

L 4 KR 763/04

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Konstanz (BWB)
Aktenzeichen
S 7 R 1324/03
Datum
16.01.2004
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 763/04
Datum
24.02.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 16. Januar 2004 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens streitig, ob der Kläger Fahrtätigkeiten für drei Unternehmen im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit durchführt bzw. durchgeführt hat.

Der am 1964 geborene Kläger war nach seiner Ausbildung zum Kfz-Mechaniker von 1985 bis September 2001 überwiegend als Busfahrer und zeitweise als LKW-Fahrer beschäftigt.

Zum 01. Oktober 2001 nahm er eine Tätigkeit auf, die er selbst als "Reise- und Fahrdienst" bezeichnet. Entsprechend firmiert er ausweislich des von ihm verwendeten Briefkopfs mit "M. Reise- und Fahrdienst". Im Rahmen dieser Tätigkeit bietet er sich anderen Unternehmen als Fahrer für Busse, LKW und Forstmaschinen mit deren Fahrzeugen sowie für Fahrzeugüberführungen an; ferner führte er Botendienste mit einem eigenen PKW durch.

Mit am 21. November 2001 eingegangenem Antrag vom 19. November 2001 beantragte der Kläger bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA), Rechtsvorgängerin der Beklagten (im Folgenden einheitlich als Beklagte bezeichnet), die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Er beschrieb seine Tätigkeiten und gab als Auftraggeber u.a. die Firma J. S. Busbetrieb (im Folgenden: Firma S.), die K.-Touristik GmbH & Co. KG (im Folgenden: Firma K.) und die Firma T. Handel und Spedition (im Folgenden Firma T.) an. Zu seinem unternehmerischen Handeln gab er bezüglich des eigenen Kapitaleinsatzes den Kauf eines speziellen PKW für Material, Getränke und Speisen sowie Dekorationsmaterial an, ferner ein eigenes Büro/Arbeitszimmer unter seiner Wohnanschrift. Seine Kalkulation erfolge auf der Grundlage der eigenen Fixkosten zuzüglich Steuer und Versicherung sowie eines Restgewinns. Zur Preisgestaltung äußerte er sich dahingehend, dass Kunden anfragten und er entscheide, ob er Aufträge annehme oder nicht. Seine Werbemaßnahmen beschrieb er mit "eigene Erstellung von Flyern, Anzeigen, Werbematerial usw.". Arbeitnehmer/Auszubildende mit einem monatlichen Arbeitsentgelt von mehr als DM 630,00 beschäftige er nicht. Unter dem 22. Januar 2002 ergänzte er die Beschreibung seiner Tätigkeit mit "Ausarbeitungen von Gruppenreisen und Vermittlungen zu Busunternehmen". Weiter gab er an, schriftliche Verträge mit seinen Auftraggebern seien nicht vorhanden; es existierten lediglich mündliche Absprachen. So frage beispielsweise ein Busunternehmen oder ein LKW-Betrieb telefonisch an, ob er an einem bestimmten Tag eine Tour fahren könne oder nicht. Dabei sei nur ausgemacht, wie hoch der Tagesverdienst sei. Bei Kurierfahrten setze er seinen eigenen PKW ein. Dabei fahre er so wie er Lust habe, drei oder viermal die Woche oder auch überhaupt nicht. Er teile sich auch die Tageszeiten (vormittags oder nachmittags) selbst ein. Er legte an die Firmen Strauss-Reisen, S., K. und T. gerichtete Rechnungen aus den Jahren 2001 und 2002 vor. Im Rahmen eines im Februar 2002 geführten Telefonats ergänzte der Kläger seine Angaben dahingehend, als Busfahrer ohne eigenen Bus tätig zu sein.

Mit Schreiben vom 11. Februar 2002 führte die Beklagte dem Kläger gegenüber aus, seine Tätigkeit als Kurierfahrer übe er nach Gesamtwürdigung aller Umstände nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis aus. Bezüglich der Tätigkeit als Busfahrer erhalte er gesondert Nachricht.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2002 hörte die Beklagte den Kläger zu der beabsichtigten Feststellung, dass er als Busfahrer im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig sei, an. Dieser teilte daraufhin unter dem 18. Juli 2002 mit, er beabsichtige zukünftig eigene

