldete er am 2.4.2004 zum 1.1.2004 ein Gewerbe (Verkauf von Getränken und Speisen im Bus) an, welches er am 24.5.2007 zum 1.7.2007 im Rahmen einer Tätigkeitserweiterung auf die Tätigkeiten "Vermietung seiner eigenen Arbeitskraft im Bereich Reise- und Transportverkehr mit dem Verkauf von Getränken und Speisen im Bus" ummeldete. Er nahm im Mai 2007 an einem Existenzgründerseminar teil, führt eine Betriebsnummer sowie eine Umsatzsteueridentifikationsnummer und ist bei der zuständigen Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltungen seit Juli 2007 als Unternehmer versichert. Er wirbt für sein Gewerbe im Wege einer dafür erstellten Werbebroschüre und stellt darin seine Dienste als Reiseleiter sowie für Fahrzeugüberführungen aller Art und Chauffeurdienste zur Verfügung. Er nutzt entsprechende Visitenkarten und Briefbögen.

Schriftliche Vereinbarungen wurden zwischen den Beteiligten nicht getroffen. Der Beigeladene zu 1) stellte für das Jahr 2007 der Klägerin monatlich seine Leistungen wie folgt in Rechnung. Der Stundenlohn betrug jeweils 15,00 Euro. 5

Rechn.-Nr. - Auftraggeber - Fahrzeit - Summe inkl. MWSt. 6

001/07 Ke - Kl. - ./ - 3.700,84 002/07 Ke - Kl. - ./ - 4.309,35 004/07 Ke - Kl. - 33,71 Std - 601,82 005/07 Ke - Kl. - 15,58 Std. - 278,10 001/08 Ke - Kl. - 37,71 Std - 673,12 002/08 Ke - Kl. - 23,54 Std. - 420,19 Insg. = Summe inkl. MWSt. = 9.983,42 Euro 7

Im Jahr 2008 fuhr er für die Klägerin im folgenden Umfang: 8

Rech.nr - Auftraggeber - Fahrzeit insg. in RE - Summe inkl. MWSt. 9

003/08 Ke - Kl. - 22,08 Std - 394,13 006/08 Ke - Kl. - 56,05 - 1.000,49 008/08 Ke - Kl. - 32,84 Std. - 586,19 010/08 Ke - Kl. - 42,29 Std. - 754,88 008/09 Ke - Kl. - 87,27 - 1.557,77 009/09 Ke - Kl. - 36,25 - 647,06 010/09 Ke - Kl. - 60,89 - 1.127,05 011/09 Ke - Kl. 40,13 - 716,32 012/09 Ke - Kl. 1,67 - 29,81 013/09 Ke - Kl. 24 - 428,40 Insg. = Summe inkl. MWSt. = 7.242,10 Euro 10

Im Jahr 2009 beliefen sich die Rechnungen an die Klägerin auf folgenden Umfang: 11

Rech.nr - Auftraggeber - Fahrzeit Insg. in RE - Summe inkl. MWSt. 12

014/09 Ke - Kl. - 24,95 - 445,54 022/09 Ke - Kl. - 106,63 - 1.903,35 024/09 Ke - Kl. - 122,65 - 2.189,30 026/09 Ke - Kl. - 113,77 - 2.030,79 029/09 Ke - Kl. - 81,74 - 1.459,06 031/09 Ke - Kl. - 93,92 - 1.676,47 034/09 Ke - Kl. - 19,71 - 351,82 002/10 Ke - Kl. - 108,10 - 1.929,59 Insg. = Summe inkl. MWSt. = 11.985,92 Euro 13

Im Jahr 2010 berechnete der Beigeladenen zu 1) der Klägerin: 14

Rech.nr - Auftraggeber - Fahrzeit Insg. in RE - Summe inkl. MWSt. 15

007/10 Ke - Kl. - 30,73 - 548,53 010/10 Ke - Kl. - 32,5 - 580,13 013/10 Ke - Kl. - 129,42 - 2.310,15 016/10 Ke - Kl. - 120,56 - 2.152,00 019/10 Ke - Kl. - 17,75 - 316,84 021/10 Ke - Kl. - 29,83 - 532,47 024/10 Ke - Kl. - 41,17 - 734,88 003/11 Ke - Kl. - 8,49 - 151,55 Insg. = Summe inkl. MWSt. = 7.326,55 Euro 16

Im Jahr 2011 beliefen sich die Rechnungen des Beigeladenen zu 1) an die Klägerin auf folgenden Umfang: 17

