
Datum: 30.08.2017
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 8. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 8 R 822/14
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2017:0830.L8R822.14.00

Vorinstanz: Sozialgericht Münster, S 14 R 294/12
Nachinstanz: Bundessozialgericht, B 12 R 15/18 R
Sachgebiet: Rentenversicherung
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 24.06.2014 geändert. Der Bescheid der Beklagten vom 23.05.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.04.2012 wird hinsichtlich der auf den Beigeladenen zu 1) entfallenden Säumniszuschläge aufgehoben. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten in beiden Rechtszügen zu 45% und die Beklagte zu 55%, jeweils mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die ihre Kosten selbst tragen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird endgültig bis zum 04.12.2016 auf 32.594,55 EUR und ab dem 05.12.2016 auf 27.169,21 EUR festgesetzt.

- Tatbestand: 1
- Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit eines Betriebsprüfungsbescheides der Beklagten, soweit sie darin für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin im Streitzeitraum nachträglich Gesamtsozialversicherungsbeiträge sowie Säumniszuschläge festgesetzt hat. 2
- Die Klägerin betreibt - ursprünglich mit Unternehmenssitz in N, nunmehr in Berlin - ein Reisebusunternehmen mit Tourneebussen (sogenannten Nightlinern). Sie war zunächst in 3

das Handelsregister des Amtsgerichtes (AG) N (HRB 000) und ist nunmehr in das des AG D (HRB 000 B) eingetragen. Sie besitzt speziell ausgestaltete Kraftomnibusse mit der äußerlichen Form eines Reisebusses und einer individuellen Ausstattung. Neben einigen Sitzreihen sind bis zu 18 Schlafkabinen und weitere Ausstattungsmerkmale wie z.B. ein Küchenbereich darin enthalten, die grundsätzlich einen 24stündigen Aufenthalt im Bus ermöglichen. Die Aus- und Umbaukosten belaufen sich pro Bus auf bis zu 150.000,00 Euro. Diese Busse werden regelmäßig von nationalen und internationalen Künstlern für Tourneen in Deutschland und im europäischen Ausland sowie teilweise im Rahmen von Werbekampagnen für Industrieunternehmen gebucht. Die Klägerin verfügt über insgesamt neun solcher Busse. Sie hat ca. 250 Transportaufträge im Jahr, jeder Bus legt an ca. 300 Einsatztagen im Jahr ungefähr 100.000 km zurück. Die Klägerin beschäftigt unstreitig angestellte Mitarbeiter in der Disposition und Verwaltung sowie eine variable Anzahl von sog. Tourbegleitern, die zum Teil ebenfalls bei ihr festangestellt sind und zum Teil auf Honorarbasis für sie tätig werden.

Im Oktober 2006 meldete der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe mit der Tätigkeit "Planung, Vorbereitung und Durchführung von Busfahrten, Vertrieb von Nahrungsmitteln und Kosmetika in geschlossenen Gefäßen ohne Lagerhaltung" an. Als Betriebsstätte gab er seinen Wohnsitz an. Ab dem 1.2.2011 meldete er sein Gewerbe für die Tätigkeit "Tournée- und Begleitservice" um. Er wurde im Streitzeitraum ausweislich der vorliegenden Rechnungen, auf die im Übrigen Bezug genommen wird, in folgendem Umfang für die Klägerin tätig:

(Im Original: Tabelle)

Ferner wurde er für insgesamt fünf weitere Auftraggeber im streitigen Zeitraum tätig. Diesen stellte er Nettosummen in Höhe von 6.762,00 EUR im Jahr 2006, 6.270,00 EUR im Jahr 2007 und 16.182,00 EUR im Jahr 2009 in Rechnung. Auf die vorliegenden Rechnungen wird im Übrigen Bezug genommen. Weitere Rechnungen für das Jahr 2008 hat der Beigeladene zu 1) auch auf mehrfache Nachfrage nicht vorgelegt.

Nachdem die Beklagte bei der Klägerin zunächst ein Betriebsprüfungsverfahren für den Zeitraum vom 1.1.2002 bis zum 31.12.2005 ohne Beanstandungen im Rahmen einer ausdrücklich stichprobenartig erfolgten Prüfung abgeschlossen hatte (Bescheid vom 29.8.2006), führte sie ab dem 28.6.2010 für den Folgezeitraum eine erneute Betriebsprüfung durch. Auf das Anhörungsschreiben der Beklagten vom 7.1.2011 nahm die Klägerin mit Schreiben vom 25.2.2011 Stellung. Die Fahrer seien nicht weisungsabhängig und eingegliedert. Sie erhielten keine zusätzlichen Leistungen wie Weihnachts- und Urlaubsgeld, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, sowie Mehrarbeits- oder Sonntagszuschläge. Sie hätten eigene Kosten und müssten z.B. für ihre Führerscheinverlängerung aufkommen. Die Vertragsparteien träfen für jeden Einzelauftrag eine Vergütungsabrede. Dabei wäre keine so hohe Vergütung vereinbart worden, wenn noch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden müssten. Es handele sich um ein Saisongeschäft. Die Veranstaltungsorte stünden fest, maßgeblich für die Routen seien die Kundenwünsche. Die Fahrer seien für mehrere Tourenbusunternehmen tätig. Sie könnten Aufträge ablehnen und fragten selbst nach Auftragsvakanzen an. Es bestünden im Übrigen wesentliche Übereinstimmungen mit dem Urteil des Bundessozialgerichtes (BSG) vom 28.5.2008 (B 12 KR 13/07 R). Zudem seien die angenommene Nettolohnvereinbarung und die darauf begründete Hochrechnung fehlerhaft.

Mit Bescheid vom 23.5.2011 setzte die Beklagte für insgesamt sechs Tourbegleiter, u.a. den Beigeladenen zu 1), für den Zeitraum von Januar 2006 bis Dezember 2009 eine Nachforderung von insgesamt 54.303,03 Euro inkl. Säumniszuschlägen i.H.v. 14.480,50 Euro fest. In dieser Summe waren eine Nachforderung i.H.v. 825,48 Euro bzgl. eines falsch

angewendeten Beitragssatzes sowie ein Betrag von 1.325,02 Euro für Sollstellungen enthalten. Auf die Begründung des Bescheides wird Bezug genommen. Mit weiterem Bescheid vom gleichen Tag traf die Beklagte Feststellungen nach § 28p Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) i.V.m. § 166 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Siebtes Buch (SGB VII). Auf den Inhalt des Bescheides wird ebenfalls Bezug genommen.

Die Klägerin erhob mit Schreiben vom 28.6.2011 gegen den Betriebsprüfungsbescheid der Beklagten Widerspruch und beantragte die Aussetzung der Vollziehung. Sie wiederholte und vertiefte ihre Ausführungen aus dem Anhörungsverfahren und wies ergänzend darauf hin, dass es keine schriftlichen Verträge gebe. Die Konzertveranstalter riefen die Disponenten der Busunternehmen oder direkt den Tourbegleiter an und vereinbarten die Bedingungen. Es könne keine Weisungen geben, da sich die Anforderungen (z.B. ausgefallene Konzerte etc.) stetig ändern würden. Die Tourbegleiter der Klägerin wollten zudem gar nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig werden. Es gebe letztlich eine Vielzahl von Bescheiden, mittels derer die Selbständigkeit verschiedener Tourbegleiter der Klägerin festgestellt worden seien. 9

Auf Nachfrage der Beklagten erläuterte der Beigeladene zu 1), dass er ein Gewerbe angemeldet habe. Er werbe für sich im Internet und durch Rundschreiben. Es gebe keine konkreten Anweisungen oder Kontrollen durch die Klägerin. Er sei in die betrieblichen Abläufe der Klägerin nicht eingegliedert gewesen. Er führe auch nicht die gleichen Tätigkeiten wie die festangestellten Mitarbeiter der Klägerin durch. Höchstpersönlichkeit werde nicht verlangt. Er hätte auch Hilfspersonal einsetzen können, was er allerdings nicht getan habe. Er Sorge für Ersatz, wenn er ausfalle. Er habe keine Arbeitsmittel von der Klägerin erhalten und deren Aufträge ablehnen können, was er gelegentlich getan habe. Die Kunden würden von der Klägerin geworben. In die Preisgestaltung sei er mit einbezogen gewesen. Die Kundenwünsche spreche er mit den Tourneegästen durch. Er habe auch andere Auftraggeber. Er besitze keine Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz. 10

Daraufhin wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin mit Widerspruchsbescheid vom 2.4.2012 als unbegründet zurück. Auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides wird Bezug genommen. 11

Die Klägerin hat dagegen am 3.5.2012 Klage zum Sozialgericht (SG) Münster erhoben und begehrt, den Betriebsprüfungsbescheid vom 23.5.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2.4.2012 sowie den weiteren Bescheid der Beklagten vom 23.5.2011 aufzuheben. Aus der angesprochenen Klientel resultiere ein Bedarf an speziellem Personal, das mit dem Umgang und Anliegen von Künstlern vertraut sei. Die Busse würden daher für die Dauer von mindestens zwei Tagen, überwiegend aber für mehrere Wochen, mit individuell ausgewählten Tourbegleitern bestellt. In der Anbahnung derartiger Aufträge würden regelmäßig Künstleragenturen aktiv, die den Umfang der angeforderten Leistungen festlegten. In diesem Geschäftsbereich gebe es nur ein halbes Dutzend Konkurrenzunternehmen. Gelingen die erfolgreiche Durchführung einer Tour, werde das Unternehmen, häufig einschließlich des bereits bekannten Tourenbegleiters, erneut gebucht. Die Tourbegleiter bänden sich gegebenenfalls sogar mehrfach. Zum einen würden mit der Klägerin die Konditionen für die Inanspruchnahme der Busse und das Honorar für die zu erbringenden Leistungen ausgehandelt. Zum anderen erfolgten Leistungen unmittelbar während der Tournee und würden mit den Künstlern auf der Grundlage eines 24-Stunden-Service abgestimmt. Es komme auch vor, dass die Künstleragentur zunächst den Tourbegleiter anspreche und erst dann das Tourbusunternehmen ausgewählt werde. Der Tourbegleiter sei der Manager der Veranstaltungstournee vor Ort und ergänze damit den 12

Künstleragenten bei dessen Vorbereitungen. Er wickle von der Aufnahme der Künstler in den Bus bis zum Erreichen des letzten Zielortes alle Aktivitäten ab und nicht nur den Transport selbst. Der Fahrplan werde vom Auftraggeber in Abstimmung mit dem Tourbegleiter festgelegt. Es handele sich um unregelmäßige Einzelaufträge, die erteilt würden. Die Kosten des Busses trage die Klägerin. Ein unternehmerisches Risiko liege dennoch vor, da der Tourbegleiter auf stetige Auftragserteilungen angewiesen sei. Bei Schlechtleistung könne er keine weitere Beauftragung erwarten. Zudem erfolge keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und es bestehe kein Anspruch auf Urlaub. Der Tourbegleiter habe mehrere Auftraggeber.