Angestellte bei der Krankenkasse anzumelden, die für ihn im Bus den Service machen sollten, wenn er eine Tour fahre (Hostessen). Mit dem Einsatz eigener Angestellter liege ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit vor. Mit Schreiben vom 19. Juli 2002 ergänzte er seine Angaben dahingehend, Angestellte zu haben, die ihm sein Büro machten und auch bei den meisten Reisen als Busbegleiter bzw. Hostessen angestellt seien. Da er deren Kosten, einschließlich Sozialleistungen, selber tragen müsse, müsse er seinen Kunden einen erheblich höheren Tagessatz berechnen als andere Kollegen. Darin sehe er für sich schon ein Risiko dadurch, dass er keine Aufträge mehr bekomme, falls er diese Leistung nicht mehr anbieten könne. Dagegen habe er in den letzten Wochen durch sein Auftreten als Team aber auch erhebliche Vorteile gehabt. Jedoch müsse der Kunde diese Leistung bezahlen. Ausweislich eines Aktenvermerks vom 31. Juli 2002 gab der Kläger gegenüber der Beklagten hierzu telefonisch weiter an, er wolle Auftraggebern mit Bus seine Dienste als Fahrer mit Busbegleitung anbieten. Die Begleitung wolle er allerdings nur auf seinen eigenen Fahrten einsetzen, diese jedoch nicht im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung an Busunternehmer verleihen. Mit Schreiben vom 22. Februar 2002 wandte sich die Beklagte mit einem Auskunftersuchen an die Firmen S., K. und T., wobei die Firmen S. und K. die ihnen übersandten Formulare "Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status" unter dem 28. Februar 2002 bzw. 18. März 2003 ausgefüllt vorlegten.

