

L 3 R 1847/13

Land

Freistaat Thüringen

Sozialgericht

Thüringer LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

3

1. Instanz

SG Gotha (FST)

Aktenzeichen

S 11 R 5801/12

Datum

14.10.2013

2. Instanz

Thüringer LSG

Aktenzeichen

L 3 R 1847/13

Datum

11.11.2015

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Gotha vom 14. Oktober 2013 wird zurückgewiesen. Die Beklagte hat die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu tragen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über den versicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1) als Servicefahrer für die Klägerin ab dem 9. April 2009.

Bei der Klägerin handelt es sich um einen Frühstücksservice. Im Rahmen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung nimmt die Klägerin als Franchisenehmer an dem von der Franchisegesellschaft M. betriebenen Brötchenlieferdienst teil, wobei Backwaren auf Bestellung des Kunden morgens an den Kunden ausgeliefert werden.

Im Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status gab der Beigeladene zu 1) an, die von ihm ausgeübte Tätigkeit für den Auftraggeber M. GmbH bestehe in Kurier- und Lieferdiensten mit Kleintransporter. Die Belieferung von Privathaushalten mit frischen Backwaren erfolge laut Vertrag. Die Qualitätskontrolle führe er selbst durch und erhalte über Kunden bzw. den Auftraggeber Kenntnis von Besonderheiten und Reklamationen. Insofern seien die gesetzlichen Bestimmungen maßgeblich, es gebe keine weiteren Vorgaben. Die Backwarenauslieferung erfolge im Zeitraum von 4.00 bis 8.00 Uhr. Innerhalb dieser Zeit lege er selbst fest, wann und wo er die Backwaren ausliefern. Die Auslieferungszeit betrage ein bis zwei Stunden. Zeitliche Wünsche würden mit ihm abgestimmt. Die Backwaren würden bei der Bäckerei R. abgeholt und mit eigenem PKW ausgeliefert. Das Liefergebiet sei als Anlage zum Vertrag festgelegt und sei bei Vertragsschluss verhandelt worden. Seitens des Auftraggebers würden keine Einschränkungen des Tätigkeitsverlaufes gemacht. Es gebe keine Eingliederung in die Arbeitsorganisation beim Auftraggeber. Die Tätigkeit werde mit eigenem PKW erbracht. Es habe nur eine Einführungsschulung zu Besonderheiten (z.B. Ablagemöglichkeiten beim Kunden) gegeben. Es gebe weder eine Dienstbesprechung noch Dienstpläne. Die Preise seien vor Vertragsabschluss verhandelt und festgelegt worden. Er habe weitere Auftraggeber wie z.B. einen Pizza-Lieferservice. Neben dem vollen wirtschaftlichen Risiko durch den Einsatz seines Kleintransporters trage er die Kosten für die Büroausstattung einschließlich notwendiger Investitionen.

Ausweislich des vorgelegten Service-Fahrervertrages vom 2. April 2009 ist festgelegt, dass der Auftragnehmer (Fahrer) eigenverantwortlich für den Auftraggeber die Auslieferung der vom Auftraggeber beschriebenen Erzeugnisse in dem festgelegten Vertragsgebiet übernimmt. Aufgrund der Kundenbestellungen hat der Auftragnehmer sicher zu stellen, dass die von dem Auftraggeber vertriebenen Erzeugnisse bis spätestens 7.00 Uhr bei den Kunden ausgeliefert werden. Sollte von der Vertragsbäckerei die Ware nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden, so verschiebt sich der Auslieferungszeitpunkt entsprechend. Der Auftragnehmer ist berechtigt, für die Auslieferung Mitarbeiter einzusetzen. Der Auftraggeber wird durch eine Vereinbarung zwischen dem Auftragnehmer und dessen Mitarbeiter nicht mit verpflichtet. Der Auftragnehmer hat auch nicht das Recht, den Auftraggeber rechtsgeschäftlich zu vertreten und/oder im Namen des Auftraggebers aufzutreten. Der Auftragnehmer hat sicherzustellen, dass seine Mitarbeiter, die er bei der Auslieferung einsetzt, hinreichend qualifiziert und vom ihm geschult sind. Darüber hinaus wird der Auftragnehmer seine Mitarbeiter auf die einschlägigen Vorschriften des Lebensmittelgesetzes hinweisen. Der Auftraggeber stellt dem Auftragnehmer die Aufstellung der Kundenbestellungen für das Auftragsgebiet jeweils am Tag der Auslieferung in der Bäckerei oder am Vortag über die Homepage des Auftraggebers zur Verfügung. Der Auftragnehmer erhält vom Auftraggeber bei Vertragsbeginn eine Schulung. Die Schulung des Auftragnehmers beginnt am 16. April 2009 und dauert bis zum 19. April 2009. Der Auftragnehmer ist während der Schulung verpflichtet, zu der vom Auftraggeber benannten Vertragsbäckerei anzureisen, in der die Einführungsschulung stattfindet. Der Auftragnehmer ist verpflichtet einen Mitarbeiter bzw. Ersatzfahrer als