Die Aufgaben des aus ihrer, der Klägerin, Sicht weisungsfreien und nicht in das Unternehmen eingegliederten Tourbegleiters könnten wie folgt beschrieben werden: Zunächst sei ein Studium der Route nötig. Es seien der möglicherweise erforderlich werdende Einsatz von Doppelfahrern, die Nutzung von Fähren sowie Grenzübertritte in Absprache mit der Disposition und dem Kunden bzw. dessen Verantwortlichen für die Tour (z.B. Tourmanager) zu prüfen. Es würden Absprachen über Aufnahme und Absetzen der Fahrgäste (sog. pick in/drop off) sowie der Instrumente und übrigen technischen Gerätschaften (sog. Backline) getroffen. Es gebe Absprachen zum Catering unterwegs und in den Hallen sowie zum Merchandising. Es erfolgten eine individuelle Planung der Fahrzeiten und Fahrrouten, insbesondere der Abfahrtszeiten, nach den jeweiligen Veranstaltungen sowie Gespräche über Vorlieben und Handicaps der einzelnen Fahrgäste. Vor dem Start der Tour seien weiterhin Absprachen mit der Werkstatt bezüglich individueller Sonderwünsche der Kunden nötig. Busse und Küche seien mit Getränken und Lebensmitteln und weiteren gewünschten Utensilien (z.B. spezielle Bettwäsche etc.) zu bestücken. Anschließend würden eine Kontrolle des Fahrzeuges in Bezug auf Sauberkeit, technische Funktionalität und Sicherheit sowie eine Kontrolle des Fahrauftrages und der Vollständigkeit der notwendigen Dokumente und Genehmigungen durchgeführt. Es folge jeweils die Kontaktaufnahme mit dem örtlichen technischen Leiter der Veranstaltung am Folgetag, um u.a. die genaue Anfahrt, den Parkplatz und die örtliche Stromversorgung abzusprechen. Während der Tour werde dann die Fahrt vom Ausgangspunkt zum Fahrziel durchgeführt. Dies geschehe in der Regel über Nacht. Es folge bei Ankunft jeweils das Parken des Fahrzeuges, die Sicherstellung der Stromversorgung und die Kontaktaufnahme mit der örtlichen Produktion sowie die Mithilfe bzw. Kontrolle des Ausladens und möglicherweise auch die Mithilfe beim Aufbau. Der Fahrer führe dann erneut eine technische Kontrolle des Busses durch, leiste eventuell kleinere Reparaturen im Innenbereich und reinige das Fahrzeug (z.B. Betten machen, staubsaugen, Müll entsorgen). Nach der Veranstaltung helfe er beim Laden und kontrolliere die ordnungsgemäße Ladung im Anschluss. Er bestücke den Bus mit Getränken und Snacks aus dem lokalen Catering. Er stelle die Vollständigkeit der Passagiere fest und bespreche individuelle Wünsche.

Die Klägerin hat einen Bescheid der Beigeladenen zu 2) vom 24.1.2013 an den Beigeladenen zu 1) vorgelegt, wonach dieser nicht nach § 2 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) ab dem 29.6.2006 versicherungspflichtig sei. Ihr Eilantrag gegen die auf den Beigeladenen zu 1) entfallende Nachforderung war erfolglos (SG Münster, Beschluss v. 28.5.2013, S 14 R 170/13 ER). Im Klageverfahren hat sie zunächst die Aufhebung des streitigen Bescheides i.H.v. 19.737,21 Euro (Forderung für den hiesigen Beigeladenen zu 1) im Rahmen eines Teilurteiles begehrt. Zuletzt hat sie beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 23.5.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2.4.2012 aufzuheben, soweit über die Verhältnisse des Beigeladenen I und des weiter tätigen Q im Sinne einer Sozialversicherungspflicht entschieden worden ist sowie soweit

Säumniszuschläge dazu festgestellt worden und über eine Gefährklasseneinstufung insgesamt entschieden worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Sie hat auf ihre Bescheide Bezug genommen. 18

Das SG hat zunächst durch Beschluss vom 8.3.2013 den Beigeladenen zu 1) sowie die weiteren Tourbegleiter, für welche die Beklagte Nachforderungen im streitigen Bescheid festgesetzt hat, nämlich die Herren H, I, G und T durch Beschluss vom 17.12.2013 am Verfahren beteiligt. Mit weiterem Beschluss vom 5.2.2014 hat es einzelne Nachforderungen von dem Ausgangsverfahren abgetrennt, nämlich die Forderung für die Herren H (SG Münster, S 14 R 97/14, nunmehr Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen [LSG NRW] L 8 R 821/14), I (SG Münster, S 14 R 98/14), G (SG Münster, S 14 R 99/14) und T (SG Münster, S 14 R 100/14). 19

Sodann hat es am 24.6.2014 einen Termin zur mündlichen Verhandlung durchgeführt und den im Termin anwesenden Disponenten der Klägerin Herrn T1 gehört. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen. Mit Urteil vom 24.6.2014 hat das SG die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen. 20

Gegen das der Klägerin am 14.8.2014 zugestellte Urteil hat diese am 11.9.2014 Berufung eingelegt. Sie wiederholt und vertieft im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen. Ergänzend verweist sie darauf, dass ein Tourbegleiter nicht regelmäßig, sondern auftragsbezogen tätig werde. Er entscheide selbst, ob und inwieweit er Aufträge annehme. Er unterscheide sich in Aufgabenbereich und Qualifikation von einem typischen Busfahrer. Zudem sei der nötige 24stündige Service mit einem festangestellten Fahrer nicht zu leisten. Der Beigeladene zu 1) habe im Übrigen eine eigene Betriebsstätte, die allerdings aufgrund moderner Kommunikationsmittel lediglich aus Laptop und Mobiltelefon bestehe. Er sei weisungsunabhängig und nicht eingegliedert. Zudem seien die weiteren vorgelegten Entscheidungen zur Versicherungsfreiheit nach § 2 SGB VI nicht in ausreichender Weise gewürdigt worden. Schließlich vertraue der Versicherte in diesem Fall auf eine generelle Freistellung. 21

Die Klägerin hat im Erörterungstermin vom 8.4.2016 ihre Berufung in Höhe der Beträge von 1.325,02 EUR (Sollstellung) sowie in Höhe von 825,48 Euro (Beitragssatz) zurückgenommen. Sie wendet sich zudem nicht mehr gegen den Bescheid der Beklagten hinsichtlich der Gefährklasseneinstufung (Schriftsatz vom 14.10.2016). Ihr Anfechtungsanspruch gegen die Nachforderung einschließlich darauf entfallender Säumniszuschläge betreffend den Tourbegleiter Q ist abgetrennt worden (Beschluss des Senates v. 5.12.2016, nunmehr LSG NRW, L 8 R 1063/16). Die Beklagte hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 30.8.2017 die Nachforderung bezüglich des Beigeladenen zu 1) um die bis dahin vorgenommene Hochrechnung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV reduziert. Die Klägerin beantragt nunmehr, 22

das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 24.6.2014 zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 23.5.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2.4.2012 hinsichtlich der auf den Beigeladenen zu 1) entfallenden Forderungen aufzuheben. 23

Die Beklagte beantragt, 24

die Berufung zurückzuweisen.	25
Sie hält die erstinstanzliche Entscheidung, soweit noch streitbefangen, für zutreffend. Im Hinblick auf die Erhebung der Säumniszuschläge hat sie ergänzend ausgeführt, dass eine Exkulpation der Klägerin nach § 24 Abs. 2 SGB IV nicht in Betracht komme. Es sei der Verschuldensmaßstab des § 276 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) anzuwenden. Danach habe die Klägerin auch leichte Fahrlässigkeit zu vertreten. Da sie weder einen Antrag auf Statusfeststellung bei der Clearingstelle nach § 7a SGB IV noch bei der Einzugsstelle nach § 28h SGB IV gestellt hat, sei ihr Fahrlässigkeit vorzuwerfen. Unerheblich sei in diesem Zusammenhang, dass in Statusfragen nach dieser Ansicht die Anwendbarkeit des § 24 Abs. 2 SGB IV ausgeschlossen werde.	26
Die Beigeladenen zu 2) bis 5) hat der Senat mit Beschluss vom 5.9.2016 am Verfahren beteiligt, diese sind - ebenso wie der Beigeladene zu 1) - weder im Termin zur mündlichen Verhandlung erschienen noch haben sie Anträge gestellt. Die Beigeladene zu 5) hat auf Nachfrage mitgeteilt, dass dem Beigeladenen zu 1) kein Existenzgründungszuschuss gewährt worden sei. Die Beigeladene zu 2) hat einen unverschlüsselten Versicherungsverlauf des Beigeladenen zu 1) sowie die ihre Entscheidung nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI betreffende Verwaltungsakte vorgelegt.	27
Der Senat hat ferner die Gerichts- und Verwaltungsakten des LSG Baden-Württemberg (L 5 KR 5344/13) sowie die Akten des SG Münster (S 14 R 170/13 ER, S 14 R 97/14 = L 8 R 821/14 [LSG NRW], S 14 R 98/14, S 14 R 99/14 und S 14 R 100/14) beigezogen.	28
Nach Durchführung eines Termins zur Erörterung des Sachverhaltes mit den Beteiligten am 8.4.2016, hinsichtlich dessen Ergebnis auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen wird, hat die Klägerin auf Nachfrage des Senates folgende Unterlagen vorgelegt: Rechnungen des Beigeladenen zu 1), exemplarische mit Endkunden durch die Klägerin geschlossene Verträge, einen Tourenplan sowie ihre im Streitzeitraum geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB). Der Beigeladene zu 1) hat die Rechnungen an weitere Auftraggeber der Jahre 2006, 2007 und 2009 vorgelegt.	29
Im Rahmen eines Termins zur mündlichen Verhandlung und Beweisaufnahme vor dem Senat am 28.6.2017 hat dieser den ehemaligen Disponenten der Klägerin, Herrn T1, uneidlich als Zeugen vernommen. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen.	30
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten in dem hiesigen Verfahren sowie auf den Inhalt der beigezogenen Gerichtsakten und auf die Verwaltungsakten der Beklagten sowie der Beigeladenen Bezug genommen, die jeweils Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.	31
Entscheidungsgründe:	32
Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) bis 5) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit ordnungsgemäßen Terminsbenachrichtigungen auf diese Möglichkeiten hingewiesen hat.	33
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG Münster vom 24.6.2014 hat im tenorierten Umfang Erfolg.	34
Dabei hat der Senat im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung ausschließlich noch über die auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin entfallende Nachforderung zu	35

entscheiden. Diese beläuft sich nunmehr, nachdem die Beklagte sie im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 30.8.2017 unter Herausnahme der Hochrechnung nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV sowie eines fälschlich nachverbeitragten Fahrkostenersatzes von 140,00 EUR beschränkt hat, auf einen Betrag von insgesamt 16.643,53 EUR inkl. Säumniszuschlägen in Höhe von 4.419,00 EUR. Die Nachforderung für die Tätigkeit des Herrn Q ist nach zwischenzeitlich erfolgter Abtrennung durch Beschluss des Senats vom 5.12.2016 ebenso wenig noch streitbefangen wie die Teilforderungen in Höhe von 825,48 EUR (Beitragssatz) sowie 1.325,02 EUR (Sollstellungen) und der Bescheid vom 23.5.2011 nach § 28p SGB IV i.V.m. § 166 SGB VII, denn insoweit hat die Klägerin jeweils ihre Berufung zurückgenommen.

Die am 11.9.2014 schriftlich eingelegte Berufung der Klägerin gegen die ihr am 14.8.2014 zugestellte Entscheidung des SG Münster vom 24.6.2014 ist zunächst zulässig, insbesondere ohne gerichtliche Zulassung statthaft (§§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz [SGG]) sowie form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 151 Abs. 1, Abs. 3, § 64 Abs. 1, Abs. 2, § 63 SGG). 36

Ihre Berufung ist zudem, soweit sie sich gegen die Nachforderung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei ihr im streitigen Zeitraum in Höhe von 12.224,53 EUR wendet, unbegründet. Insofern hat das SG die gegen den Bescheid vom 23.5.2011 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 2.4.2012 gerichtete, statthafte (§ 54 Abs. 1 Satz 1 Altern. 1 SGG) und auch im Übrigen zulässig erhobene Anfechtungsklage zu Recht abgewiesen. Die streitbefangenen Bescheide beschweren die Klägerin nicht im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG in ihren Rechten, da sie rechtmäßig sind. Denn die Beklagte hat die Klägerin formell und materiell rechtmäßig zur Nachentrichtung von Beiträgen zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung im streitigen Zeitraum verpflichtet. Soweit sich die Berufung der Klägerin jedoch gegen die durch die Beklagte erhobenen Säumniszuschläge in Höhe von 4.419,00 EUR richtet, ist sie begründet, denn diesbezüglich erweisen sich die Bescheide als rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten. 37

I. Ermächtigungsgrundlage für die angefochtene Nacherhebung ist § 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV. Nach dieser Vorschrift erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe der Arbeitnehmer in der Sozialversicherung gegenüber den Arbeitsgebern. Diese Rechtsgrundlage ermächtigt auch zur Erhebung von Säumniszuschlägen gemäß § 24 SGB IV (Senat, Beschluss v. 20.1.2015, L 8 R 70/14 B ER; Scheer in: jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 28p Rdnr. 213). 38

II. Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig. Insbesondere ist die Klägerin vor dessen Erlass unter dem 7.1.2011 ordnungsgemäß angehört worden (§ 24 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch [SGB X]). 39