Nach Anhörung der genannten Firmen stellte die Beklagte mit Bescheiden vom 20. August, 10. September und 14. November 2002 fest, dass der Kläger seine Tätigkeit als Busfahrer ohne eigenen Bus für die Firmen K. und S. sowie seine Tätigkeit als Busfahrer für die Firma T. im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Sie legte die für eine Beschäftigung bzw. eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale dar und führte aus, der Kläger sei in die Arbeitsorganisation der jeweiligen Arbeitgeber eingebunden, die ihm einseitig im Wege des Direktionsrechts Weisungen erteilten, die Zeit, Dauer und Ort der zu beurteilenden Tätigkeit sowie Art und Weise von deren Durchführung beträfen. Diese Tätigkeiten würden daher in persönlicher Abhängigkeit zum Auftraggeber ausgeübt. Nach einer Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung relevanten Tatsachen überwögen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. In den Widerspruchsverfahren machte der Kläger geltend, er sei für eine Vielzahl von Auftraggebern tätig, wobei er für keinen auch nur annähernd fünf Sechstel seiner Kapazität einsetze und entsprechend auch von keinem fünf Sechstel seiner gesamten Einkünfte erziele. Hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit sei er vollkommen frei, wobei es ihm insbesondere frei stehe, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen. Auch stehe es ihm frei, seine Preise an seinem Aufwand zu orientieren, mithin selbstständig zu gestalten. Er habe die Möglichkeit, einen Auftrag an einen von ihm selbst ausgewählten Vertreter zu delegieren. Er betreibe eigene Werbung und unterhalte seinen Betrieb in eigenen Geschäftsräumen, wobei das Büro durch von ihm eingesetztes Personal betrieben werde. Im Krankheitsfall habe er keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung; auch bestehe kein Anspruch auf bezahlten Urlaub. Er sei nicht in den Betrieb eines Auftraggebers eingegliedert. Er biete selbstständig seine Kapazität an, und entscheide ebenso selbstständig, ob er allein oder mit einem Reisebegleiter/Hostess auftrete. Weisungen sei er nicht unterworfen. Was seine Tätigkeiten für die Firmen K. und S. anbelange, sei er in seiner Arbeitszeit selbst dann weitestgehend frei, wenn er im Rahmen eines konkreten Fahrauftrags den von ihm geführten Bus innerhalb einer bestimmten Zeit an ein bestimmtes Ziel lenke. Er gestalte seine Pausen selber und führe die regelmäßig durchzuführenden Fahrzeugchecks während der Fahrt und am Zielort im eigenen Ermessen durch. Er sei an der Gestaltung der Touren beteiligt und habe auf die konkrete Durchführung der Fahrten Einfluss. Auch wenn er im Rahmen eines konkreten Fahrzeugüberführungsauftrags der Firma T. das Fahrzeug zu einem bestimmten Ziel lenke, sei er in seiner Arbeitszeit weitestgehend frei. Er gestalte seine Pausen selber. Dass er keinen eigenen Bus oder LKW einsetze, beruhe auf der finanziellen Enge bei Betriebsgründung. Für eine abhängige Beschäftigung spreche dieser Umstand jedoch nicht. Die Firma T. trug mit Schreiben vom 24. November 2002 vor, der Kläger sei zu keiner Zeit für sie als Busfahrer beschäftigt gewesen. Er habe für sie lediglich einige LKW und Busse auf eigene Rechnung überführt, jedoch ohne Personen zu befördern. Dabei habe er lediglich einen Speditionsauftrag erhalten, aus dem hervorgegangen sei, wo er welchen LKW oder Bus habe abholen bzw. abgeben müssen. Es habe sich um reine Überführungsfahrten gehandelt. Die daraus resultierenden Überführungsentgelte habe ihr der Kläger mit unter seinem Firmenlogo ausgestellter Rechnung einschließlich gesetzlicher Mehrwertsteuer geltend gemacht. Seit Anfang 2002 habe der Kläger für sie keine Überführungen mehr durchgeführt. Mit Widerspruchsbescheid vom 17. Juni 2003 wies die bei der Beklagten gebildete Widerspruchsstelle die Widersprüche gegen die Bescheide vom 20. August, 10. September und 14. November 2002 zurück und führte zur Begründung u.a. aus, ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, nämlich ein mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundenes Unternehmerrisiko bestehe beim Kläger nicht. Nachdem er nicht in Besitz eines eigenen Busses bzw. LKW sei, fehle es ihm am wichtigsten zur Arbeitsleistung erforderlichen Arbeitsmittel. Eine Abhängigkeit von den Arbeitgebern ergebe sich schon allein daraus, dass einem Bus- und Kraftfahrer die Ausübung seiner Tätigkeit ohne eigene Fahrzeuge aus tatsächlichen Gründen unmöglich sei. Der Kläger trage auch nicht die für den Betrieb der Fahrzeuge notwendigen Kosten (Kraftstoff, Fahrzeugsteuern und -versicherungen, Reparaturen und Mautgebühren). Seine unmittelbare Tätigkeit des Bus- und Kraftfahrers bzw. Fahrzeugüberführers unterscheide sich nicht von der Tätigkeit eines angestellten Fahrers. Das fachlich nur in eingeschränktem Maße ausgeübte Weisungsrecht des Arbeitgebers liege in der Natur der Tätigkeit, bilde vorliegend jedoch kein taugliches Abgrenzungsmerkmal. Auch die Möglichkeit, einen Auftrag annehmen oder ablehnen zu können, spreche nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Die fehlende Eingliederung in den Betriebsablauf des Arbeitgebers könne daraus nicht abgeleitet werden. Bei Übernahme eines Angebots würden die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechenden Merkmale nämlich überwiegen.

Dagegen erhob der Kläger am 07. Juli 2003 beim Sozialgericht (SG) Konstanz Klage, mit der er seinen bisherigen Vortrag wiederholte und weiter geltend machte, bei einer Gesamtwürdigung der relevanten Tatsachen überwögen die Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit. Denn er sei insbesondere für eine Vielzahl von Auftraggebern tätig, beschäftige eigenes Personal, sei berechtigt, Aufträge an von ihm selbst gewählte Vertreter zu delegieren, Preise selbst zu gestalten, die Ausführung des Auftrags zu gestalten und auch Aufträge abzulehnen. Er beschäftige seine Ehefrau zu einem monatlichen Durchschnittsgehalt von EUR 600,00, wobei er deren Arbeitskraft weitestgehend als Serviceperson einsetze. Bei mindestens der Hälfte der von ihm geleisteten Fahrten sei seine Ehefrau im Einsatz. Er fahre auch häufig für Vereine (zwei Drittel des bedienten Kontingents entfielen auf Vereinsfahrten), wobei er für einen Teil dieser Fahrten einen Bus anmiete. Insbesondere bei den Vereinsfahrten habe er hinsichtlich der Gestaltung des Ablaufs der Fahrt und des Reiseziels Freiheit. Regelmäßig biete er die Reiseleitung mit an. Für diese Tätigkeit werde von Busfirmen üblicherweise ein selbstständiger Reiseleiter engagiert. Er lege in Kopie für das Geschäftsjahr 2002 Kontoblätter über Gehaltszahlungen von Juli bis Dezember 2002 vor sowie die von ihm entworfene Broschüre "Das neue Reisedienstleistungskonzept: Outsourcing". Die Beklagte trat der Klage unter Vorlage ihrer Verwaltungsakten und unter Aufrechterhaltung ihres bisherigen Standpunktes entgegen. Mit Beschluss vom 10. Oktober 2003 lud das SG die Firma K., Beigeladene zu 1), die Firma T., Beigeladene zu 2), sowie die Firma S., Beigeladene zu 3), zu dem Verfahren bei und hörte am 12. November 2003 den Kläger sowie die Inhaber der Beigeladenen persönlich an. Mit Urteil vom 16. Januar 2004 verurteilte das SG die Beklagte unter Aufhebung der Bescheide vom 20. August, 10. September und 14. November 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Juni 2003 zur Feststellung, dass der Kläger seine Tätigkeit bei den Beigeladenen selbstständig ausgeübt habe. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, bei einer Betrachtung des Gesamtbildes der vielgestaltigen Tätigkeit des Klägers (Bus fahren, Reiseleiter, Kurierfahrten, andere