Rech.nr - Auftraggeber - Fahrzeit Insg. in RE - Summe inkl. MWSt. 18

009/11 Ke - Kl. - 31,58 - 563,70 013/11 Ke - Kl. 9,57 - 170,82 018/11 Ke - Kl. - 18,19 - 324,69 19
021/11 Ke - Kl. - 31,42 - 560,85 024/11 Ke - Kl. - 30,57 - 545,85 027/11 Ke - Kl. - 31,36 -
559,78 030/11 Ke - Kl. - 1,83 - 32,67 001/12 Ke - Kl. - 33,92 - 618,86 Insg. = Summe inkl.
MWSt. = 3.377,22 Euro

Er stellte bis einschließlich April 2012 folgende weitere Rechnungen an die Klägerin: 20

Rech.nr - Auftraggeber - Fahrzeit Insg. in RE - Summe inkl. MWSt. 21

010/12 Ke - Kl. - 36,21 - 646,35 015/12 Ke - Kl. - 65,33 - 1.198,81 Insg. = Summe inkl. MWSt. 22
= 1.845,16 Euro

Im Übrigen wird auf die den Rechnungen jeweils anliegenden Leistungsbeschreibungen des 23
Beigeladenen zu 1) sowie auf die weiteren Rechnungen an seine weiteren Auftraggeber
Bezug genommen.

Am 21.1.2008 stellte der Beigeladene zu 1) einen Antrag auf Feststellung seines 24
sozialversicherungsrechtlichen Status nach § 7a Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). Er
beschäftige keine Arbeitnehmer und arbeite nicht am Betriebssitz des Auftraggebers. Er habe
keine regelmäßigen Arbeits- oder Anwesenheitszeiten einzuhalten. Im Hinblick auf den
Fahrauftrag erhalte er jedoch Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Tätigkeit. Sein
Auftraggeber könne sein Einsatzgebiet nicht ohne seine Zustimmung verändern. Er verfüge
allerdings nicht über ein eigenes Fahrzeug. Am 25.3.2008 trat die Klägerin dem Antrag des
Beigeladenen zu 1) bei.

Die Beklagte hörte die Klägerin und den Beigeladenen zu 1) daraufhin mit Schreiben vom 25
28.4.2008 zu ihrer beabsichtigten Entscheidung an: Der Beigeladene zu 1) übe die Tätigkeit
als Kraftfahrer bei der Klägerin ab dem 1.7.2007 im Rahmen einer abhängigen und damit
sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung aus. Schriftliche Vereinbarungen gebe es nicht.
Er sei bei den von ihm angenommenen Aufträgen durch terminliche und örtliche Vorgaben
der Klägerin gebunden. Ihm bleibe daher kein Gestaltungsspielraum hinsichtlich einer freien
Wahl des Arbeitsortes sowie der Arbeitszeit. Die für die Erfüllung des Auftrages benötigten
Arbeitsmittel würden ihm zur Verfügung gestellt. Als Vergütung werde eine
erfolgsunabhängige pauschale Vergütung gezahlt, die kein Gewinn- oder Verlustrisiko
erkennen lasse. Ein höherer Gewinn könne nur durch Mehrarbeit verwirklicht werden. Von
dem Auftraggeber werde zur Ausübung der Tätigkeit kein eigenes Kapital eingesetzt.

Daraufhin teilte die Klägerin Folgendes mit: Als Omnibusunternehmen beschäftige sie 26
Berufskraftfahrer, die entsprechend der gesetzlichen Vorgaben disponiert würden. Durch die
neue 6-Tage-Regelung ergäben sich gelegentlich kurzfristig Fahrerengpässe, die nicht durch
eigenes Personal abgedeckt werden könnten. In diesen Fällen würden Fahrdienstleistungen
eingekauft oder Touren komplett an andere Unternehmen vergeben. Sie habe über die
Arbeitszeit des Beigeladenen zu 1) nicht verfügen können. Er habe gelegentlich auch
Aufträge abgesagt.

Der Beigeladene zu 1) erklärte daraufhin, dass er neben den Fahrten für die Klägerin auch 27
Kurier- und Überführungsfahrten durchführe und Privatpersonen als Chauffeur zur Verfügung
stehe. Für die Kurierfahrten nutze er sein eigenes Fahrzeug. Bei diesen Fahrten entscheide
er selbständig, wann er diese vornehme und welche Strecken er dabei abfahre.
Überführungsfahrten würden systembedingt mit Fahrzeugen der Auftraggeber ausgeführt. So
verhalte es sich auch bei Fahrten für Reisebusunternehmen. Diese seien mit Werbung
versehen, um u.a. auch den Fahrgästen ein einheitliches Bild zu vermitteln. Termine für

Fahrten, die von Kunden des Reiseunternehmens gebucht würden, seien nicht beliebig veränderbar.