III. Der Bescheid ist hinsichtlich der Nachforderung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages in materieller Hinsicht nicht zu beanstanden (dazu unter 1.). Bezüglich der Erhebung von Säumniszuschlägen kann sich die Klägerin hingegen auf § 24 Abs. 2 SGB IV berufen (dazu unter 2.). 40

1. Nach § 28e Abs. 1 SGB IV hat der Arbeitgeber den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die bei ihm Beschäftigten, d.h. die für einen versicherungspflichtigen Beschäftigten zu zahlenden Beiträge zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung (§ 28d Sätze 1 und 2 SGB IV), zu entrichten. Der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, 41

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 SGB VI, § 25 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch [SGB III]).

a) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, 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. Diese Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 31.3.2017, B 12 R 7/15 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 30; Urteil v. 18.11.2015, B 12 KR 16/13 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 25; Urteil v. 11.11.2015, B 12 KR 10/14 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 28; Urteil v. 11.11.2015, B 12 KR 13/14 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 26; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: 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 bzw. der selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls 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. 18.11.2015, a.a.O.; Urteil v. 29.7.2015, B 12 KR 23/13 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 24).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbständigkeit 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. 24.3.2016, B 12 KR 20/14 R, zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen; Urteil v. 18.11.2015, a.a.O.; Urteil v. 29.7.2015, a.a.O.).

b) Ausgehend von den vorgenannten Kriterien stand der gegen Entgelt tätig gewordene Beigeladene zu 1) im Streitzeitraum zur Klägerin in einer abhängigen Beschäftigung. Bewertung und Gewichtung der genannten Abgrenzungsmerkmale zeigen zur Überzeugung des Senats, dass das tatsächlich praktizierte Vertragsverhältnis dem eines abhängig Beschäftigten entsprach, wohingegen maßgebliche Aspekte, die für eine Qualifikation der Tätigkeit als selbstständige Tätigkeit sprechen, nicht gegeben sind.

aa) Dieser Beurteilung stehen zunächst weder eine nach § 77 SGG bestandskräftige Feststellung einer versicherungsfreien, selbstständigen Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei

der Klägerin noch Vertrauensschutz Gesichtspunkte entgegen.

(1) Der Bescheid der Beigeladenen zu 2) vom 24.1.2013, wonach für den Beigeladenen zu 1) 47
keine Versicherungspflicht nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI ab dem 29.6.2006 besteht, ist der
Klägerin nicht bekannt gegeben worden und konnte ihr gegenüber demnach auch keine
Bindungswirkung entfalten. Darüber hinaus war im Zeitpunkt der Bekanntgabe an den
Beigeladenen zu 1) der streitige Nachforderungszeitraum bereits beendet, so dass sich auf
dieser Grundlage kein schützenswertes Vertrauen bilden konnte.

(2) Auch der weitere Bescheid der Beigeladenen zu 2) vom 16.2.2012 in der Gestalt des 48
Widerspruchsbescheides vom 13.11.2012 in ihrer Eigenschaft als Clearingstelle auf einen
Statusantrag des Beigeladenen zu 1) vom 18.1.2012 berührt das vorliegende Verfahren nicht.
Die Beigeladene zu 2) hat darin eine Feststellung in der Sache aufgrund der vorrangigen
Zuständigkeit der Beklagten nach bereits eingeleitetem Betriebsprüfungsverfahren
entsprechend § 7a Abs. 1 Satz 1 a.E. SGB IV abgelehnt.

(3) Die Klägerin kann sich auch nicht auf das Ergebnis der vorangegangenen Betriebsprüfung 49
berufen. Diese blieb für den Prüfzeitraum vom 1.1.2002 bis zum 31.12.2005 bis auf eine
Gutschrift von 81,00 EUR beanstandungslos (Bescheid v. 29.8.2006). Jedoch ist nicht zu
erkennen, dass die Versicherungspflicht des hiesigen Beigeladenen zu 1) in diese Prüfung
einbezogen worden ist. Die Prüfbehörden sind bei Arbeitgeberprüfungen nach § 28p SGB IV
selbst in Kleinbetrieben zu einer vollständigen Überprüfung der versicherungsrechtlichen
Verhältnisse aller Versicherten nicht verpflichtet. Ein Hinweis im Bescheid, dass die Prüfung
nur stichprobenhaft erfolgte, ist dabei grundsätzlich nicht erforderlich (BSG, Urteil v.
18.11.2015, B 12 R 7/14 R, juris), vorliegend jedoch erteilt worden. Betriebsprüfungen haben
unmittelbar im Interesse der Versicherungsträger und mittelbar im Interesse der Versicherten
den Zweck, die Beitragsentrichtung zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung zu
sichern. Sie sollen einerseits Beitragsausfälle verhindern helfen, andererseits die
Versicherungsträger in der Rentenversicherung davor bewahren, dass aus der Annahme von
Beiträgen für nicht versicherungspflichtige Personen Leistungsansprüche entstehen. Eine
über diese Kontrollfunktion hinausgehende Bedeutung kommt den Betriebsprüfungen nicht
zu. Sie bezwecken insbesondere nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen
oder ihm "Entlastung" zu erteilen (BSG, Urteil v. 14.7.2004, B 12 KR 1/04 R, SozR 4-2400 §
22 Nr. 2; Urteil v. 14.7.2004, B 12 KR 7/04 R, SozR 4-2400 § 22 Nr. 1; Urteil v. 14.7.2004, B
12 KR 10/02 R, SozR 4-5375 § 2 Nr. 1; Urteil v. 30.11.1978, 12 RK 6/76, SozR 2200 § 1399
Nr. 11; Senat, Urteil v. 27.8.2010, L 8 R 203/09, Senat, Urteil v. 30.4.2014, L 8 R 981/12,
juris). Bei unterbliebenen Beanstandungen in Beitragsnachforderungsfällen besteht keine
Vertrauensgrundlage für den Arbeitgeber (und den Arbeitnehmer) und kein
vertrauensbegründendes (Verwirkungs-)Verhalten des prüfenden Versicherungsträgers (zum
Ganzen: BSG, Urteile v. 14.7.2004, B 12 KR 1/04 R und 30.10.2013, a.a.O., jeweils juris).

bb) Ausgangspunkt der sozialversicherungsrechtlichen Statusbeurteilung sind damit die 50
konkreten vertraglichen Grundlagen der zwischen dem Beigeladenen zu 1) und der Klägerin
begründeten Rechtsbeziehung. Obgleich insoweit schriftliche Vereinbarungen zwischen den
Beteiligten nicht getroffen worden sind, lassen die vom Senat festgestellten mündlichen
Vereinbarungen sowie die tatsächlich gelebte Beziehung der Zusammenarbeit wesentliche
Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erkennen.

(1) Unter Berücksichtigung des schriftsätzlichen Vortrags, der beigezogenen Unterlagen, der 51
Angaben des Geschäftsführers der Klägerin im Erörterungstermin vom 8.4.2016 und den
glaubhaften Bekundungen des Zeugen T1 im Termin zur mündlichen Verhandlung vom
28.6.2017 lassen sich zur Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) folgende Feststellungen treffen:

- Die Klägerin verpflichtete sich jeweils vertraglich gegenüber ihren Endkunden, das Fahrpersonal sowie einen speziell umgebauten und nach den Wünschen der Fahrgäste hergerichteten Tourenbus zur Verfügung zu stellen und den Transport gemäß der Fahrroute und den Wünschen der Fahrgäste durchzuführen. Im Folgenden suchte der damalige Disponent der Klägerin, der Zeuge T1, und zwar für jeden Auftrag gesondert, grundsätzlich zunächst die angestellten Fahrer der Klägerin mit der beauftragten Tour zu betrauen. Waren diese bereits ausgelastet, prüfte er, wer als "freiberuflicher" Fahrer zur Verfügung stand und bot diesem - so auch dem Beigeladenen zu 1) - den Auftrag an. Dieser bestätigte den Auftrag oder lehnte ihn ab. Wurde indessen ein bestimmter Tourbegleiter gegenüber der Klägerin bereits durch den jeweiligen Tourveranstalter gewünscht, trat der Zeuge direkt an diesen heran. Dieses Procedere kam auch bei dem Beigeladenen zu 1) zum Zuge. Die Klägerin vergütete den Beigeladenen zu 1) mit einem festen Tagessatz von 120,00 EUR. Im Zeitpunkt der Beauftragung stand das Routing bereits fest. Der Beigeladene zu 1) erhielt - soweit vorhanden - das sog. Tourbuch bzw. den jeweiligen Tourenplan sowie den Treffpunkt nebst Zeit, Endpunkt der Tour und Sonderwünschen der Kunden. Zudem stellte die Klägerin den Bus zur Verfügung, wobei sie teilweise auch die Busse des Unternehmens Q GmbH einsetzte. Die weiteren Absprachen erfolgten regelmäßig individuell zwischen dem Fahrer und dem Tourmanager.
- (2) Eine vorliegend relevante vertragliche Beziehung besteht vor diesem Hintergrund zur Überzeugung des Senats ausschließlich zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1). Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Beigeladene zu 1) die Klägerin über demnächst anstehende weitere Tournen informierte, über welche er gegebenenfalls bereits aufgrund eines seitens des Tourmanagements erwünschten Einsatz mit diesem verhandelt hatte. Die mündlichen Fahraufträge wurden von der Klägerin an den Beigeladenen zu 1) erteilt, der ihr gegenüber sodann auch abrechnete. Die Beauftragung des Beigeladenen zu 1) wiederum geschah erst auf der Grundlage eines zuvor zwischen der Klägerin und dem Hauptauftraggeber geschlossenen Vertrags. Dies hat der Geschäftsführer der Klägerin im Erörterungstermin am 8.4.2016 auch entsprechend bestätigt.
- (3) Da der Beigeladene zu 1) demzufolge nach dem konkreten klägerischen Bedarf für bestimmte Touren angefragt worden ist, lässt die in diesem Sinne praktizierte Rechtsbeziehung die Zuordnung von zeitlich befristeten Einzelaufträgen zu (zur Maßgeblichkeit der zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehenden konkreten Rechtsbeziehung im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens vgl. BSG, Urteil v. 11.3.2009, a.a.O.; BSG, Urteil v. 4.6.2009, a.a.O.; BSG, Urteil v. 28.9.2011, a.a.O.; BSG, Urteil v. 30.10.2013, a.a.O.; BSG, Urteil v. 31.3.2017, B 12 KR 16/14 R, juris).
- (a) Ein Dauerschuldverhältnis folgt zunächst nicht aus einem zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) schriftlich oder mündlich geschlossenen Rahmenvertrag. Zum einen hat der Senat ein dementsprechendes Vertragsverhältnis nicht feststellen können und zum anderen eröffnet ein solcher Rahmenvertrag nur eine auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung, legt jedoch (im Voraus) nur bestimmte Einzelheiten künftig abzuschließender Verträge fest (BSG, Urteil v. 30.10.2013, a.a.O.; Bundesgerichtshof [BGH], Urteil v. 30.4.1992, VII ZR 159/91 NJW-RR 1992, 977, 978). Insbesondere ist für den Senat keine Vereinbarung über eine übergeordnete Leistungspflicht des Beigeladenen zu 1) und damit korrespondierend ein allgemeines Heranziehungsrecht der Klägerin erkennbar (hierzu BSG, Urteil v. 20.3.2013, B 12 R 13/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 19; Senat, Urteil v. 17.12.2014, L 8 R 463/11; Senat, Urteil v. 8.2.2017, L 8 R 162/15, jeweils juris). Stattdessen hat der Zeuge T1 bekundet, dass jeder Fahrauftrag gesondert an die Fahrer und damit auch an den Beigeladenen zu 1) herangetragen worden sei. Diesem wiederum stand das Recht

zu, die Aufträge anzunehmen bzw. abzulehnen.