Fahrdienste), bei der er teilweise eigenes Kapital einsetze und seine Ehefrau als Servicekraft beschäftige, ergebe eine Gesamtbeurteilung unter Berücksichtigung des weiteren Umstand, dass die geplante Tätigkeit mit dem Ziel weiterentwickeln werden soll, einen eigenen Bus zu erwerben, dass eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt werde. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des der Beklagten am 26. Januar 2004 gegen Empfangsbekenntnis zugestellten Urteils verwiesen.

Dagegen richtet sich die am 23. Februar 2004 schriftlich durch Fernkopie beim Landessozialgericht (LSG) eingelegte Berufung der Beklagten, mit der sie rügt, das SG habe zu Unrecht die Gesamtheit der Tätigkeiten des Klägers beurteilt, jedoch keine Betrachtung seiner im Einzelnen ausgeübten Tätigkeiten vorgenommen. Der Charakter eines Beschäftigungsverhältnisses ändere sich nicht deshalb, weil ein Arbeitnehmer beispielsweise seine bisherige Vollzeitbeschäftigung in ein Teilzeitarbeitsverhältnis umwandle und daneben noch selbstständig erwerbstätig werde oder in einem weiteren Beschäftigungsverhältnis bei einem anderen Arbeitgeber eine Tätigkeit aufnehme. Das SG hätte die Tätigkeiten des Klägers für die Beigeladenen zu 1) bis 3) daher jeweils einer eigenständigen Prüfung und Beurteilung unterziehen und insoweit eigenständige Entscheidungen treffen müssen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 16. Januar 2004 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er hält die angefochtene Entscheidung für richtig. Er übe eine insgesamt selbstständige Tätigkeit aus, wobei der Gesamteindruck seines Tätigkeitsfeldes maßgeblich sei. Er führe auf selbstständiger Basis Kurierfahrten mit einem eigenen PKW für die Beigeladene zu 2) durch und für die weiteren Beigeladenen Busreisen, bei denen er regelmäßig auch die Reiseleitung unter selbstständiger Durchführung der Planung der Besichtigung von Sehenswürdigkeiten übernehme. Solche selbstständigen Reiseleitungstätigkeiten entfalte er insbesondere, wenn Vereine zur Durchführung von Vereinsfahrten an ihn heranträten. Insoweit verfüge er auch über eigene Kundschaft, für die er eigene Busse anmiete. Er biete auch Reisebegleitung und Reiseservice durch eine von ihm bezahlte Kraft an, die monatlich durchschnittlich EUR 600,00 verdiene. Sein Auftreten am Markt sei mit einem "Unternehmer" einer so genannten "Ich-AG" vergleichbar.

Die Beigeladenen haben sich nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung des Senats durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Verwaltungsakten der Beklagten sowie der Akten beider Rechtszüge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, ist statthaft und zulässig; sie ist auch begründet.