Ansprechpartner für den Auftraggeber zu benennen, so dass die regelmäßige und rechtzeitige Belieferung der Kunden gewährleistet bleibt. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber die vollständige Anschrift und die Telefonnummer seines Ersatzfahrers bzw. seines Mitarbeiters mitzuteilen und ihn unverzüglich über Änderungen der Wohnanschriften bzw. Telefonnummern des Ersatzfahrers bzw. des zuständigen Mitarbeiters zu unterrichten. Der Auftragnehmer erhält als Entgelt für Waren, die an Privathaushalte ausgeliefert werden, eine Vergütung von 0,05 Euro pro Stück und Tag. Großkunden (über 30 Gebäckstücke pro Tag) werden pauschal für 1,50 Euro pro Tag vergütet. Für jeden gefahrenen Kilometer erhält der Auftragnehmer 0,165 Euro. Die anrechenbaren Kilometer werden ab der Bäckerei berechnet und enden in der Wohnstraße des Auftragnehmers, jedoch maximal 5 km ab dem letzten Kunden. Die jeweils gültige Mehrwertsteuer wird auf die Vergütung hinzugerechnet. Der Auftragnehmer wird dem Auftraggeber monatlich eine Abrechnung erstellen und dem Auftraggeber eine ordnungsgemäße Rechnung mit Ausweis der Mehrwertsteuer stellen. Die Zahlung der Vergütung ist 10 Werktage nach Rechnungserhalt fällig. Der Vertrag beginnt am 19. April 2009. Der Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann von jeder Vertragspartei mit einer Frist von 8 Wochen zum Monatsende gekündigt werden. Eine Kündigung des Vertrages muss schriftlich erfolgen. Bei schuldhaften Verstößen des Auftragnehmers gegen seine vertraglichen Pflichten, insbesondere bei Unterlassung der Leistungserbringung, einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Auftragnehmer, Verstoß gegen die Benachrichtigungspflichten, ist er verpflichtet, eine vom Auftraggeber nach billigem Ermessen festzusetzende, im Streitfall vom zuständigen Gericht zu überprüfende, angemessene Vertragsstrafe an den Auftraggeber zu zahlen. Zwischen den Vertragsparteien besteht Einigkeit, dass eine Vertragsstrafe für jeden Tag der schuldhaft unterlassenen Leistungserbringung in Höhe von 30,00 Euro als in der Regel angemessen anzusehen ist. Für den Fall einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung durch den Auftragnehmer gehen die Vertragsparteien davon aus, dass die Vertragsstrafe für maximal 27 Tage als in der Regel angemessen anzusehen ist. Bei der Festsetzung der Vertragsstrafe hat der Auftraggeber die Schwere der Verletzung im Einzelfall zu berücksichtigen. Der Auftragnehmer erkennt an, dass dem Auftraggeber durch schuldhafte Verstöße gegen die vertraglichen Verpflichtungen durch den Auftragnehmer im erheblichen Umfang Nachteile entstehen (Ersatzfahrer, Ersatzannoncen, Umsatzausfall etc.) Durch die vereinbarte Vertragsstrafe soll im Interesse der Leistungserbringung durch den Auftraggeber unter dem Namen "M. Frühstücksdienste" sichergestellt werden, dass die Leistungserbringung stets gewährleistet und vom Auftragnehmer nicht durch eine unberechtigte Kündigung oder unentschuldigtes Unterlassen des Ausfahrens gefährdet wird. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen durch den Auftraggeber bleibt neben der Vertragsstrafe ausdrücklich vorbehalten. Der Auftragnehmer ist während der Vertragsdauer nicht berechtigt, ohne ausdrückliche schriftliche Einwilligung des Auftraggebers für ein Konkurrenzunternehmen unmittelbar oder mittelbar, selbständig oder unselbständig auf eigene oder fremde Rechnung tätig zu werden oder sich an einem Konkurrenzunternehmen direkt oder indirekt zu beteiligen oder sonst zu unterstützen. Der Auftragnehmer darf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse - insbesondere Kundenlisten des Auftraggebers -, die ihm während der Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber bekannt werden, ohne Einwilligung vom Auftraggeber weder verwerten, noch Dritten mitteilen. Das gilt auch für die Zeit nach Beendigung des Vertrages. Der Auftragnehmer wird die Geheimhaltungspflicht auch seinen Mitarbeitern, Ersatzfahrern und/oder Erfüllungsgehilfen auferlegen. Verstößt der Auftragnehmer gegen das von ihm übernommene Wettbewerbsverbot und/oder die Geheimhaltungsverpflichtung, so hat er für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung eine vom Auftraggeber nach billigem Ermessen festzusetzende, im Streitfall vom zuständigen Gericht zu überprüfende, Vertragsstrafe zu zahlen. Unabhängig davon stehen dem Auftraggeber weiterhin die Rechte zu, den Vertrag fristlos aus wichtigem Grund zu kündigen, sowie seine Ansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatz durchzusetzen. Auf einen Schadensersatzanspruch des Auftraggebers wird eine vom Auftragnehmer zu zahlende Vertragsstrafe angerechnet. Aus der Anlage zum Service-Fahrervertrag ergibt sich, dass der Beigeladene zu 1) für das Gebiet (Tour 5) mit den Stadtteilen/Ortschaften G., M., K., T., E., W., A., F., W., R., R., H., G. zuständig ist. An Werktagen kommt zusätzlich die Tour 3 mit den Stadtteilen/Ortschaften K., H., St., Sch., K., T., K., G. und U. hinzu.