(b) 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]) gehabt. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Beteiligten auf eine bestimmte Tätigkeit und ein bestimmtes Arbeitsdeputat verständigt hätten, welches die Klägerin kraft eines etwaigen Direktionsrechts in einem bestimmten Bezugszeitraum abrufen können sollte (vgl. hierzu Senat, Urteil v. 1.4.2015, L 8 R 517/14, juris, m.w.N.). Die Interessenlage der Vertragsparteien bestätigt dies. Während die Klägerin die Einsätze des Beigeladenen zu 1) einerseits zum Abbau von Auftragsspitzen und andererseits zur Erfüllung konkreter Kundenwünsche benötigte und daher seine generelle Leistungspflicht nicht beanspruchen musste, war der Beigeladene zu 1) darauf angewiesen, über angebotene Fahraufträge individuell entscheiden zu können, denn er wurde im Streitzeitraum auch für weitere Auftraggeber tätig. 56

cc) Besteht demnach wie vorliegend keine Dauerrechtsbeziehung, sondern wird der Auftragnehmer auf der Grundlage von Einzelaufträgen für den Auftraggeber tätig, sind nur diese am Maßstab der von der Rechtsprechung für die Abgrenzung zwischen selbständiger Tätigkeit und Beschäftigung entwickelten Grundsätze zu bewerten (BSG, Urteil v. 31.3.2017, a.a.O.; Urteil v. 30.10.2013, a.a.O.; Urteil v. 18.9.2011, a.a.O.; jeweils m.w.N.; Senat, Urteil v. 17.12.2014, L 8 R 463/11, juris). Vor diesem Hintergrund ist es zunächst als unerheblich zu bewerten, dass der Beigeladene zu 1) Aufträge der Klägerin ablehnen konnte. Aus dem Umstand, dass jemand stets aufs Neue seine Entschließungsfreiheit betätigen kann, einen weiteren Auftrag anzunehmen und damit eine weitere Vertragsbeziehung zu begründen oder nicht, können (zwingende) Schlüsse weder in der einen - abhängige Beschäftigung - noch in der anderen Richtung - selbständige Tätigkeit - gezogen werden (BSG, Urteil v. 20.3.2013, B 12 R 13/10 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 19; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 22.10.2014, L 2 R 5/14, juris). 57

(1) Auf dieser Grundlage ist der Beigeladene zu 1) im streitbefangenen Zeitraum während der durchgeführten Einzelaufträge in die betriebliche Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert gewesen. Eine dienende Teilhabe am Arbeitsprozess im Sinne abhängiger Beschäftigung liegt in der Regel vor, wenn das Arbeitsziel und der betriebliche Rahmen von dem Auftraggeber gestellt oder auf seine Rechnung organisiert werden. Sie kann selbst dann noch gegeben sein, wenn lediglich der Geschäfts- oder Betriebszweck vorgegeben und es dem Beschäftigten überlassen wird, welche Mittel er zur Erreichung der Ziele einsetzt (vgl. Segebrecht, in: jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 7 Rdnr. 87 ff. m.w.N.). 58

(a) Für eine betriebliche Eingliederung des Beigeladenen zu 1) spricht zunächst, dass dieser die vereinbarungsgemäß ausgeführten Tourneefahrten unter Inanspruchnahme der von der Klägerin vorgehaltenen (eigenen oder beschafften) und unterhaltenen Fahrzeuge sowie nach den Vorgaben eines konkreten Tourbuchs bzw. Tourenplans ausgeführt und so an der Erfüllung der vertraglichen Pflichten der Klägerin gegenüber ihren jeweiligen Auftraggebern mitgewirkt hat. In den Fällen, in denen der Beigeladene zu 1) nicht als Tourbegleiter speziell durch den Hauptauftraggeber gewünscht worden ist, führte er die Tournee zudem als Ersatz für einen nicht vakanten, aber festangestellten Tourbegleiter der Klägerin aus und gehörte insofern zu ihrem Personalportfolio. 59

(b) Bei der Ausführung des Fahrauftrages wurde der Beigeladene zu 1) in vielfältiger Weise im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens mit weiteren Mitarbeitern der Klägerin tätig. So erfolgte die Disposition der jeweiligen Tournee durch den Zeugen T1 und damit durch einen (festangestellten) Mitarbeiter der Klägerin. In seiner Entscheidung lag, soweit dies die Lenk- 60

und Ruhezeiten erforderlich werden ließen, ob ein zweiter Fahrer die Tour mitfuhr. Dabei konnte es sich um festangestellte Fahrer oder solche auf Honorarbasis handeln. Soweit Zwischenfälle, z.B. ein Defekt am Bus oder eine Erkrankung des Fahrers, eintraten, hatte der Beigeladene zu 1) dies dem Zeugen T1 mitzuteilen. Dieser sorgte - soweit erforderlich - für einen Ersatzbus, den er entweder vor Ort zu chartern suchte oder den er im Zweifelsfall aus dem eigenen Kontingent mit einem weiteren - festangestellten oder freien - Tourbegleiter entsandte. Der Beigeladene zu 1) wurde zudem auch mit der Durchführung von Teiltouren, sog. Rückholaktionen, beauftragt. Hierbei handelt es sich nach den Erläuterungen des klägerischen Geschäftsführers im Termin zur Erörterung am 8.4.2016 um die letzte Teilstrecke vor dem Ankunftsort.

(c) Der Beigeladene zu 1) hatte letztlich Werkstattvorgaben zu beachten und Tankkarten, die über die Klägerin liefen, zu nutzen. 61

(2) Bei der Ausübung dieser Tätigkeit war der Beigeladene zu 1) auch einem umfassenden Weisungsrecht der Klägerin hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt der Tätigkeit unterworfen. Weisungsgebunden arbeitet, wer - im Umkehrschluss zu § 84 Abs. 1 Satz 2 Handelsgesetzbuch (HGB) - nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (std. Rspr.: Bundesarbeitsgericht [BAG], Urteil v. 21.7.2015, 9 AZR 484/14, NZA 2016, 344 ff.; BAG, Urteil v. 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NJW 2013, BAG, Urteil v. 15.2.2012, 10 AZR 301/10, NZA 2012, 731 ff.; jeweils m.w.N.). Die Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit müssen nicht auf einzelnen Anordnungen des Arbeitgebers beruhen. Vielmehr kann die Weisungsgebundenheit - namentlich bei einer Tätigkeit höherwertiger Art - auch zu einer "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein" (BSG, Urteil v. 29.6.2016, B 12 R 5/14 R, USK 2016-48; Urteil v. 24.3.2016, B 12 KR 20/14 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 29; Urteil v. 18.11.2015, a.a.O.; jeweils m.w.N.). Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Freiheiten bei der Aufgabenerfüllung sind erst dann ein aussagekräftiges Indiz für Selbständigkeit, wenn sie nicht mehr innerhalb des Rahmens einer derartigen dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess zu verorten sind und insbesondere eigennützig durch den Auftragnehmer zur Steigerung seiner Verdienstmöglichkeiten eingesetzt werden können (BSG, Urteil v. 18.11.2015, a.a.O.). Die Beurteilung hängt dabei auch von der Art der jeweiligen Tätigkeit ab (BAG, a.a.O.). Größere Spielräume, die auch abhängig Beschäftigten aufgrund der Natur ihrer Tätigkeit zustehen, können dabei nicht als maßgebendes Kriterium für die Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit von abhängiger Beschäftigung herangezogen werden (BSG, Urteil v. 25.4.2012, a.a.O.; Senat, Urteil v. 15.2.2017, L 8 R 86/13). 62

(a) Die zeitliche und örtliche Komponente der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) wurde durch die - seitens der Klägerin an ihn in vertraglicher Hinsicht weitergegebene - Struktur der jeweiligen Tour bestimmt. Dem vorgelegten Tourbuch sind in dieser Hinsicht Angaben zu den jeweiligen Tourorten mit genauem Anfahrtsweg, ggf. Parkmöglichkeit, Ankunftszeit, Beginn des Aufbaus, Soundcheck und Beginn der Show zu entnehmen, die im Rahmen der jeweiligen Lenkzeiten einzuhalten waren. Die Klägerin kann sich insofern nicht darauf zurückziehen, dass dies nicht ihre Weisungen, sondern die ihrer Auftraggeber gewesen seien, denn sie hat die Vorgaben in das Vertragsverhältnis mit dem Beigeladenen zu 1) einbezogen. 63

(b) In inhaltlicher Hinsicht gab die Klägerin dem Beigeladenen zu 1) sowohl die jeweilige Tour als auch die zu befördernden Fahrgäste vor, denn sie traf die Vorauswahl, welche Aufträge überhaupt an den Beigeladenen zu 1) herangetragen wurden. Wurde der Beigeladene zu 1) als Fahrer gewünscht, oblag ebenfalls das Auswahlrecht nicht ihm, sondern dem Kunden der Klägerin. Nach Auftragsannahme hatte sich der Beigeladene zu 1) an das Routing, die 64

zeitlichen Tourinhalte sowie an Vorgaben wie die Nutzung der Tankkarten oder bestimmter Werkstätten sowie Rückkopplungsnotwendigkeiten mit der Disposition im Falle sich ereignender Zwischenfälle zu halten. Darüber hinaus hatte die Klägerin es dem Beigeladenen zu 1) als Aufgabe übertragen, die Wünsche ihres Kunden - die sich teilweise erst im Laufe der Tour ergeben konnten - zu erfüllen. Da der Klägerin, die nach der Bekundung des Zeugen T1 allgemein während der laufenden Tour keine generelle Qualitätskontrolle durchführte, konkretisierende Weisungen zu dieser Zeit gar nicht möglich gewesen sind, hat sie dadurch ihr Weisungsrecht auf ihren Kunden "delegiert". Sie griff erst wieder ein, wenn es zu Beschwerden kam. So hat der Zeuge T1 glaubhaft erläutert, dass bei Differenzen zwischen Fahrer und Kunden der Fahrer - unabhängig vom Status - durch ihn nach durchaus pragmatischen Erwägungen ausgetauscht werden konnte.

Die aus der fehlenden durchgehenden Kontrolle resultierende Entscheidungs- und Gestaltungsbefugnis des Beigeladenen zu 1) bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit führt demnach nicht zur Selbständigkeit im Sinne einer unternehmerischen Tätigkeit. Eine eigenständige Arbeitsweise ist nicht gleichbedeutend mit zur Versicherungsfreiheit führender Selbständigkeit (Senat, Urteil v. 6.4.2016, L 8 R 355/14, juris). Vielmehr ist es gerade auch für eine abhängige Beschäftigung typisch, dass der Grad der Eigenständigkeit der Ausführung mit der Qualifikation des Mitarbeiters und seiner Verantwortung wächst (Senat, Urteil v. 14.10.2015, L 8 R 480/12; Senat, Urteil v. 11.5.2016, L 8 R 975/12, jeweils juris).

65

Gerade hinsichtlich der Art der Ausführung eines Tourneeauftrags hat sich der Senat auch nicht von entscheidenden, objektiven Unterschieden zwischen der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) und einem angestellten Tourbegleiter überzeugen können. So hat auch der Geschäftsführer der Klägerin im Erörterungstermin darauf verwiesen, dass diese Unterschiede sich mehr im Bereich des jeweiligen Leistungs- und Motivationsniveaus als in Gesichtspunkten äußerten, die zu einer verstärkten Weisungs- oder Eingliederungsdichte eines festangestellten Fahrers führen würden. Auch die Erläuterungen des Zeugen T1 bestätigen dies. Er traf seine Entscheidungen z.B. in Bezug auf zu disponierende Zweitfahrer, den Austausch von Fahrern sowie die Entsendung von Ersatzfahrern ebenfalls statusunabhängig.

66

(3) Wesentliche Merkmale, die für eine selbständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) sprechen und im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung dermaßen überwiegen, dass nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen ist, sind zur Überzeugung des Senats nicht festzustellen.

67

(a) Der Beigeladene zu 1) verfügte im Streitzeitraum nicht über eine eigene, unabhängig von dem Betrieb der Klägerin bestehende Betriebsstätte.

68

(aa) Insofern ist die Internetpräsenz des Beigeladenen zu 1) " ...net", auf der im weitesten Sinn für Aloe Vera-Produkte geworben wird, nicht maßgeblich. Zum einen findet sich im Impressum die Wohnanschrift des Beigeladenen zu 1), zum anderen ist diese Tätigkeit gänzlich unabhängig von der vorliegend zu beurteilenden Tätigkeit zu sehen.