Das SG hätte der Klage nicht stattgeben und unter Aufhebung der Bescheide vom 20. August, 10. September und 14. November 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Juni 2003 feststellen dürfen, dass der Kläger seine Tätigkeit für die Beigeladenen selbstständig ausübt. Denn Tätigkeiten als Busfahrer für die Beigeladenen zu 1) und 3) und als Überführer von Bussen und LKW für die Beigeladene zu 2) übt der Kläger nicht selbstständig, sondern vielmehr im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen aus.

Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind die Bescheide der Beklagten vom 20. August, 10. September und 14. November 2002 in unveränderter Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Juni 2003, mit denen die Beklagte die Tätigkeit des Klägers als Busfahrer mit Bussen der Beigeladenen zu 1) und 3) sowie die Tätigkeit als Überführer von Bussen und LKW für die Beigeladene zu 2) als abhängige Beschäftigung, nicht aber als selbstständige Tätigkeit beurteilt hat. Vor diesem Hintergrund hat die Beklagte im Berufungsverfahren zutreffend darauf hingewiesen, dass das SG in seiner Entscheidung nicht die Gesamtheit der verschiedenen vom Kläger ausgeübten Tätigkeiten hätte beurteilen und im Rahmen einer Gesamtbetrachtung einer Bewertung unterziehen dürfen. Denn Streitgegenstand ist vorliegend nicht die Beurteilung der Gesamtheit der vom Kläger im Rahmen seiner Geschäftsidee angebotenen Dienstleistungen, sondern ausschließlich das Spektrum an Tätigkeiten, über die die Beklagte mit den angefochtenen Bescheiden entschieden hat, mithin die Tätigkeiten als Busfahrer mit Bussen seiner jeweiligen Vertragspartner und die Tätigkeit als Überführer von Fahrzeugen. Demnach hat der Senat weder darüber zu befinden, wie die Kurierfahrten des Klägers mit dem eigenen PKW rechtlich zu bewerten sind (insoweit hat sich die Beklagte mit Schreiben vom 11. Februar 2002 dem Kläger gegenüber geäußert), noch darüber wie die Aktivitäten des Klägers im Zusammenhang mit der Organisation und Durchführung von Vereinsfahrten mit angemieteten Bussen zu bewerten sind.

Die vorliegend zu beurteilenden Tätigkeiten übt der Kläger im Rahmen abhängiger Beschäftigungen, nicht aber als selbstständig Tätiger aus. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach Satz 2 der seit 01. Januar 1999 gültigen Fassung sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung, eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Bei Dienstleistungen höherer Art kann das faktisch nur begrenzte Weisungs- und Direktionsrecht des Arbeitgebers allerdings in den Hintergrund treten und zu einer "funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" (vgl. z.B. BSG [SozR 3-5425 § 1 Nr. 5](#)) verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene

Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag.