Die Beklagte erließ daraufhin den Bescheid vom 20.6.2008, in dem sie u.a. wörtlich feststellt: 28

"[...], dass die Tätigkeit von Herrn I D als Kraftfahrer bei L Reisen seit dem 1.7.2007 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt wird. Die Versicherungspflicht dem Grunde nach beginnt mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung." 29

Zur Begründung wiederholte und vertiefte sie ihre Ausführungen aus dem Anhörungsverfahren. 30

Der Beigeladene zu 1) legte dagegen am 30.6.2008 und die Klägerin am 4.7.2008 Widerspruch ein. Die Klägerin erklärte, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis mit dem Beigeladenen zu 1) nicht bestehe. Der Beigeladene zu 1) sei nur dann beauftragt worden, wenn plötzlicher Bedarf aufgetreten sei, der mit festangestellten Beschäftigten nicht mehr gedeckt werden können. Er habe öfters Aufträge abgelehnt. Er sei nur im geringen zeitlichen Umfang pro Monat und zu ganz unterschiedlichen Zeiten beauftragt worden. Er sei nicht in die Arbeitsorganisation eingegliedert gewesen. Nach Mai 2012 habe eine Zusammenarbeit nicht mehr stattgefunden. 31

Der Beigeladene zu 1) trug diesbezüglich Folgendes vor: Er sei nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Er sei in der Einteilung seiner Arbeitszeit völlig frei und entscheide selbständig, an welchen Tagen und zu welchen Zeiten er arbeiten wolle. Diese Gestaltungsmöglichkeit lasse es ferner zu, dass er bei verschiedenen Auftraggebern seine Dienstleistungen anbieten könne. Dass er im Rahmen der übernommenen Aufträge diese zu erfüllen habe, schade nicht. Denn ein selbständiger Fahrer sei im Vergleich zu anderen Unternehmern bereits aufgrund seines Berufsbildes in hohem Maße weisungsabhängig. 32

Die Beklagte wies den Widerspruch jeweils mit Widerspruchsbescheid vom 18.12.2008 als unbegründet zurück. Zur Begründung wiederholte und vertiefte sie ihre Argumentation aus dem Ausgangsbescheid. Ein Zugang des am 18.12.2008 an die Klägerin abgesandten Widerspruchsbescheides ist nicht festzustellen. Die Klägerin teilte im Rahmen eines Telefonates am 6.6.2012 der Beklagten mit, dass sie keinen Widerspruchsbescheid erhalten habe. Im Rahmen einer Betriebsprüfung sei die Frage nunmehr aufgekommen. Die Beklagte versandte daraufhin am 6.6.2012 den Widerspruchsbescheid (per Telefax) erneut an die Klägerin. 33

Mit der am 5.7.2012 erhobenen Klage vor dem Sozialgericht (SG) Detmold hat die Klägerin ihr Begehren weiterverfolgt. Der Beigeladene zu 1) habe seine Tätigkeit nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt. Zwar seien Betriebsmittel von ihr gestellt worden. Jedoch lasse die Beklagte zu Unrecht unberücksichtigt, dass der Beigeladene zu 1) aufgrund des Bezuges von Altersversorgungsleistungen wirtschaftlich unabhängig sei. 34

Die Klägerin hat beantragt, 35

den Bescheid der Beklagten vom 20.6.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.12.2008 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 20.12.2012 und 6.2.2013 aufzuheben und festzustellen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Kraftfahrer bei der Klägerin seit dem 1.7.2007 im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt wurde und 36

keine Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht.