69

(bb) Auch im Übrigen ist nicht von einer eigenen Betriebsstätte des Beigeladenen zu 1) auszugehen. Nach der Rechtsprechung des BSG reicht ein häusliches Arbeitszimmer, von welchem aus die berufliche Tätigkeit koordiniert und wo eine Büroausstattung mit Computer, Drucker, Telefon und Akten vorgehalten wird, nicht über das hinaus, was in der modernen Lebenswirklichkeit auch in vielen privaten Haushalten beschäftigter Arbeitnehmer vorzufinden ist, und ist nicht qualitativ mit einer festen Geschäftseinrichtung oder Anlage zu vergleichen, die dem Betrieb eines Unternehmens dient (vgl. § 12 Satz 1 Abgabenordnung [AO]; BSG,

70

Urteil v. 18.11.2015, B 12 KR 16/13 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 m.w.N.; Senat, Urteil v. 6.4.2016, a.a.O.). Das gilt erst recht für ein mobiles Arbeitszimmer bestehend aus Laptop und Mobiltelefon, wie es der Beigeladene zu 1) allenfalls unterhielt.

(b) Vor dem Hintergrund der nach Auftragsannahme erwarteten, durchstrukturierten 24stündigen Tourbegleitung ist auch eine generelle Verfügbarkeit über die eigene Arbeitskraft bei dem Beigeladenen zu 1) zu verneinen. 71

(c) Der Beigeladene zu 1) hat die Tätigkeit zudem höchstpersönlich ausgeübt. Dies war zunächst aus Sicht des Senats zwingend, wenn der Kunde der Klägerin ihn als Fahrer anfragte und er dem gegenüber der Klägerin zustimmte. Aber auch darüber hinaus hat der Beigeladene zu 1) eigenständig keinen Ersatz gestellt. Stattdessen lag die Fahrerdisposition im Verantwortungsbereich des Zeugen T1. Letztlich hat der klägerische Geschäftsführer im Erörterungstermin geschildert, dass die jeweiligen Tourbegleiter zu der von ihnen zu betreuenden und zu chauffierenden Klientel passen mussten. Es lag daher nicht im Interesse der Klägerin, dass der Beigeladene zu 1) die Option erhielt, ihr unbekannte oder nicht genehme Fahrer ohne ausdrückliche vorherige Zustimmung statt seiner den Auftrag durchführen zu lassen. In diesem Fall riskierte sie die Verärgerung ihrer Kunden, die sich in einem eingeschränkten Marktsegment wie dem, in dem sich die Klägerin bewegt, schnell verbreitet und zu einem sich verringernenden Auftragsvolumen führen konnte. 72

(d) In Bezug auf die ausgeübte Tätigkeit unterlag der Beigeladene zu 1) auch keinem maßgeblichen unternehmerischen Risiko. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, USK 2008-45) ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist. Erforderlich ist ein Risiko, das über das Risiko hinausgeht, für den Arbeitseinsatz kein Entgelt zu erzielen (Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 3. Auflage, § 7 Rdnr. 94). Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (vgl. BSG, Urteil v. 28.5.2008, a.a.O.; Senat, Urteil v. 30.4.2014, L 8 R 376/12, juris). 73

(aa) Eine solche Ungewissheit ist zunächst nicht festzustellen, soweit es um den Einsatz der Arbeitskraft des Beigeladenen zu 1) geht. Denn er erhielt ein erfolgsunabhängiges Entgelt i.H.v. 120,00 EUR pro Tag, so dass er insoweit seine Arbeitskraft nicht mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt hat. Auslagen jeglicher Art (Fahrtkosten, Auslagen für Wäsche, Kaffee, Übernachtung etc.) erhielt er ersetzt, so dass auch kein weitergehender Kapitaleinsatz erkennbar ist. Das durch ihn getragene Insolvenzrisiko der Klägerin entspricht dem Risiko, welches auch ein Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber trägt. 74

(bb) Dem Ausschluss von Ansprüchen des Beigeladenen zu 1) auf bezahlten Erholungsurlaub oder Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall kommt keine maßgebliche Indizwirkung zu. Allein die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als abhängig Beschäftigter anzusehen ist, mit zusätzlichen Risiken rechtfertigt nicht die Annahme von Selbständigkeit im Rechtssinne (BSG, Urteil v. 18.11.2015, a.a.O.). Abgesehen davon ist die Überbürdung sozialer Risiken abweichend von der das Arbeitsrecht prägenden Risikoverteilung nur dann ein gewichtiges Indiz für unternehmerisches Handeln, wenn damit auch tatsächliche Chancen einer Einkommenserzielung verbunden sind, also eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten stattfindet (BSG, Urteil v. 11.3.2009, B 12 KR 21/07 R, USK 2009-25; Senat, Urteil v. 6.7.2016, a.a.O.), wofür im vorliegenden Fall jedoch nichts ersichtlich ist. 75

- (e) Der dem Beigeladenen zu 1) gezahlte Tagessatz von 120,00 EUR spricht auch nicht vor dem Hintergrund des durch das BSG zwischenzeitlich entwickelten Kriteriums der Eigenfürsorge für eine selbständige Tätigkeit (BSG, Urteil v. 31.3.2017, B 12 R 7/15 R, juris). Vor dem Hintergrund der während der Auftragszeit neben der eigentlichen Tätigkeitszeit bestehenden, durch die Klägerin mehrfach betonten 24stündigen Bereitschaft ist dieser bei einem Herunterbrechen auf einen Stundenlohn nicht mehr als insofern auskömmlich anzusehen. Dementsprechend kann der Senat offen lassen, ob nicht bereits dogmatische Erwägungen gegen die Anwendung dieses Kriterium sprechen (vgl. dazu noch: BSG, Urteil v. 19.6.2001, B 12 KR 44/00 R, SozR 3-2400 § 7 Nr. 18, Rdnr. 23). 76
- (f) Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe angemeldet hat, spricht gleichfalls nicht entscheidend für eine selbständige 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). 77
- (g) Dass der Beigeladene zu 1) für weitere Auftraggeber tätig geworden ist, gewinnt in der Gesamtschau jedenfalls keine maßgebliche Relevanz. Zwar kann dies als Indiz für eine selbständige Tätigkeit gewertet werden (BSG, Urteil v. 18.11.2015, B 12 KR 16/13 R, BSGE 120, 99), allerdings nur in der Zusammenschau mit weiteren für Selbständigkeit sprechenden Indizien. Davon hat sich der Senat indes nicht überzeugen können. Das gilt auch für das in diesem Zusammenhang durch das BSG beispielhaft überlegte Kriterium eines werbenden Auftritts am Markt. Entsprechende Unterlagen wurden nicht vorgelegt (z.B. Werbeauftritt für Tourbegleitertätigkeit im Rahmen eines Internetauftritts, Nachweis in Gewinnermittlungen für Werbekosten, etc.). Die bekannte Internetpräsenz des Beigeladenen zu 1) " ...net" bezieht sich nicht auf seine Tätigkeit als Tourbegleiter. Nach den Erläuterungen des Zeugen T1 ist ein werbender Auftritt des Beigeladenen zu 1) auch gar nicht erforderlich gewesen, da es sich um einen geschlossenen Markt handele, in welchem man sich untereinander kenne und in dem Fahrermangel herrsche. Zudem ist im Rahmen der Gewichtung dieses Indizes zu beachten, dass es auch bei abhängigen Beschäftigungen solche gibt, die zeitlich begrenzt nacheinander oder nebeneinander ausgeübt werden (vgl. § 8 Abs. 2 SGB IV, § 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III). 78
- (h) Ob die Zusammenarbeit zwischen den an dem Auftragsverhältnis Beteiligten von dem (ursprünglichen) Willen getragen war, ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht begründen zu wollen, kann letztlich offenbleiben. Diesem Willen kommt nach der Rechtsprechung des BSG indizielle Bedeutung nämlich nur zu, wenn er den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird bzw. die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen (vgl. BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 17 S. 38; BSG, Urteil v. 28.5.2008, B 12 KR 13/07 R, Die Beiträge 2008, 333 ff. juris Rdnr. 16). Nur unter diesen Voraussetzungen ist der in einem Vertrag dokumentierte Parteiwille überhaupt als ein auf Selbständigkeit deutendes Indiz in die Gesamtabwägung einzustellen. Allerdings folgt hieraus keine Vorfestlegung zugunsten des Bestehens einer selbständigen Tätigkeit. Hierbei ist das indizielle Gewicht umso geringer, je uneindeutiger die Vertragsgestaltung ist und je stärker die Widersprüche zu den tatsächlichen Verhältnissen sind. Überdies ist die indizielle Bedeutung abgeschwächt, wenn wegen eines erheblichen Ungleichgewichts der Verhandlungspositionen nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass alle Vertragsparteien in gleicher Weise die Möglichkeit hatten, ihre Wünsche bzgl. der Ausgestaltung des sozialversicherungsrechtlichen Status durchzusetzen (vgl. zum Fall der 79

Unerfahrenheit im Geschäftsverkehr BAG, Urteil v. 9.6.2010, 5 AZR 332/09, AP Nr. 121 zu § 611 BGB Abhängigkeit, juris Rdnr. 33).

Nach diesen Maßstäben kommt einem etwaigen, auf die Begründung eines freien Mitarbeiterverhältnisses zielenden Willen der an dem Auftragsverhältnis beteiligten Personen schon deshalb keine Indizwirkung zu, weil überwiegende Gesichtspunkte zugunsten eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses sprechen. In einem solchen Fall unterliegt der sozialversicherungsrechtliche Status keiner uneingeschränkten Dispositionsfreiheit der Beteiligten (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss v. 20.5.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Sozialversicherungsrecht ist öffentliches Recht und steht auch nicht mittelbar dadurch zur Disposition der am Geschäftsleben Beteiligten, dass diese durch die Bezeichnung ihrer vertraglichen Beziehungen über den Eintritt oder Nichteintritt sozialrechtlicher Rechtsfolgen verfügen können (Segebrecht in: jurisPK, a.a.O., § 7 Rdnr. 93). Der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung und ihre Natur als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts schließen es grundsätzlich aus, über die rechtliche Einordnung allein nach dem Willen der Vertragsparteien, ihren Vereinbarungen oder ihren Vorstellungen hierüber zu entscheiden (BSG, Urteil v. 18.12.2001, B 12 KR 8/01, a.a.O.; Urteil v. 3.4.2014, B 5 RE 13/14 R, SozR 4-2600 § 6 Nr. 12, Rdnr. 57).

80

dd) 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 selbständige Tätigkeit stehen, nicht in einem im Rahmen der Gesamtabwägung überwiegenden Umfang vorhanden waren.

81

c) Es sind darüber hinaus keine Versicherungsfreiheitstatbestände festzustellen.

82

aa) Zunächst konnte sich der Senat nicht vom Vorliegen einer hauptberuflichen Selbständigkeit des Beigeladenen zu 1) in der gesetzlichen Krankenversicherung gemäß § 5 Abs. 5 SGB V überzeugen. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 5 SGB V ist das Vorliegen einer hauptberuflich selbständigen Tätigkeit, die auf eine Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Die Abgrenzung zu dem Begriff der abhängigen Beschäftigung erfolgt nach allgemeinen Grundsätzen. Hauptberuflich ist eine selbständige Tätigkeit, wenn sie von der wirtschaftlichen Bedeutung und ihrem zeitlichen Aufwand her die übrigen Erwerbstätigkeiten zusammen deutlich übersteigt und den Mittelpunkt der Erwerbstätigkeit bildet (BSG, Urteil v. 23.7.2014, B 12 KR 16/12 R, SozR 4-5420 § 3 Nr. 3; Felix, in: jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 5 Rdnr. 111; Klose, in: Jahn, SGB V, § 5 Rdnr. 258 ff.).