Im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens nach § 7 a ff. des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) forderte die Beklagte die Klägerin auf, weitere Unterlagen vorzulegen und Fragen zu beantworten bzw. konkrete Angaben zu ausdrücklich genannten Sachverhalten zu machen. Ebenfalls unter dem 6. Juni 2011 wandte sich die Beklagte mit einem ähnlichen Fragenkatalog an den Beigeladenen zu 1).

Mit Schreiben vom 18. Juni 2011 teilte die M. Frühstücksdienst GmbH der Beklagten mit, dass der Vertrag zwischen ihr und den Kunden telefonisch oder online zustande komme. Der Auftragnehmer erhalte die Backwaren von der Bäckerei R., in ... Diese stünden ab 3.00 bzw. 4.00 Uhr bereit. Den zeitlichen Rahmen lege der Auftragnehmer selbst fest entsprechend der AGB, die Kunden an Wochentagen bis 7.00 Uhr, an Sonn- und Feiertagen bis 8.00 Uhr zu beliefern. Der Fahrer kontrolliere die Qualität und Quantität der Backwaren bei der Übernahme in der Bäckerei. Weiterhin erfolge die Qualitätskontrolle durch Kunden, Reklamationen erfolgten über Telefon oder online über das Kundenportal. Nicht ausgelieferte Produkte würden dem Kunden gut geschrieben und dem Fahrer in Rechnung gestellt. Bei Nichtlieferung erfolge auf der Grundlage des vorher verhandelten Vertrages eine Vertragsstrafe in Höhe von 30,00 Euro. Der Auftragnehmer kommissioniere die Kundenlieferungen und fahre die fertigen Lieferungen zum Kunden. Es gebe außerhalb des Vertrages keine weiteren Vereinbarungen, außer den gültigen Lebensmittelbestimmungen. Der Auftragnehmer setze für die Leistungen seinen eigenen PKW ein. Es würden keine Anwesenheitszeiten vorgegeben. Vor Vertragsabschluss werde das Vertragsgebiet verhandelt. Den Tourenplan lege der Fahrer selbst fest. Es bestehe keine Verpflichtung zur Übernahme weiterer Aufträge außer denen der Kunden im vertraglich vereinbarten Gebiet. Der Fahrer sei berechtigt, Dritte mit der Erbringung der Leistung zu beauftragen. Es würden dem Auftragnehmer keine Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt. Fest angestellten Mitarbeiter für die Auslieferung existierten nicht. Der Beigeladene zu 1) sei verpflichtet und aufgefordert, in eigener Zuständigkeit für Ersatz zu sorgen. Er übernehme auch die Haftung gegenüber dem Kunden. Die Vergütung erfolge, wie im Service-Fahrervertrag vereinbart, nach erbrachter Leistung. Es sei eine Einweisungsschulung erfolgt. In diesem Zusammenhang legte die Klägerin die auf Blatt 40 bis 44 gestellten Rechnungen des Beigeladenen zu 1) vor. Daraus ergeben sich jeweils Stückkosten (z.B. 3.922 x 0,050 Euro), Fahrtkosten (1.108 km x 0,165 Euro), Nettobetrag 378,92 Euro (196,10 Euro Stückkosten, 182,82 Euro Fahrtkosten) zuzüglich Mehrwertsteuer 71,99 Euro, Rechnungsbetrag 450,91 Euro für den Monat Januar 2011. Auf Blatt 40 bis 44 der Verwaltungsakte wird hinsichtlich der einzelnen Rechnungen Bezug genommen.

Unter dem 30. Juni 2011 hörte die Beklagte den Beigeladenen zu 1) im Rahmen der Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status an. Darin führte sie aus, dass beabsichtigt sei, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen. Weiterhin sei beabsichtigt, Versicherungspflicht in der Kranken-, der Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festzustellen. Unter selbigem Datum erfolgte eine Anhörung der Klägerin. Im Rahmen der Anhörung trat die Klägerin der Einschätzung der Beklagten, es liege ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor, anwaltlich entgegen.

Mit Bescheiden vom 22. September 2011 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit als Service-Fahrer bei der M.-Frühstücksdienste Erfurt GmbH seit 19. April 2009 durch den Beigeladenen zu 1) im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung durchgeführt werde. In dem Be-

schäftungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die Versicherungspflicht beginne am 19. April 2009. Nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) sei eine Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung seien eine Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen würden die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers sei gegeben. Weisungen über Zeit, Dauer und Ort der zu beurteilenden Tätigkeit sowie Art und Weise der Durchführung, würden einseitig im Wege des Direktionsrechtes des Auftraggebers erteilt. In dieser Tätigkeit bestehe daher eine persönliche Abhängigkeit zur Klägerin.