Die Beklagte hat beantragt,	37
die Klage abzuweisen.	38
Sie hat sich zur Begründung auf ihre Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden bezogen.	39
Die Beigeladenen zu 1) bis 4), die mit Beschlüssen vom 30.8.2012 und 4.1.2013 zum Verfahren beigeladen worden sind, haben keinen Antrag gestellt.	40
Der Beigeladene zu 1) hat erklärt, dass er einen Antrag auf Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status gestellt habe. Dieser sei allerdings nicht auf das konkrete Auftragsverhältnis zur Klägerin bezogen gewesen.	41
Die Beigeladene zu 2) hat erklärt, dass sie am 24.5.2012 bei der Klägerin eine Betriebsprüfung nach § 28p Abs. 1 SGB IV für den Prüfzeitraum vom 1.8.2007 bis zum 30.4.2012 durchgeführt habe. Aufgrund der Versicherungsfreiheit der Beschäftigung ab dem 1.7.2007 in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 5 Abs. 4 Nr. 2 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) seien im Rahmen des Betriebsprüfungsbescheids vom 22.6.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.1.2013 nur die jeweiligen Arbeitgeberanteile zur Rentenversicherung nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB VI, nämlich Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 6.637,83 Euro inkl. Säumniszuschläge in Höhe von 1.695,50 Euro, nachberechnet worden. Die Klägerin habe dagegen am 13.2.2013 Klage vor dem SG Detmold erhoben, die unter dem Az. S 17 R 108/13 geführt werde. Das Verfahren ruhe derzeit.	42
Mit Bescheid vom 20.12.2012 hat die Beklagte den Bescheid vom 20.6.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.12.2008 dahingehend abgeändert, dass der Beigeladene zu 1) in der seit dem 1.7.2007 ausgeübten Beschäftigung als Kraftfahrer bei der Klägerin der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliege. Versicherungspflicht bestehe dagegen nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung.	43
Der Beigeladene zu 1) verwies gegenüber der Beklagten darauf, dass er auch diesen Bescheid für rechtswidrig halte. Er sei aufgrund des Erreichens der besonderen Altersgrenze nach § 44 Abs. 2 Soldatengesetz (SG) i.V.m. § 45 Abs. 2 SG in den Ruhestand versetzt worden. Ehemalige Berufssoldaten, die nach Erreichen der besonderen Altersgrenze nach dem Soldatengesetz in den Ruhestand versetzt worden seien und über die übliche Altersversorgung für ehemalige Bundeswehrsoldaten verfügten, seien nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) in einer Beschäftigung als Angestellter gemäß § 5 Abs. 4 Nr. 2 SGB VI versicherungsfrei (BSG, Urteil v. 22.2.1996, 12 RK 3/95, SozR 3-2600 § 5 Nr. 5).	44
Daraufhin hat die Beklagte mit Bescheid vom 6.2.2013 nach § 44 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) den Bescheid vom 20.12.2012 hinsichtlich der Feststellung der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung zurückgenommen.	45
Das SG hat am 20.12.2013 einen Termin zur Erörterung des Sachverhaltes mit den Beteiligten durchgeführt und die Geschäftsführerin der Klägerin sowie den Beigeladenen zu 1) angehört. Die Beteiligten haben sich im Termin mit einer Entscheidung ohne mündliche	46

Verhandlung einverstanden erklärt. Im Übrigen wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Das SG hat der Klage mit Urteil vom 20.5.2014 stattgegeben. Die Klage sei zulässig, insbesondere fristgerecht, und begründet. Der Beigeladene zu 1) übe seine Tätigkeit als Kraftfahrer bei der Klägerin nicht im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus. Im Übrigen wird auf die Entscheidungsgründe verwiesen. 47

Gegen das ihr am 28.5.2014 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 23.6.2014 Berufung eingelegt. Sie wiederholt und vertieft ihren bisherigen Vortrag. Ergänzend verweist sie darauf, dass das BSG in seinen jüngeren Entscheidungen verstärkt auf die Frage der rechtlichen Zulässigkeit vertraglicher Gestaltungen abstelle (Urteile v. 29.8.2012, B 12 KR 25/10 R und B 12 R 14/10 R). Insoweit dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Beigeladene zu 1) keine Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz habe. Zudem könne der Tätigkeit für verschiedene Auftraggeber keine indizielle Wirkung zukommen, da Maßstab der Prüfung der jeweilige einzelne Auftrag sei. Die Bindung an feste Fahrzeiten könne sich aus den Wünschen der Kunden ergeben, was allerdings nicht gegen eine abhängige Beschäftigung spreche (BSG, Urteil v. 4.6.1998, B 12 KR 5/97 R). 48

Die Beklagte beantragt, 49

das Urteil des Sozialgerichts Detmold vom 20.05.2014 zu ändern und die Klage abzuweisen. 50

Die Klägerin und der Beigeladene zu 1) beantragen, 51

die Berufung zurückzuweisen. 52

Sie halten das erstinstanzliche Urteil für zutreffend und wiederholen ihren erstinstanzlichen Vortrag. 53

Der Beigeladene zu 1) trägt ergänzend vor, dass er für die Klägerin Aufträge in der Zeit ab Beginn seiner Selbständigkeit bis zum 9.5.2012 durchgeführt habe. Aufgrund des vorliegenden Verfahrens habe die Klägerin ihn nicht mehr beauftragt. Im Zeitraum vom 1.7.2007 bis zum 9.5.2012 sei er zudem noch für folgende weitere Auftraggeber tätig gewesen, nämlich die Firma X in N und die Firma L in C sowie einmalig für die Firma I in N. 54

Der Beigeladene zu 1) hat auf Aufforderung des Senats die im streitigen Zeitraum gestellten Rechnungen, Werbematerialien, Einkommensteuerbescheide, den Anstellungsvertrag seiner Ehefrau und die Gewerbean- und -ummeldungen vorgelegt. Zudem wurden ein Handelsregistrauszug der Klägerin angefordert und die Akte des SG Detmold im Verfahren S 17 R 108/13 beigezogen. 55

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte in diesem Verfahren und im Verfahren vor dem SG Detmold mit dem Az. S 17 R 108/13 und der Verwaltungsakte der Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen. 56

Entscheidungsgründe: 57

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 4) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit den ordnungsgemäßen Terminsnachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat. 58

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Detmold vom 20.5.2014 ist zulässig. Sie ist insbesondere gemäß §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft sowie form- und fristgerecht erhoben worden, §§ 151 Abs. 1, 64 Abs. 2, 3 SGG. Die vollständige Entscheidung ist der Beklagten am 28.5.2014 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist bei dem erkennenden Gericht am 23.6.2014 eingegangen.