Auf dieser Grundlage ist der Senat nach einer Gesamtwürdigung der tatsächlichen Verhältnisse sowie der für und gegen eine Beschäftigung sprechenden Gesichtspunkte zu der Einschätzung gelangt, dass die für eine Beschäftigung des Klägers bei den Beigeladenen zu 1) bis 3) sprechenden Merkmale gegenüber den für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden überwiegen. Dem Kläger ist zwar beizupflichten, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladenen gewisse Freiheiten bei der Abwicklung der Reisen bzw. Fahrten hat und unter Umständen auch auf die Gestaltung der Reisen der Beigeladenen zu 1) und 3) Einfluss nehmen kann. Doch ändert dies nichts an dem Umstand, dass die Reisen entsprechend den in den Reisekatalogen der Beigeladenen zu 1) und 3) vorgegebenen Abläufen durchgeführt werden müssen. Insoweit hat der Kläger im Rahmen des Erörterungstermins vor dem SG ausgeführt, dass die Kundschaft von dem jeweiligen Busunternehmen selbst beworben würde und die Beigeladenen zu 1) und 3) dann an ihn heranträten und anfragten, ob er einen Auftrag annehme. Dass der Kläger die Fahrten dann entsprechend den Beschreibungen in den Reisekatalogen durchzuführen hat, aufgrund derer die Kunden der jeweiligen Busunternehmen die maßgebliche Reise gebucht haben, dokumentiert jedoch seine Eingliederung in den Betrieb des jeweiligen Reiseveranstalters, sobald er einen ihm angetragenen Auftrag tatsächlich übernimmt. In diesem Fall mag es je nach Detailgenauigkeit des Reiseplans zwar im Einzelfall im Ermessen des Klägers stehen, welche Routen er wählt, zu welchen Zeiten er Pausen einlegt und ob abweichend von den Vorgaben ggf. auf Wunsch der Reisenden auch zunächst nicht vorgesehene weitere Orte angefahren werden. Doch lassen auch solche Freiheiten die Tätigkeit des Klägers nicht als eine solche in einem eigenen Betrieb erscheinen. Vielmehr liegen derartige Entscheidungsspielräume zum Teil bereits in der Natur der Sache, da es nicht zweckmäßig ist, jedes Detail einer Reise konkret vorzuplanen. Zum anderen bringen solche im Einzelfall eingeräumten Spielräume aber auch gerade das Über-/Unterordnungs-Verhältnis zum Auftraggebers zum Ausdruck, da es in dessen Ermessen liegt, in welchem Umfang er dem konkret eingesetzten Fahrer Freiräume hinsichtlich der Ausgestaltung der konkreten Reise einräumen will. So haben beispielsweise die Inhaber der Beigeladenen zu 1) und 3) im Rahmen ihrer Anhörung vor dem SG die besondere Qualität der Arbeit des Klägers betont, weshalb der Kläger auch von der Kundschaft nachgefragt werde. Nachdem der Kläger - wie der Inhaber der Beigeladenen zu 1) betont hat - neben seiner Fahrtätigkeit zudem auch in der Lage sei, in gewissem Umfang Aufgaben eines Reiseleiters auszuführen, ist es ohne weiteres nachvollziehbar, dass dem Kläger im Rahmen seiner Einsätze im Hinblick auf die hohe Qualität der erbrachten Leistungen bei geeigneten Fahrten auch weit reichende Freiräume eingeräumt werden. Diese ändern jedoch nichts daran, dass der Kläger in den Betrieb seiner Auftraggeber eingegliedert bleibt. Bestätigt wird diese Einschätzung auch durch die Einlassung des Inhabers der Beigeladenen zu 1) anlässlich der bereits erwähnten Anhörung, wonach der Kläger eigentlich die gleiche Tätigkeit wie ein angestellter Busfahrer ausübe. Diesbezüglich führte er weiter aus, mit dem Einsatz des Klägers könne er einerseits Lücken schließen und andererseits Überhänge abbauen. In diesem Sinne äußerte sich auch der Inhaber der Beigeladenen zu 3), der ausführte, es sei sehr geschickt, dass man den Kläger punktuell abrufen könne, wenn er benötigt werde, ohne dass er ständig beschäftigt werden müsse. Auch diese Angaben machen deutlich, dass sich die Tätigkeit des Klägers im Grundsatz nicht von der der "fest angestellten Mitarbeiter" unterscheidet, der mit dem Einsatz des Klägers verbundene Vorteil vielmehr darin liegt, dass er nur im Bedarfsfall zum Einsatz kommt und dementsprechend auch nur in diesem Fall eine Vergütung erhält. Letztlich hat auch der Kläger mit seiner Einlassung im Rahmen seiner Anhörung vor dem SG, er sehe den entscheidenden Unterschied seiner Tätigkeit zu der eines fest angestellten Busfahrers darin, dass er wählen könne, ob er einen Auftrag annehme, indirekt bestätigt, dass sich bei Übernahme einer Fahrt die von ihm ausgeübte Tätigkeit als solche nicht von der eines im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses eingesetzten Busfahrers unterscheidet. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass das vom Kläger als für die Abgrenzung zum abhängigen Beschäftigungsverhältnis als maßgeblich herangezogene Kriterium der freien Entscheidung, ob er einen Auftrag annehme oder ablehne, grundsätzlich zwar als Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden kann, weil der Betroffene damit den Umfang seiner Tätigkeit weitgehend selbst bestimmt. Doch sind auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehnt. Denn auch in solchen Fällen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen beispielsweise wegen Erkrankung ständiger Mitarbeiter lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen. Nimmt der Betroffene das angetragene Angebot jedoch an, übt er die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus und wird nicht allein wegen der grundsätzlich bestehenden Ablehnungsmöglichkeit zum selbstständig Tätigen. Die Ausführungen der Inhaber der Beigeladenen zu 1) und 3) zeigen auf, dass vorliegend eine derartige Fallgestaltung vorliegt. Denn der konkrete Einsatz des Klägers dient gerade dazu, Lücken zu schließen oder Überhänge von angestellten Busfahrern abzubauen. Entsprechendes gilt auch für die Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 2). Auch die Inhaberin der früheren Firma T. hat im Rahmen der Erörterung vor dem SG dargelegt, dass auf den Kläger im Aushilfsfall zurückgegriffen worden sei und er quasi die Tätigkeit eines Aushilfsfahrers ausgeübt habe. Auch im Rahmen seiner Tätigkeit als Überführer von Bussen und LKW war der Kläger - wie die Angaben der Beigeladenen zu 2) in ihrem Schreiben vom 24. November 2002 an die Beklagte aufzeigen - immer dann in deren Betrieb eingliedert, wenn er einen konkreten Auftrag tatsächlich übernahm. Denn in diesem Fall unterlag er den Weisungen der Beigeladenen zu 2), die konkret bestimmte, welches Fahrzeug zu welchem Zeitpunkt an welchen Ort zu verbringen war.