Der dagegen eingelegte Widerspruch der Klägerin war erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 23. Juli 2012). Entscheidungserheblich sei, dass die Tätigkeit in einem festen Zustellgebiet ausgeübt werde und der Beigeladene zu 1) zeitliche Vorgaben hinsichtlich der Zustellung erhalte. In der Ausführung der Tätigkeit unterliege er den Weisungen der Klägerin. Der Beginn der Tätigkeit richte sich nach dem Zeitpunkt, zu dem die auszufahrenden Backwaren bereitgestellt würden. Es werde somit ein regelmäßiger Arbeitsbeginn vorgegeben. Das rechtzeitige Erscheinen, um die Waren zeitgerecht auszuliefern zu können, werde kontrolliert. Es erfolge insgesamt eine Kontrolle der Leistungserbringung. Die Vergütung erfolge erfolgsunabhängig entsprechend der vertraglichen Regelungen. Ein gewichtiges Indiz für eine selbständige Tätigkeit sei das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene erhebliche Unternehmerrisiko. Das Unternehmerrisiko sei zum einen durch den Einsatz finanzieller Mittel geprägt, um einen zum Zeitpunkt des Einsatzes dieser Mittel ungewissen Gewinn zu erzielen, zum anderen auch durch das Risiko des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft, wenn offenbleibe, ob der Arbeitende für seine Tätigkeit überhaupt Entgelt erhalte. Der Beigeladene erhalte für Waren, die an Privathaushalte ausgeliefert würden, eine Vergütung pro Stück und Tag sowie für jeden Großkunden einen Pauschalbetrag pro Tag. Zudem erhalte er Kilometergeld. Ein Unternehmerrisiko sei bei der ausgeübten Tätigkeit somit nicht zu erkennen. Unternehmerisches Risiko kennzeichne sich durch den Einsatz eigenen Kapitals bzw. eigener Betriebsmittel, dessen wirtschaftlicher Erfolg ungewiss sei. Ein Kapitaleinsatz, der auch mit der Möglichkeit eines Verlustes verbunden sei, liege nicht vor. Der Beigeladene zu 1) setze zwar einen PKW ein, allerdings bekomme er dies vergütet. Er unterscheide sich nicht von Arbeitnehmern, die eine entsprechende Regelung für die Nutzung eines PKWs mit dem Arbeitsgeber träfen. Das Risiko, für seine Arbeit (beispielsweise bei Insolvenz des Auftraggebers) kein Entgelt zu erhalten, bzw. bei nicht zufriedenstellender Arbeit nicht weiter beschäftigt bzw. beauftragt zu werden, stelle kein unternehmerisches Risiko im Sinne der Rechtsprechung dar. Es werde verwiesen auf die Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 27. Januar 1980 zur Tätigkeit des "Ringtourfahrers". Diese Entscheidung sei auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) übertragbar.

Auf die dagegen gerichtete Klage hat das Sozialgericht die Bescheide der Beklagten vom 22. September 2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Juli 2012 aufgehoben. Das Sozialgericht hat ferner festgestellt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Kurierfahrer bei der Klägerin in der Zeit ab 19. April 2009 kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sei und ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nicht bestehe.