Die Berufung der Beklagten ist jedoch unbegründet. Dabei hat das SG die Klage zu Recht zunächst als zulässig erachtet. Die Klägerin hat insbesondere die Klagefrist gewahrt. 60

Nach § 87 Abs. 1, 2 SGG ist die Klage binnen eines Monats nach Bekanntgabe des Widerspruchsbescheids zu erheben. Dabei erfolgt die Bekanntgabe nach § 85 Abs. 3 SGG i.V.m. § 37 SGB X. Ein Widerspruchsbescheid, der durch die Post versandt wird, gilt danach am dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekanntgegeben (§ 37 Abs. 2 Satz 1 SGB X). Dies gilt nicht, wenn er nicht oder zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist; im Zweifel hat die Behörde den Zugang und den Zeitpunkt des Zuganges nachzuweisen (§ 37 Abs. 2 Satz 3 SGB X). 61

Vorliegend ist der Widerspruchsbescheid zwar am 18.12.2008 per Einschreiben an die Klägerin versandt worden. Nach der Zugangsfiktion würde der Widerspruchsbescheid damit am 21.12.2008 als zugegangen gelten, womit die Klagefrist am 21.1.2009 (Mittwoch) geendet hätte (zur Anwendbarkeit: Mutschler in: Kasseler Kommentar, SGB X, Stand 12/2014, § 37 Rdnr. 15f.). Die Beklagte kann jedoch den Zugang, den die Klägerin bestreitet, nicht nachweisen. Bezüglich des Nichtzugangs reicht insofern einfaches Bestreiten aus, da es in diesem Fall dem potentiellen Empfänger nicht möglich ist, näher darzulegen, dass ein übersandtes Schreiben ihm nicht zugegangen ist (BSG, Urteil v. 26.7.2007, B 13 R 4/06 R, SozR 4-2600 § 115 Nr. 2; Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 37 Rdnr. 13a). 62

Der daraufhin erneut übersandte Widerspruchsbescheid ist bei der Klägerin am 6.6.2012 per Telefax eingegangen. Hiergegen hat die Klägerin fristgerecht, nämlich am 5.7.2012, Klage erhoben. 63

Die Klage ist auch begründet. Der streitgegenständliche Bescheid vom 20.6.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18.12.2008 in der Fassung der Änderungsbescheide vom 20.12.2012 und 6.2.2013, die jeweils nach § 96 SGG Gegenstand des Klageverfahren geworden sind, sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin im Zeitraum vom 1.7.2007 bis zum 9.5.2012 (Ende der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin) in ihren Rechten, § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG. Nach Beendigung der Tätigkeit haben sich die streitgegenständlichen Bescheide nach § 39 Abs. 2 SGB X auf andere Weise erledigt. 64

Gegenstand der auf § 7a Abs. 1 SGB IV gestützten Feststellungen der Beklagten ist zuletzt nur noch die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) nach dem Recht der Arbeitsförderung gewesen (Bescheide v. 20.12.2012 und 6.2.2013). Dies hat der Vertreter der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat nochmals ausdrücklich bestätigt, indem er klargestellt hat, dass die Beklagte von einer Versicherungsfreiheit des Beigeladenen zu 1) in der sozialen Pflegeversicherung ausgehe. 65

Mit diesem Regelungsgehalt sind die angefochtenen Bescheide rechtswidrig. Der Beigeladene zu 1) hat in seiner Tätigkeit für die Klägerin nicht der Versicherungspflicht nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob er auf der Grundlage eines grundsätzlich nach § 25 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) zur Versicherungspflicht führenden abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gearbeitet hat. 66

Denn jedenfalls war er in einer solchen Beschäftigung nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III versicherungsfrei.

Nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III sind versicherungsfrei Personen in einer unständigen Beschäftigung, die sie berufsmäßig ausüben. Unständig ist eine Beschäftigung, die auf weniger als eine Woche der Natur der Sache nach beschränkt zu sein pflegt oder im Voraus durch Arbeitsvertrag beschränkt ist (§ 27 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 SGB III). Diese Voraussetzungen haben bei dem Beigeladenen zu 1) im streitgegenständlichen Zeitraum vorgelegen.