Von besonderer Bedeutung für die rechtliche Beurteilung ist vorliegend jedoch, dass der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beigeladenen kein Unternehmerrisiko trägt bzw. getragen hat und damit gerade dieses im Regelfall maßgeblich für eine selbstständige Tätigkeit sprechende Kriterium nicht erfüllt. Unstreitig hat der Kläger seine Fahrten für die Beigeladenen zu 1) und 3) nämlich mit deren Bussen durchgeführt, für dessen Kosten diese Reiseunternehmen in vollem Umfang selbst aufgekommen sind. Auch die Tätigkeit für die Beigeladenen zu 2) erfolgte nicht unter Einsatz eigener Mittel. Zwar sind beim Überführen von Fahrzeugen aus der Natur der Sache heraus keine eigenen, sondern fremde Fahrzeuge im Einsatz, doch hat der Kläger auch insoweit - ebenso wie im Falle der Beigeladenen zu 1) und 3) - außer seiner konkreten Arbeitskraft keine Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht darauf, Einnahmen zu erzielen, eingesetzt. Vielmehr hat er als Gegenleistung für seine Tätigkeit eine feste Pauschale entsprechend seinem Zeitaufwand erhalten. Ein Unternehmerrisiko hat der Kläger damit nicht getragen. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass der Kläger gerade in der Gründungsphase seines Unternehmens noch nicht über die finanziellen Mittel verfügt, um einen eigenen Bus anzuschaffen. Denn abgesehen davon, dass ein Unternehmerrisiko nicht nur dann bejaht werden kann, wenn im Eigentum des Klägers ein Bus steht, kann das hier in Rede stehende und grundsätzlich maßgeblich zu berücksichtigende Abgrenzungskriterium nicht ohne weiteres zugunsten des Klägers deshalb außer Acht gelassen werden, weil er aus finanziellen Gründen gerade nicht die Arbeitsmittel aufzubringen vermag, die ihm eine selbstständige Erbringung von Dienstleistungen entsprechend seiner Geschäftsidee ermöglichen würde. Ein Unternehmerrisiko vermag der

Senat letztendlich auch nicht darin zu erkennen, dass der Kläger seine Ehefrau zu einem monatlichen Betrag von EUR 600,00 beschäftigt. Denn, wie der Kläger ausgeführt hat, setzt er seine Ehefrau einerseits für Büroarbeiten sowie bezogen auf die hier zu beurteilenden Tätigkeiten andererseits im Bedarfsfall als Reisebegleiterin bzw. Hostess ein, wenn er selbst als Busfahrer eine Fahrt für die Beigeladenen zu 1) oder 3) übernimmt, wobei er in diesem Fall einen höheren Tagessatz bei diesen Beigeladenen abrechnet. Soweit die hier zu beurteilenden Tätigkeiten des Klägers betroffen ist, werden die jeweiligen Einsätze seiner Ehefrau daher durch die erhöhte Vergütung jeweils konkret entlohnt, so dass nicht erkennbar ist, dass der Kläger mit dem Einsatz seiner Ehefrau bei Fahrten für die Beigeladenen zu 1) und 3) mit einem Risiko belastet wäre.

Da die angefochtenen Bescheide der Beklagten nach alledem nicht zu beanstanden sind, das SG diese mithin nicht hätte aufheben und die Beklagte zu der ausgesprochenen Feststellung hätte verurteilen dürfen, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Für eine Zulassung der Revision bestand keine Veranlassung.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-05-03