83

Die Einkünfte des Beigeladenen zu 1) aus seinem Gesundheitsnetzwerk " ...net" hat dieser trotz wiederholter Anfrage des Senats nicht mitgeteilt. Auch seine Einkünfte als Fahrer/Tourbegleiter für andere Auftraggeber hat er nicht gänzlich offengelegt. So liegen dem Senat Rechnungen des Jahres 2008 nicht vor. Im Jahr 2007 scheidet die Annahme einer hauptberuflichen Selbständigkeit aufgrund übernommener Fahraufträge für dritte Auftraggeber bereits deshalb aus, weil die dortigen Einkünfte erheblich niedriger gewesen sind als die mit der Klägerin erwirtschafteten Beträge (2007: 6.270,00 EUR). Zwar lagen die Einnahmen im Jahr 2006 (6.762,00 EUR) und 2009 (16.182,00 EUR) über den der Klägerin in Rechnung gestellten Summen in Höhe von 2.896,75 EUR und 3.625,00 EUR. Allerdings konnte sich der Senat hinsichtlich der Ausgestaltung der dortigen Tätigkeit nicht von einer Selbständigkeit des Beigeladenen zu 1) überzeugen. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass einer seiner Hauptauftraggeber das Unternehmen Q GmbH gewesen ist. Mit diesem

84

Unternehmen arbeitete die Klägerin eng zusammen, so dass nach der Aussage des Zeugen T1 auch schon einmal ein Personalaustausch stattfand. Es bestehen daher gewichtige Gründe für die Annahme, dass auch dort eine abhängige Beschäftigung bestanden hat.

bb) Der Beigeladene zu 1) ist auch keiner unständigen Beschäftigung nachgegangen. Nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III sind Personen versicherungsfrei 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). Eine unständige Beschäftigung in diesem Sinne liegt aber dann nicht vor, wenn sich die einzelnen Beschäftigungen vereinbarungsgemäß in regelmäßigen zeitlichen Abständen wiederholen (z.B. 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, 12 RK 23/81). Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme gingen die Beteiligten generell davon aus, dass die Klägerin bei Kapazitätsengpässen versuchen würde, auf den Beigeladenen zu 1) zurückzugreifen, sodass von vornherein eine regelmäßige Wiederholung der beabsichtigten Einsätze vereinbar war.

d) Die Klägerin kann sich auch nicht auf einen späteren Beginn der Versicherungspflicht und demnach der Beitragserhebung berufen. Nach § 7b SGB IV in der Fassung vom 23.1.2006 trat im Fall, dass ein Versicherungsträger außerhalb des Verfahrens nach § 7a SGB IV das Vorliegen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung feststellte, die Versicherungspflicht erst mit dem Tag der Bekanntgabe dieser Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte zustimmte und für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hatte, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entsprach, und er oder sein Arbeitgeber weder vorsätzlich noch grob fahrlässig von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen sind.

Im vorliegenden Fall fehlt es bereits an der notwendigen Zustimmung des Beigeladenen zu 1). Sie kann auch nicht mehr nachgeholt werden. Die rückwirkend zum 1.1.1999 eingeführte Übergangsvorschrift des § 7b SGB IV (durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999, Bundesgesetzblatt [BGBl.] I 2000, S. 2) ist mit Ablauf des 31.12.2007 ohne weitere Übergangsvorschrift außer Kraft getreten (Art. 1 Nr. 4 Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 19.12.2007, BGBl. I 2007, S. 3024; vgl. BR-Drs. 543/07, S. 25). Ab dem 1.1.2008 fehlte es daher außerhalb von § 7a Abs. 6 SGB VI an einer Rechtsgrundlage für Versicherte, einem späteren Beginn der Versicherungspflicht zuzustimmen.

e) Die Höhe der festgesetzten Nachforderung ist nach der Begrenzung im Termin zur mündlichen Verhandlung am 30.8.2017 durch die Beklagte nunmehr zutreffend ermittelt. Bemessungsgrundlage für die Höhe der Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ist das beitragspflichtige Arbeitsentgelt (§ 168 SGB VI, § 227 SGB V, § 20 SGB XI, § 342 SGB III). Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs. 1 Satz 1 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus der Beschäftigung, gleichgültig ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden.

f) Die Forderung ist zudem unverjährt. Nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV verjähren Ansprüche auf Beiträge in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem sie fällig geworden sind. Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt oder dem Arbeitseinkommen zu bemessen sind, werden spätestens am drittletzten Bankarbeitstag des Monats, in dem die Beschäftigung oder Tätigkeit, mit der das Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt (§ 23 Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

aa) Die aus den Jahren 2007 bis 2009 resultierende Nachforderung ist nicht verjährt, da diesbezüglich die vierjährige Verjährungsfrist nach § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB IV greift, welche vor Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2011 (Beiträge für 2007) durch Erlass des Bescheid vom 23.5.2011 nach § 52 Abs. 1 SGB X gehemmt worden ist. 90

bb) Darüber hinaus ist auch die Nachforderung für das Jahr 2006 nicht verjährt. Nach § 25 Abs. 2 Satz 2 SGB IV ist die Verjährung für die Dauer einer Prüfung beim Arbeitgeber gehemmt. Dies gilt nicht, wenn die Prüfung unmittelbar nach ihrem Beginn für die Dauer von mehr als sechs Monaten aus Gründen unterbrochen wird, die die prüfende Stelle zu vertreten hat (Satz 3). Die Hemmung beginnt mit dem Tag des Beginns der Prüfung beim Arbeitgeber oder bei der vom Arbeitgeber mit der Lohn- und Gehaltsabrechnung beauftragten Stelle. Nach § 25 Abs. 2 Satz 4 SGB IV endet die Hemmung grundsätzlich mit der Bekanntgabe des Beitragsbescheides (§ 28p Abs. 1 Satz 5 SGB IV, § 37 Abs. 2 SGB X), spätestens aber sechs Kalendermonate nach Abschluss der Prüfung. Den Abschluss der Prüfung markiert zwar grundsätzlich das sog. Schlussgespräch, das die Funktion einer Anhörung i.S.d. § 24 SGB X hat. Erfolgt eine Anhörung allerdings - wie vorliegend auch - auf schriftlichem Wege, endet die Hemmung mit der Beendigung des Anhörungsverfahrens (vgl. Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 2. Aufl., § 25 SGB IV, Rdnr. 56). Die Prüfung begann mit einem für den 28.6.2010 beabsichtigten Prüfungsbeginn. Die Beklagte versandte sodann unter dem 7.1.2011 ein Anhörungsschreiben mit einer Stellungnahmefrist bis zum 7.2.2011. 91

Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird entsprechend § 209 BGB in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet. Die Hemmung beginnt mit dem Tag, an dem sich der Hemmungstatbestand verwirklicht hat, und endet mit dem Tag, an dem er weggefallen ist bzw. mit dem Tag, der ausdrücklich im Gesetz bezeichnet wird. Dabei werden der Tag, an dem der Hemmungsgrund entsteht, der Tag, an dem er entfällt, und die Tage dazwischen nicht in die Verjährung eingerechnet, die um 0 Uhr des folgenden Tages weiterläuft (Oberlandesgericht [OLG] Köln, Urteil v. 10.06.2008, 9 U 144/07, juris, Rn. 47). Die Hemmung begann damit am 29.6.2010. Die Restlaufzeit der Verjährung lief dann wieder ab dem 8.2.2011. Dies genügte, da der Bescheiderlass am 23.5.2011 erfolgt ist. 92

2. Die streitgegenständlichen Bescheide der Beklagten sind hingegen rechtswidrig, soweit die Beklagte darin Säumniszuschläge in Höhe von 4.419,00 EUR festgesetzt hat. 93

Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist für Beiträge und Beitragsvorschüsse, die der Zahlungspflichtige nicht bis zum Ablauf des Fälligkeitstages gezahlt hat, für jeden angefangenen Monat der Säumnis ein Säumniszuschlag von 1 v.H. des rückständigen auf 50,00 EUR nach unten abgerundeten Betrages zu zahlen. Wird eine Beitragsforderung durch Bescheid mit Wirkung für die Vergangenheit festgestellt, ist ein darauf entfallender Säumniszuschlag nicht zu erheben, soweit der Beitragsschuldner glaubhaft macht, dass er unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte (§ 24 Abs. 2 SGB IV). 94

Zwar hat die Klägerin vorliegend für den Beigeladenen zu 1) fällige Beiträge nicht gezahlt, jedoch kann sie sich nach § 24 Abs. 2 SGB IV im Hinblick auf die Erhebung von Säumniszuschlägen exkulpieren. Denn sie hat im Sinne dieser Norm unverschuldet keine 95

Kenntnis von der Zahlungspflicht gehabt. Danach ist ihr - entgegen der Ansicht der Beklagten - nämlich nur eine vorsätzliche Unkenntnis der Zahlungspflicht vorwerfbar (dazu unter a). Eine vorsätzliche Unkenntnis des Geschäftsführers der Klägerin ist hingegen unter Zugrundelegung der nachfolgenden Maßstäbe und unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte dieses Einzelfalls zur Überzeugung des Senats nicht feststellbar (dazu unter b).

a) Für die Frage, ob in diesem Sinne unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht vorgelegen hat, ist in Ermangelung anderer, begründeter Maßstäbe auf diejenigen zurückzugreifen, die das BSG für die Beurteilung des Vorsatzes im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV entwickelt hat (BSG, Urteil v. 26.1.2005, B 12 KR 3/04 R, SozR 4-2400 § 14 Nr. 7; BSG, Urteil v. 9.11.2011, B 12 R 18/09 R, BSGE 109, 254). Der von dieser Norm erfasste Vorsatzbegriff schließt den bedingten Vorsatz ein (BSG, Urteil v. 30.3.2000, B 12 KR 14/99 R, SozR 3-2400 § 25 Nr. 7 S. 35 m.w.N.). Für diesen ist ausreichend, dass der Beitragsschuldner seine Beitragspflicht für möglich gehalten, die Nichtabführung der Beiträge aber billigend in Kauf genommen hat (BSG, Urteil v. 30.3.2000, a.a.O.). Der hiesige Senat hat sich dieser Auffassung des für Revisionsverfahren in Betriebsprüfungen zuständigen 12. Senats des BSG bereits ausdrücklich angeschlossen (Senat, Urteil v. 22.6.2016, L 8 R 1024/14, juris) und hält daran auch weiterhin fest. 96

Ein Rückgriff auf die in § 276 Abs. 1 Satz 1, 2 BGB geregelten Verschuldensmaßstäbe der einfachen und groben Fahrlässigkeit ist demgegenüber im Rahmen des § 24 Abs. 2 SGB IV zur Überzeugung des Senats nicht statthaft. Nach § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist. Fahrlässig handelt dabei nach § 276 Abs. 2 BGB derjenige, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Bei Anwendung dieses Maßstabes führt bereits leichteste Fahrlässigkeit des Arbeitgebers zu der Erhebung von Säumniszuschlägen (so für eine analoge Anwendung des § 24 Abs. 2 SGB IV im Rahmen der Nachversicherung: BSG, Urteil v. 1.7.2010, B 13 R 67/09 R, SozR 4-2400 § 24 Nr. 5; noch ohne ausdrückliche Festlegung auf einen bestimmten Verschuldensmaßstab: BSG, Urteil v. 12.2.2004, B 13 RJ 28/03 R, BSGE 92, 159; einen Gleichlauf zwischen § 24 Abs. 2 SGB IV und § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV annehmend: BSG, Urteil v. 17.4.2008, B 13 R 123/07 R, BSGE 100, 215, Rdnr. 22, 25; ohne nähere Begründung auf § 276 BGB abstellend: Zieglmeier in: Kasseler Kommentar, SGB IV, Stand Mai 2017, § 24 Rdnr. 46; Wagner in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, BeckOK-SGB IV, Stand 6/2017, § 24 Rdnr. 12; Segebrecht in: jurisPK-SGB IV, 3. Auflage, § 24 Rdnr. 41; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil v. 2.3.2016, L 2 R 327/15, juris). 97

aa) Für die Anwendbarkeit des § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB spricht zunächst nicht der Wortlaut des § 24 Abs. 2 SGB IV. Dieser Norm ist gerade nicht zu entnehmen, dass ein im SGB IV verorteter Verschuldensbegriff nach der im Zivilrecht herrschenden Zurechnungsnorm des § 276 BGB zu bestimmen ist. Während § 24 Abs. 2 SGB IV fordert, dass der Schuldner "unverschuldet" keine Kenntnis der Zahlungspflicht gehabt hat, regelt § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB die Frage, wann ein Schuldner einen Umstand "zu vertreten" hat. 98

bb) Auch den Gesetzgebungsmaterialien ist keine Bezugnahme auf den Verschuldensmaßstab des § 276 BGB zu entnehmen. Die vorliegend anzuwendende Fassung des § 24 SGB IV geht auf das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Sozialgesetzbuch über den Schutz der Sozialdaten sowie zur Änderung anderer Vorschriften (Zweites Gesetz zur Änderung des Sozialgesetzbuches [2. SGBÄndG], BGBl. 1994, I 1229) 99