67

Dem steht zunächst nicht entgegen, dass der Beigeladene zu 1) wiederholt für die Klägerin tätig geworden ist. Zwar werden unständige Beschäftigungen typischerweise bei ständig wechselnden Arbeitgebern ausgeübt (BSG, Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, USK 2008-45; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 22.10.2014, L 2 R 5/14, juris). Aber auch wiederholte kurzfristige Beschäftigungen bei demselben Arbeitgeber können unständig sein, wenn sie von vornherein auf weniger als eine Woche begrenzt sind (BSG, Urteil v. 22.11.1973, 12/3 RK 84/71, SozR Nr. 7 zu § 441 RVO; BSG, Urteil v. 16.2.1983, a.a.O.; BSG, Urteil v. 20.3.2013, B 12 R 13/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 19).

68

Die Beklagte kann dem nicht entgegenhalten, dass zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) ein Dauerrechtsverhältnis bestanden hat, welches von vorneherein die Annahme einer unständigen Beschäftigung ausschließen würde (vgl. dazu BSG, Urteil v. 3.12.1998, B 7 AL 108/97 R, SozR 3-4100 § 104 Nr. 16). Zwar ist dann keine unständige Beschäftigung anzunehmen, wenn z.B. die einzelnen Beschäftigungen sich vereinbarungsgemäß in regelmäßigen zeitlichen Abständen wiederholen (z.B. die Arbeitseinsätze von sog. Ultimo-Kräften der Sparkasse, BSG, Urteil v. 28.4.1982, 12 RK 1/80, SozR 2200 § 168 RVO Nr. 6) oder wenn sog. Kettenverträge zur Umgehung einer ständigen Beschäftigung geschlossen werden (BSG, Urteil v. 16.2.1983, a.a.O.). Davon wiederum zu unterscheiden sind jedoch solche Beschäftigungen, die sich nicht aufgrund einer schon vorher getroffenen Abrede wiederholen und dann Ausfluss eines einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses sind, sondern die sich lediglich tatsächlich - entsprechend einem nicht vorhersehbaren Arbeitsbedarf - mehr oder weniger lückenlos aneinanderreihen (BSG, Urteil v. 31.1.1973, 12/3 RK 16/70, juris; BSG, Urteil v. 16.2.1983, a.a.O.; BSG, Urteil v. 4.6.1998, B 12 KR 5/97 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 13).

69

Ausgehend von den - in Ermangelung einer schriftlichen Vereinbarung - getroffenen mündlichen Abreden, die die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend, widerspruchsfrei und nachvollziehbar geschildert haben, haben die Klägerin und der Beigeladene zu 1) kurzfristig einzelne Verträge über die Durchführung von Fahrten durch den Beigeladenen zu 1) für jeweils wenige Tage geschlossen. Die Geschäftsführerin der Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 1.4.2015 überzeugend erläutert, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum die Dienste des Beigeladenen zu 1) benötigte, um in Saisonzeiten Auftragsspitzen abzufangen. Bereits im normalen Geschäftsverlauf war bei der Klägerin eine kurzfristige Disposition der Fahraufträge mit einem Vorlauf von lediglich einer Woche üblich. Die Geschäftsführerin der Klägerin hat dies für den Senat plausibel damit begründet, dass auch ihr gegenüber die Auftragsvergabe in der Regel kurzfristig erfolgte. Da sie u.a. bei dem maßgeblich beschäftigten festangestellten Fahrpersonal die Tage- und Wochenruhezeiten mit einzukalkulieren hatte, konnte es mitunter zu Umdisponierungen von einem Tag auf den anderen kommen. Vor diesem Hintergrund bestand bei der Klägerin der Bedarf an kurzfristig einsetzbaren Fahrern, zu denen der Beigeladene zu 1) gehörte. Dieser wurde grundsätzlich - wenn auch nicht ausschließlich - im sog. Gelegenheitsverkehr

70

eingesetzt, da dort keine spezielle Einweisung in die zu fahrenden Touren und Routen erforderlich wurde.

Der Beigeladene zu 1) hat die Erläuterungen der Geschäftsführerin der Klägerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt und ergänzend ausgeführt, dass er in aller Regel sehr kurzfristig durch die Klägerin angefragt worden ist. Nur in Ausnahmefällen hat es einen Vorlauf von wenigen Tagen gegeben. Er hat der Klägerin zudem nicht im Voraus seine Verfügbarkeit mitgeteilt. Dies war ihm bereits deshalb nicht möglich, da er ähnlich kurzfristig von weiteren Unternehmen angefragt wurde.