Mit der dagegen eingelegten Berufung hält die Beklagte an der zuvor vertretenen Rechtsauffassung fest. Die zwischenzeitlich von Landessozialgerichten vertretene Auffassung, dass eine abhängige Beschäftigung bei den Servicefahrern der M. Frühstücksdienste nicht gegeben sei, werde nicht geteilt. Den Entscheidungsgründen des Sozialgerichts Gotha werde entgegengetreten. Für die hier tangierte Berufsgruppe im weiteren Sinne liege bereits höchstinstanzliche sozialgerichtliche Rechtsprechung vor. Zu verweisen sei in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Entscheidung des BSG vom 27. November 1980 zu den "Ringtourfahrern" bzw. vom 19. August 2003 zu den "Menübringern". In der jüngsten dieser Entscheidungen habe das BSG klargestellt, dass eine tatsächlich bestehende Eingliederung in den Betrieb des Dienstherren nicht deshalb in ihrer Bedeutung zurücktrete, weil sie (auch) in der Eigenart der zu erbringenden Leistung begründet sei. Auch Transportfahrer könnten demnach - selbst bei einer für Frachtführer geltenden gesetzgeberischen Wertung als selbständige Gewerbetreibende bei weit reichenden Weisungsrechten sowohl des Spediteurs als auch des Absenders und des Empfängers des Frachtgutes - jeweils dann versicherungsrechtlich als abhängig Beschäftigte einzuordnen seien, wenn sich die Rechtsbeziehungen der Vertragsparteien nicht auf die jeden Frachtführer treffenden gesetzlichen Bedingungen beschränkten, sondern wenn Vereinbarungen getroffen und praktiziert würden, die die Tätigkeit engeren Bindungen unterwerfen würden. Im vorliegenden Falle habe der Beigeladene zu 1) gemäß den vertraglichen Vereinbarungen täglich ab 4.00 Uhr die auszuliefernden Backwaren bei der vertraglich bestimmten Bäckerei zunächst anhand der täglich aktualisierten, von der Klägerin vorgegebenen Liste zu kommissionieren, das Transportfahrzeug zu beladen und innerhalb des vertraglich vorgegebenen engen Zeitraums spätestens um 7.00 Uhr innerhalb der vorgegebenen Tourengebiete an die jeweils (u.U. täglich wechselnden) Kunden der Klägerin auszuliefern. Bei der vertraglichen Gestaltung sei nicht nachvollziehbar, dass das Sozialgericht die angegriffene Entscheidung u.a. damit begründe, der Beigeladene zu 1) sei hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung frei gewesen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Gotha vom 14. Oktober 2013 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass der Beigeladene zu 1) nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe und bezieht sich dafür auf diverse SG Entscheidungen.