zurück. Der § 24 SGB IV wurde dort auf Forderung des Bundesrechnungshofes zum 1.1.1995 neu gefasst. Die Erhebung von Säumniszuschlägen stand zuvor im Ermessen des jeweiligen Versicherungsträgers. Zudem war bei der Erhebung eine einwöchige Schonfrist für den Arbeitgeber zu berücksichtigen. Beides wurde im Rahmen des 2. SGBÄndG entfernt und die insoweit verschärfte Fassung des § 24 SGB IV grundsätzlich der Vorschrift des § 240 AO nachgebildet (BT-Drs. 12/5187, S. 27f.). Abweichend zur AO sah der Gesetzgeber allerdings eine Regelung für Fallgestaltungen als erforderlich an, in denen Beiträge durch Bescheid rückwirkend festgestellt wurden und der Beitragsschuldner unverschuldet keine Kenntnis von der Zahlungspflicht hatte (BT-Drs. 12/5187, S. 30). Zweck dieser Ausnahme war es, die durch die Verschärfung insbesondere aufgrund der Schaffung einer nunmehr gebundenen - statt wie zuvor von Ermessenserwägungen geleiteten - Entscheidung des Versicherungsträgers möglich gewordene Erhebung von Säumniszuschlägen in Härtefällen auszuschließen. Um die Anwendbarkeit des § 24 Abs. 2 SGB IV auch darüber hinaus nicht zu erschweren, sollte die Glaubhaftmachung der Unkenntnis ausreichen (BT-Drs. 12/5187, S. 27f.). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den § 24 Abs. 2 SGB IV als Korrektiv angesehen hat, der zur möglichen Vermeidbarkeit der Erhebung von Säumniszuschlägen in Fällen schlichter Rechtsirrtümer bei entsprechender Glaubhaftmachung des Schuldners führen sollte. Die weiter bestehende Möglichkeit des Erlasses nach § 76 Abs. 2 Nr. 3 SGB IV durch die zuständige Einzugsstelle in Fällen, in denen die Einziehung nach Lage des Einzelfalles unbillig wäre, hat der Gesetzgeber gerade nicht als ausreichend angesehen.

cc) Des Weiteren ist weder in systematischer Hinsicht noch nach dem Sinn und Zweck des § 24 Abs. 2 SGB IV die Anwendbarkeit des § 276 Abs. 1 BGB geboten. 100

(1) Zunächst verkennt der Senat nicht, dass innerhalb der Norm des § 28g Satz 3 SGB IV auf den Verschuldensmaßstab des § 276 BGB zurückgegriffen wird (vgl. Segebrecht in: jurisPK, SGB IV, § 28g Rdnr. 24). Danach kann ein unterbliebener Beitragsabzug grundsätzlich nur bei den drei nächsten Lohn- und Gehaltsabrechnungen nachgeholt werden. Das gilt dann nicht, wenn der Abzug "ohne Verschulden" des Arbeitgeber unterblieben ist. Die Besonderheit in diesem Fall liegt jedoch darin, dass § 28g SGB IV das Innenverhältnis zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten und damit eine zivilrechtlich geprägte Rechtsbeziehung regelt (BT-Drucksache 11/2221, S. 24; vgl. zu den Auswirkungen statt vieler: Landesarbeitsgericht [LAG] Berlin-Brandenburg, Urteil v. 26.1.2010, 6 Sa 1814/10; LAG Rheinland-Pfalz, Urteil v. 9.7.2015, 2 Sa 8/15, jeweils juris). Vorliegend handelt die Beklagte gegenüber der Klägerin jedoch öffentlich-rechtlich. 101

(2) Es folgt im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt zudem aus dem unterschiedlichen Wortlaut des § 24 Abs. 2 SGB IV ("unverschuldet") gegenüber dem des § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV ("vorsätzlich") im Umkehrschluss keine andersgeartete Auslegung des Verschuldensmaßstabs innerhalb dieser Normen. Zum einen deutet der Begriff "unverschuldet" nicht zwingend auf einen Verschuldensmaßstab, der sich sowohl auf Vorsatz als auch auf Fahrlässigkeit bezieht. Zum anderen zeigt sich gerade an dem ebenfalls zu diesem Normenkomplex gehörigen § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV, dass der Wortlaut einer Regelung nicht zwingend Auskunft über den anzuwendenden Verschuldensmaßstab gibt. Nach dieser Norm gilt ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden sind. Obgleich nach dem Wortlaut ausdrücklich ein Verschulden des Arbeitgebers nicht gefordert wird, hat das BSG im Wege der teleologischen Reduktion unter Bezugnahme auf den Normzusammenhang zu § 14 Abs. 2 Satz 1 SGB IV und § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV ein subjektives Element in Form des Vorsatzes als weitere 102

zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Norm angesehen (BSG, Urteil v. 9.11.2011, a.a.O., unter weiterer Bezugnahme auf § 266a Strafgesetzbuch [StGB]).

(3) In diesem Zusammenhang zeigt sich überdies, dass die Festsetzung von hochgerechnetem Entgelt i.S.d. § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV unter möglicherweise erfolgreicher Berücksichtigung einer 30jährigen Verjährungsfrist nach § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV sowie von Säumniszuschlägen nach § 24 Abs. 1 SGB IV ohne die Exkulpationsmöglichkeit des § 24 Abs. 2 SGB IV in der Beitragsnacherhebung ein in sich geschlossenes, sanktionsähnliches Instrumentarium des Versicherungsträgers darstellt. Die Anwendung dieses Instrumentariums bei dem betroffenen Arbeitgeber bedarf eines vereinheitlichten Verschuldensmaßstabs. Diesen Gedanken verfolgt auch das BSG, denn danach sollen z.B. schlichte Berechnungsfehler und bloße versicherungs- und beitragsrechtliche Fehlbeurteilungen, die ebenfalls zu einer Nichtzahlung von Steuern und Beiträgen führen können, aus dem Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV herauszunehmen sein, weswegen gerade ausdrücklich auf den gleichen Verschuldensmaßstab, der auch bei § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV und § 24 Abs. 2 SGB IV zur Anwendung gelangt, zurückgegriffen wird (BSG, Urteil v. 9.11.2011, a.a.O.). Das gilt umso mehr, als die Beitragsnacherhebung an sich für den Arbeitgeber bereits deshalb zu einer Mehrbelastung führt, da ihm durch die verspätete Zahlung grundsätzlich der Beitragsabzug nach § 28g Satz 2, 3 SGB IV verwehrt bleibt.

103

(4) Soweit über § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB darüber hinaus ein fahrlässiges Verhalten in den Verschuldensbegriff des § 24 Abs. 2 SGB IV einbezogen werden soll, widerspricht dies letztlich auch dem im SGB IV angelegten Sorgfaltsmaßstab. Im Zivilrecht herrscht kein individueller, sondern, wie sich aus § 276 Abs. 2 BGB unmittelbar ergibt, ein auf die allgemeinen Verkehrsbedürfnisse ausgerichteter objektiv-abstrakter Sorgfaltsmaßstab. Nicht die - größere oder geringere - individuelle Fähigkeit zur Voraussicht und Vermeidung des missbilligten Erfolges entscheiden im Zivilrecht als maßgeblicher Standard über die Sorgfaltsanforderungen, sondern die im Verkehr verlangten Fähigkeiten (statt vieler: BGH, Urteil v. 13.2.2001, VI ZR 34/00, NJW 2001, 1786; BGH Urteil v. 27.3.2003, IX ZR 399/99, NJW 2003, 2022, 2024; Caspers in: Staudinger, BGB, 2014, § 276 Rdnr. 29 m.w.N.).

104

(a) Vor diesem Hintergrund fehlt es - unter hypothetischer Zugrundelegung der Ansicht der Beklagten - durch sie bereits an einer Bestimmung der maßgeblichen Verkehrskreise. Sie definiert gerade nicht die Angehörigen der betroffenen Gruppe, auf deren durchschnittliche Fähigkeiten, Umsicht und Sorgfalt nach ihrer Ansicht abzustellen ist. Denn die von ihr bevorzugte objektive Betrachtungsweise steht einer Berufung auf individuell mangelnde Kenntnisse und fehlende Erfahrungen entgegen (BGH, Urteil v. 27.3.2003, a.a.O.).

105

(b) Nach der Rechtsprechung des BSG ist diese Sichtweise allerdings bereits deshalb ausgeschlossen, weil im Rahmen des subjektiven Tatbestands die konkreten Umstände des Einzelfalles und die des betroffenen Beitragsschuldner individuell zu ermitteln sind (BSG, Urteil v. 16.12.2015, B 12 R 11/14 R, BSGE 120, 209; BSG, Urteil v. 18.11.2015, B 12 R 7/14 R, USK 2015-147, jeweils zu § 25 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Die Heranziehung einer objektivierten Betrachtung ist damit gerade nicht möglich. Dass dieser individuelle Sorgfaltsmaßstab nur im Rahmen des Vorsatzes und nicht auch - wie im Strafrecht - für die Frage der Fahrlässigkeit Relevanz besitzt, ist weder erkennbar noch im Sozialrecht üblich (vgl. z.B. §§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2, 3, 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, 4 SGB X, die ebenfalls auf den individuellen Verständnishorizont abstellen: Schütze in: von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Auflage, § 45 Rdnr. 58 und § 48 Rdnr. 23). Für einen Gleichlauf innerhalb des Sorgfaltsmaßstab spricht ferner, dass das BSG unter Bezugnahme auf die Schnittstelle zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit darauf verweist, dass Fehler bei

106

der Beitragsentrichtung in diesen Fällen nicht selten nur auf fahrlässiger Rechtsunkenntnis beruhen und die - insofern ebenfalls nach individuellem Maßstab bestimmte - Form der bewussten Fahrlässigkeit, bei welcher der Handelnde die Möglichkeit der Pflichtverletzung zwar erkennt, jedoch darauf vertraut, die Pflichtverletzung werde nicht eintreten, dennoch nicht ausreicht (BSG, Urteil v. 16.12.2015, a.a.O.).

b) Aufgrund der im gerichtlichen Verfahren gewonnenen Erkenntnisse einschließlich der Eindrücke von dem Geschäftsführer der Klägerin im Termin zur Erörterung des Sachverhaltes kann zur Überzeugung des Senats in dem vorliegenden Einzelfall eine vorsätzliche Unkenntnis der Zahlungspflicht der Klägerin nicht festgestellt werden. 107

aa) Der subjektive Tatbestand ist dabei bezogen auf die konkreten Umstände des Einzelfalles und den betreffenden Beitragsschuldner individuell zu ermitteln; die Feststellungslast für den subjektiven Tatbestand trifft im Zweifel den Versicherungsträger. Ist eine natürliche Person Beitragsschuldner, wird im Regelfall die Feststellung ihrer Kenntnis von der Beitragspflicht und der Umstand, dass die Beiträge nicht rechtzeitig gezahlt wurden, genügen, um gleichermaßen feststellen zu können, dass dieser Beitragsschuldner die Beiträge (zumindest bedingt) vorsätzlich vorenthalten hat. Die Rechtspflicht zur Beitragszahlung hat zur Folge, dass das Unterlassen der Zahlung einem aktiven Handeln gleichzustellen ist. Aus einem aktiven Handeln im Bewusstsein, so vorzugehen, folgt in aller Regel auch das entsprechende Wollen (BSG, Urteil v. 16.12.2015, a.a.O., m.w.N.). "Kenntnis" in diesem Sinne ist das sichere Wissen darum, rechtlich und tatsächlich zur Zahlung der Beiträge verpflichtet zu sein. Nicht ausreichend ist hingegen eine bloße Fahrlässigkeit, auch in der Form der "bewussten Fahrlässigkeit", bei welcher der Handelnde die Möglichkeit der Pflichtverletzung zwar erkennt, jedoch darauf vertraut, die Pflichtverletzung werde nicht eintreten (BSG, Urteil v. 16.12.2015, a.a.O.; BSG, Urteil v. 18.11.2015, a.a.O.; Senat, Urteil v. 22.6.2016, a.a.O.). 108

bb) Ist nicht eine natürliche Person, sondern - wie vorliegend - eine juristische Person Beitragsschuldner, ist in erster Linie auf die Kenntnis der für sie handelnden vertretungsberechtigten Organwalter (vgl. BGH, Urteil v. 8.12.1989, V ZR 246/87, NJW 1990, 975 m.w.N.) abzustellen. Handelt es sich - wie hier - um eine GmbH, ist also die Kenntnis zumindest eines der Geschäftsführer maßgebend. Außerdem ist das Wissen derjenigen Mitarbeiter zuzurechnen, die mit der Wahrnehmung der Pflichten des Arbeitgebers bei der Zahlung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gemäß § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV bevollmächtigt sind. Darüber hinaus kann das Wissen anderer Mitarbeiter zuzurechnen sein, sofern dieses Wissen bei ordnungsgemäßer Organisation im Betrieb weiterzugeben und im Rahmen der Erfüllung der Arbeitgeberpflichten abzufragen ist (vgl. BGH, Urteil v. 13.12.2000, V ZR 349/99, NJW 2001, 359; BSG, Urteil v. 16.12.2015, a.a.O.). 109