71

Die Erläuterungen im Termin finden auch ihre Bestätigung in den vorgelegten Rechnungen des Beigeladenen zu 1) und den dort beiliegenden Leistungsbeschreibungen. Daraus ist zunächst zu entnehmen, dass der Beigeladene zu 1) maßgeblich in den für die Klägerin umsatzstarken Sommermonaten und weniger im Frühjahr und Herbst bzw. Winter tätig gewesen ist. Vereinzelt Fahrten in den Monaten Januar und Februar finden sich nur einmal im Februar 2008. Auch in den Monaten März und April fanden durchgängig nur wenige Aktivitäten für die Klägerin statt. Die den Leistungsbeschreibungen zu entnehmenden Fahrten weisen aus Sicht des Senats keine Regelmäßigkeiten im Sinne regelmäßig für die Klägerin übernommener Routen des Beigeladenen zu 1) auf. Es handelt sich vielmehr maßgeblich um am selben Tag abgeschlossene Touren, die sich häufig auf das regionale Umfeld beschränkten, teilweise allerdings auch deutschlandweite Ziele ansteuerten. Nur vereinzelt finden sich Mehrtagestouren innerhalb von Deutschland bzw. ins angrenzende Ausland.

72

Anhaltspunkte dafür, dass statt über einzelne Touren - etwa monatsweise - Absprachen über ein "Bündel" mehrerer Fahrten getroffen worden wäre, bestehen nicht. Die Geschäftsführerin der Klägerin und der Beigeladene zu 1) haben dahingehende Fragen des Senats ausdrücklich verneint. Dies steht im Einklang mit den vorliegenden Leistungsbeschreibungen.

73

Diese jeweils im Vorfeld eines Projektes getroffenen Absprachen lassen zur Überzeugung des Senats nicht die Annahme zu, dass die Klägerin und der Beigeladene zu 1) eine zugunsten eines Dauerschuldverhältnisses zu würdigende Vertragsbeziehung begründet haben oder begründen wollten. Ebenso wenig lässt sich ein solches aus der tatsächlich gelebten Beziehung herleiten. In diesem Rahmen bedarf es auch keiner abschließenden Festlegung durch den Senat, ob durch die konkret praktizierte Form der Zusammenarbeit der Klägerin mit dem Beigeladenen zu 1) konkludent eine rahmenvertragliche Vereinbarung hinsichtlich einzelner Modalitäten der Auftragsabwicklung zustande gekommen ist. Diese Frage kann offen bleiben, weil weder erkennbar ist noch von der Beklagten geltend gemacht wird, dass die Klägerin berechtigt sein sollte, den Beigeladenen zu 1) einseitig zur Erledigung von Aufträgen heranzuziehen.

74

Aus den mündlichen Vereinbarungen und der tatsächlich geübten Praxis der Zusammenarbeit der an der maßgeblichen Rechtsbeziehung beteiligten Personen lässt sich auch nicht schließen, dass zwischen den konkreten Einsätzen des Beigeladenen zu 1) eine Verpflichtung zu einer Rufbereitschaft bestehen sollte, kraft derer der Kläger innerhalb einer vereinbarten Dienstzeit über die Erbringung von Arbeitsleistungen des Beigeladenen zu 1) nach konkretem Arbeitsanfall hätte bestimmen dürfen (hierzu BSG, Urteil v. 20.3.2013, B 12 R 13/10 R, juris, Rn. 26 [Bühnenkünstler]).

75

Ebenso wenig hat die zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) praktizierte Rechtsbeziehung das charakteristische Gepräge eines Dauerschuldverhältnisses mit Arbeit auf Abruf aus unbezahlter Freizeit (§ 12 Teilzeit- und Befristungsgesetz [TzBfG]) erfahren, da weder die Absprachen der Klägerin mit dem Beigeladenen zu 1) noch die gelebte Praxis

76

ihrer Zusammenarbeit einen Rückschluss dahingehend zulassen, dass sich die Vertragsparteien auf eine bestimmte Tätigkeit und ein bestimmtes Arbeitsdeputat verständigt haben, welches von der Klägerin kraft eines etwaigen Direktionsrechts in einem bestimmten Bezugszeitraum abrufen können sollte (vgl. hierzu Laux, in: Laux/Schlachter, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 2. Aufl. 2011, § 12 Rn. 32; allgemein zur Abgrenzung zwischen Bereitschaftsdienst mit Arbeitseinsätzen innerhalb einer vereinbarten Dienstzeit und Arbeit auf Abruf i.S.d. § 12 Abs. 1 Satz 1 TzBefG, der den Abruf aus unbezahlter Freizeit erfasst, auch Linck, in: Schaub, in: Arbeitsrechtshandbuch, 15. Aufl. 2013, § 43 Rn. 21a m.w.N.; Jacobs, in: Annuß/Thüsing, Kommentar zum Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 12 Rn. 10 m.w.N., Arnold, in: Arnold/Gräfl, Teilzeit- und Befristungsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 12 Rn. 26).