(1) Nach diesen Grundsätzen ist eine vorsätzliche Unkenntnis des Organwalters der Klägerin nicht festzustellen, denn eine solche kann dem Zusammenspiel der im vorliegenden Einzelfall berücksichtigten Indizien und der auf dieser Basis durch die Klägerin durchgeführten Abwägung, auf deren Grundlage sich ihre Statusbeurteilung bezüglich des Beigeladenen zu 1) gebildet und verfestigt hat, nicht entnommen werden. 110

Zunächst entspricht der klägerische Wille zur Selbständigkeit des Beigeladenen zu 1), der im Rahmen der vorliegend anzustellenden individuell-subjektiven Betrachtung herangezogen werden kann, einem branchenüblichen Phänomen und dem sich innerhalb dieses überschaubaren Marktsegments offensichtlich herausgebildeten Selbstverständnis vieler Tourbegleiter und deren Auftraggeber. Dementsprechend hat auch der Geschäftsführer der Klägerin im Erörterungstermin vom 8.4.2016 dargelegt, dass der Unterschied zwischen den 111

festangestellten Fahrern und den freiberuflich tätigen Tourbegleitern maßgeblich in ihrer Einstellung und Motivation liege, da die Möglichkeit, weitgehend eigenverantwortlich tätig zu werden, demgegenüber im Auftragszeitraum allerdings 24 Stunden zur Verfügung zu stehen, erhebliche Belastungen nach sich ziehe.

Dementsprechend hat der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe angemeldet. Die Klägerin achtete 112 nach der Aussage des Zeugen T1 ferner darauf, dass der eigenständig sichergestellte Kranken- und Unfallversicherungsschutz dargelegt wurde. Der Beigeladene zu 1) stellte gegenüber der Klägerin Rechnungen. Zwar hat die Klägerin auch unstreitig festangestellte Tourbegleiter beschäftigt, die während einer Tour vergleichbare Tätigkeiten verrichteten wie diejenigen, die auf Honorarbasis für sie gefahren sind, und zudem auch eine vergleichbare Behandlung durch den Disponenten der Klägerin, den Zeugen T1, erfahren haben. Allerdings bestand ein weiterer, aus Sicht der Klägerin relevanter Unterschied zwischen beiden Fahrergruppen, nämlich dass nach Auskunft des Zeugen T1 die festangestellten Fahrer auch gelegentlich für Linienfahrten eingesetzt worden sind.

Die der Klägerin vorliegende Bescheidlage konnte ferner unter Berücksichtigung der 113 zugrunde zu legenden individuellen Einsichtsfähigkeit als ihre selbständige Statusbeurteilung stützend angesehen werden. So stellte die Beigeladene zu 2), wenn auch erst nach Erlass der vorliegend streitigen Bescheide, mit Bescheid vom 24.1.2013 fest, dass der Beigeladene zu 1) ab dem 29.6.2006 nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung unterliege, da er als selbständig tätige Person nicht auf Dauer nur für einen Auftraggeber tätig ist. Der Klägerin waren darüber hinaus vergleichbare frühere Bescheide bekannt, die gegenüber anderen Tourbegleitern ergangen sind. Sie hat in diesem Zusammenhang eine weitere Entscheidung der Beigeladenen zu 2) (Bescheid v. 27.10.2011), der Deutschen Rentenversicherung (DRV) Mitteldeutschland (Bescheid v. 16.11.2011), der Beklagten (Bescheid v. 2.3.2012) und der DRV Berlin-Brandenburg (Bescheid v. 13.12.2011) jeweils nach § 2 Satz 1 Nr. 9 SGB VI sowie der DRV Knappschaft-Bahn-See (Bescheid vom 6.11.2010) nach § 2 Satz 1 Nr. 10 SGB VI vorgelegt. In diesen Bescheiden wird jeweils die Selbständigkeit der Tourbegleiter bereits vorausgesetzt. Der Klägerin lag zudem auch ein Bescheid der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) vom 16.2.2005 nach § 7a SGB IV vor, wonach eine Tätigkeit eines nicht in das vorliegende Verfahren involvierten Tourbegleiters im Bereich Event- und Touringservice für einen bestimmten Auftraggeber (nicht die Klägerin) als selbständige Tätigkeit gewertet worden ist.

Letztlich verwies der Zeuge T1 auf die im streitgegenständlichen Zeitraum uneinheitliche 114 Rechtsprechung zum Status eines Fahrers ohne eigenes Fahrzeug. Diese Sichtweise stützt, dass auch die Transportfahrer-Entscheidung des BSG erst im Jahr 2009 und damit erst gegen Ende des streitigen Zeitraums ergangen ist (Urteil v. 11.3.2009, B 12 KR 21/07 R, USK 2009-25).

(2) Der Senat kann vor diesem Hintergrund letztlich offen lassen, ob die Klägerin ein 115 Fahrlässigkeitsvorwurf trifft. Lediglich ergänzend ist allerdings darauf zu verweisen, dass - unabhängig von dem anzuwendenden Verschuldensmaßstab - auch darüber hinaus erhebliche Bedenken dagegen bestehen, dass die Beklagte bereits dann generell eine den § 24 Abs. 2 SGB IV ausschließende fahrlässige Unkenntnis annehmen möchte, wenn für das zu beurteilende Rechtsverhältnis weder ein Antrag auf Statusfeststellung bei der zuständigen Clearingstelle nach § 7a SGB IV noch bei der zuständigen Einzugsstelle nach § 28h SGB IV gestellt worden ist.

(a) Dabei hat sie zunächst bereits unberücksichtigt gelassen, dass der Beigeladene zu 1) am 116 18.1.2012 einen Antrag auf Statusfeststellung bei der Clearingstelle der Beigeladenen zu 2)

gestellt hat (Bescheid v. 16.2.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.11.2012, Berufung gegen den Gerichtsbescheid des SG Freiburg v. 11.11.2013, derzeit anhängig beim LSG Baden-Württemberg, L 5 KR 5344/13). Insofern wäre der Unterlassensvorwurf bereits deshalb dahingehend zu konkretisieren gewesen, dass es an einem rechtzeitigen, nämlich zu Beginn der Rechtsbeziehung gestellten, Antrages fehlt.

(b) Zwar kann das Fehlen eines solchen Antrages ein Indiz für vorwerfbares Handeln darstellen, allerdings nicht pauschal, sondern nur unter Wertung sämtlicher Gesichtspunkte des Einzelfalls (BSG, Urteil v. 9.11.2011, a.a.O., Rdnr. 33; Segebrecht in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 25 SGB IV, Rdnr. 33 m.w.N.). Dies ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Konzeption des § 7a SGB IV, denn das dortige Antragsverfahren ist bis auf die in § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV geregelten Fälle nicht obligatorisch, sondern freiwillig. Es muss daher für einen Arbeitgeber auch die grundsätzliche Möglichkeit verbleiben, seinen Pflichten nach § 28a SGB IV nachzukommen und eine auf einer Gesamtabwägung beruhende und damit auch gegebenenfalls von der Sichtweise der Beklagten abweichende Statusbeurteilung zu treffen, ohne dass ein entsprechender Antrag gestellt wird.

117

Andernfalls führt die Annahme der Beklagten im Rahmen von Statusfragen dazu, dass für die Exkulpationsmöglichkeit des § 24 Abs. 2 SGB IV kein Anwendungsbereich mehr verbliebe. Denn unterlässt ein Arbeitgeber die Antragstellung, wäre ihm nach Sicht der Beklagten eine die Befreiung von den Säumniszuschlägen ausschließende fahrlässige Unkenntnis vorzuwerfen. Stellt der Arbeitgeber hingegen einen solchen Antrag, wäre ihm entweder je nach Ausgang des Statusverfahrens vorsätzliches Verhalten vorzuwerfen, oder die Beitragsforderung entfielen bereits mangels Versicherungspflicht. Ein gesetzgeberischer Wille dahingehend, dass die in § 24 Abs. 2 SGB IV geregelte Möglichkeit des Arbeitgebers, sich zu entlasten, im Bereich der Beurteilung von Versicherungspflicht keinen Anwendungsbereich mehr hat, ist vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen der Norm indessen nicht anzunehmen.

118

(c) Letztlich weicht die Auffassung der Beklagten auch qualitativ von der nach § 138 Abs. 2 SGB VI getroffenen verbindlichen Entscheidung des Bundesvorstands der DRV Bund ab. Den dort geregelten Fallgruppen, in denen eine Berufung auf § 24 Abs. 2 SGB IV nicht in Betracht kommen soll (z.B. Schwarzarbeit und illegale Beschäftigung, Nichtauswertung von Lohnsteuerprüfberichten, Nichtberücksichtigung früherer Beanstandungen aus Betriebsprüfungen, unterbliebene Abführung von Beiträgen nach arbeitsgerichtlichen Entscheidungen, die Zahlungsansprüche der Beschäftigten betreffen, wenn die Ermittlung der voraussichtlichen Beitragsschuld im Sinne des § 23 SGB IV nicht gewissenhaft vorgenommen wurde, wenn bei identischen Sachverhalten unterschiedliche Beurteilungen vorgenommen wurden: Segebrecht in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 24 SGB IV Rdnr. 45), ist der Verzicht auf ein Verfahren nach §§ 7a, 28h SGB IV nicht in jedem Fall vergleichbar. Denn die in dieser Entscheidung angesprochenen Fallgruppen betreffen solche Konstellationen, in denen sich dem Arbeitgeber die Klärungsbedürftigkeit des versicherungsrechtlichen Status unmittelbar aufdrängen muss, weil deutlich überwiegende Gesichtspunkte für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung vorliegen. Damit ist der Fall einer gewissenhaft vorgenommenen, gleichwohl fehlerhaften Statusbeurteilung nicht vergleichbar.

119

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 SGG i.V.m. §§ 155 Abs. 1 Satz 1, 162 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung.

120

Gründe im Sinne des § 160 Abs. 2 SGG, die Revision zuzulassen, sind nicht gegeben. Die Frage des in § 24 Abs. 2 SGB IV anzuwendenden Verschuldensmaßstabs ist durch den für

121

Betriebsprüfungen zuständigen 12. Senat des BSG als geklärt anzusehen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass er seine Ansicht nach der Entscheidung des 13. Senats des BSG vom 1.7.2010 (a.a.O.), der im Übrigen diese lediglich im Rahmen einer entsprechenden Anwendung des § 24 Abs. 2 SGB IV geäußert hat (vgl. dazu BSG, Urteil v. 29.11.2007, B 13 R 48/06 R, BSGE 99, 227, Rdnr. 28), nochmals bekräftigte (BSG, Urteil v. 9.11.2011, a.a.O.).

Die Festsetzung des Streitwertes in Höhe der zunächst mit dem Bescheid festgestellten Beitragsforderung einschließlich der festgesetzten Säumniszuschläge, die sich mit der vorgenommenen weiteren Abtrennung auf die Nachforderung einschließlich Säumniszuschläge für den Beigeladenen zu 1) begrenzt hat, beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 63 Abs. 2, § 52 Abs. 1 und 3, § 47 Abs. 1 Gerichtskostengesetz. 122