Ein derartiges einseitiges Abrufrecht, welchem der Beigeladene zu 1) Folge zu leisten hatte, stand der Klägerin nicht zu. Stattdessen ist die Rechtsbeziehung der Beteiligten zur Überzeugung des Senats durch die sich fortgesetzt wiederholende Vereinbarung von Einzelaufträgen charakterisiert. Diese erfolgte zwischen den Vertragsparteien für jeden Fahrauftrag einzeln. Entsprechend hat die Geschäftsführerin der Klägerin bereits vor dem SG im Rahmen des dort durchgeführten Termins zur Erörterung des Sachverhaltes mit den Beteiligten am 20.12.2013 erklärt, dass sie mit einzelnen Aufträgen an den Beigeladenen zu 1) herantreten sei, der dann jeweils habe entscheiden könne, ob er diesen Auftrag übernehme. 77

Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Klägerin das von ihr verfolgte Ziel - den Abbau von Belastungsspitzen - auch im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses mit dem Beigeladenen zu 1) hätte erreichen können, so wie sie es im Rahmen der bestehenden geringfügigen Beschäftigungen praktiziert. Dies ist allerdings nicht ausschlaggebend, weil es auf die tatsächlich getroffenen Vereinbarungen und deren tatsächliche Umsetzung ankommt. Dabei kann offen bleiben, ob der nach § 12 Abs. 2 TzBfG zu gewährende viertägige Vorlauf vor einem Abruf durch den Arbeitgeber nach den hier geschilderten Abläufen durch die Klägerin im Rahmen dieser Beschäftigungsverhältnisse überhaupt gewährleistet werden kann. Denn jedenfalls bot nach den nachvollziehbaren Erläuterungen des Beigeladenen zu 1) eine solche Vertragsgestaltung ihm nicht die nötige Flexibilität, derer er bedurfte. Neben der Klägerin war er im streitigen Zeitraum maßgebend noch für zwei weitere Unternehmen als Fahrer tätig. Auch dort erfolgte die Disposition ähnlich kurzfristig wie bei der Klägerin. Dementsprechend war er darauf angewiesen, seine Tätigkeit für die Klägerin unter Berücksichtigung der bereits angenommenen Touren für weitere Unternehmen und neben der Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Lenk- und Ruhezeiten frei disponieren zu können. 78

Nach allem steht fest, dass die übernommenen Fahraufträge des Beigeladenen zu 1) sich lediglich - entsprechend einem nicht vorhersehbaren Arbeitsbedarf - mehr oder weniger aneinanderreihen (vgl. hierzu Fallgestaltung BSG, Urteil v. 16.2.1983, a.a.O.). 79

Die jeweils vereinbarten Touren sind auch als unständig anzusehen, da sie auf weniger als eine Woche im Voraus durch Vertrag beschränkt waren (BSG, Urteil v. 4.6.1998, a.a.O.). Die jeweilige vertragliche Verpflichtung des Beigeladenen zu 1) endete stets mit der Durchführung des übernommenen Fahrauftrags. Den vorliegenden Leistungsbeschreibungen lassen sich keine Fahraufträge entnehmen, die diese zeitliche Limitierung überschritten hätten. 80

Der Beigeladene zu 1) übte die Tätigkeit zudem berufsmäßig aus. Berufsmäßigkeit liegt vor, wenn die Beschäftigungen zeitlich oder wirtschaftlich den Schwerpunkt der Erwerbstätigkeit bilden (BSG, Urteil v. 28.5.2008, a.a.O.; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 22.10.2014, 81

a.a.O., juris; vgl. auch Gemeinsames Rundschreiben der Spitzenverbände der Krankenkassen, des VDR und der Bundesagentur für Arbeit vom 30./31.5.2000 zum Versicherung-, Beitrags- und Melderecht der unständig Beschäftigten, Die Beiträge 2000, 502). So liegt es hier. Die Beschäftigung als Fahrer stellte in zeitlicher aber auch in wirtschaftlicher Hinsicht den Schwerpunkt der Erwerbstätigkeit des Beigeladenen zu 1) dar. Allein für die Klägerin hat der Beigeladene zu 1) Fahrtätigkeiten erbracht, für die im Jahr Arbeitsstunden zwischen 203,08 Stunden bis 700,34 Stunden (ohne 2007 und 2012) anfielen. In wirtschaftlicher Hinsicht betrugen die Umsätze des Beigeladenen zu 1) mit der Klägerin durchschnittlich 6.960,06 Euro. Hinzu kamen noch die Umsätze aus den weiteren Fahrtätigkeiten für andere Unternehmer.

Die Kostenentscheidung richtet sich nach § 197 a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1, 2 Verwaltungsgerichtsordnung. 82

Gründe gemäß § 160 Abs. 2 SGG für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Entscheidung orientiert sich an der ständigen Rechtsprechung des BSG. 83

Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus § 197a SGG i. V. m. § 52 Abs. 1, 3 Gerichtskostengesetz (GKG). 84