Mit Beschluss vom 17. Dezember 2014 sind die Krankenkasse/Pflegekasse und Bundesagentur für Arbeit zum Verfahren beigeladen worden.

Am 7. Juli 2015 hat ein Erörterungstermin stattgefunden. Auf Blatt 429 bis 431 wird Bezug insoweit genommen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird verwiesen auf den Inhalt der Gerichts- und der beige-zogenen Verwaltungsakte der Beklagten, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die statthaft und zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die erstinstanzliche Entscheidung ist nicht zu beanstanden. Die angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechts-widrig. In der Gesamtwürdigung aller zu beurteilenden Tatsachen überwiegen die Merkmale für eine selbständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1).

Nach [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hat im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) wird Beschäftigung als die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis definiert. Beschäftigung im Sinne der Bestimmungen meint in erster Linie die Abgrenzung zu einer selbstständigen Tätigkeit. Dabei geht das Gesetz jeweils von einer versicherungspflichtigen Beschäftigung aus (vgl. Seewald in Kassler, Kommentar, Band I, Stand September 2013, [§ 4 SGB IV](#), Rn. 2, 5 ff.; [§ 7a Rn. 11](#); Segebrecht, Juris PK-SGB IV, 2. Auflage 2011, [§ 7 Rn. 23 ff.](#); Pietrek, Juris PK-SGB IV, 2. Auflage 2011, [§ 7a Rn. 28 ff.](#)).

Das Gesetz bedient sich bei den Tatbeständen der Versicherungs- und Beitragspflicht nicht des tatbestandlich scharf kontrollierten Begriffs, der auf eine einfache Subsumtion hoffen ließe, sondern der Rechtsfigur des Typus; die versicherten Personen werden nicht im Detail definiert, sondern ausgehend vom Normalfall in der Form eines Typus beschrieben. Den jeweiligen Typus und dessen Kenntnis setzt das Gesetz stillschweigend voraus; es übernimmt ihn so, wie ihn der Gesetzgeber in der sozialen Wirklichkeit realtypisch, d. h. im Normal- oder Durchschnittsfall vorfindet. Es ist nicht erforderlich, dass stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d. h. den Typus kennzeichnende Merkmale (Indizien) vorliegen. Diese können vielmehr in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein; je für sich genommen haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend ist jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild (vgl. BVerfG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Dementsprechend hat das Bundessozialgericht den Typus des versicherungspflichtigen Arbeitnehmers als den definiert, der von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist, das bedeutet die Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung (vgl. u. a. BSG SozR 3-4100 [§ 141 b Nr. 17](#)). Demgegenüber wird die selbstständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen (vgl. BSG a. a. O.).

Das Vertragsverhältnis (der Service-Fahrervertrag) und die danach praktizierte tatsächliche Abwicklung der zuvor schriftlich getroffenen Vereinbarungen zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) sprechen nicht für ein Beschäftigungsverhältnis. Auch das Beschäftigungsverhältnis ist dadurch geprägt, dass jemand im Dienste eines Anderen eine Leistung in weisungsgebundener, fremdbestimmter Art in persönlicher Abhängigkeit erbringt. Die (vertraglich geschuldete) Leistung ist im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Dem steht entgegen, wenn jemand im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Daher ist selbständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Für Tätigkeiten, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erbracht werden können, gilt der Grundsatz, dass bei untergeordneten, einfachen Arbeiten eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen ist als bei gehobenen Tätigkeiten. Beschäftigungen, die wenige Weisungen erfordern, verlieren ihre Qualifikation als Arbeitsverhältnis nicht dadurch, dass die Weisungen bereits in den Vertrag aufgenommen werden. Das Zustellen von Brötchen/Backwaren ist eine einfache Tätigkeit, die regelmäßig als solche wenige Gestaltungsmöglichkeiten zulässt. In der tatsächlichen Handhabung des Vertrages konnte der Beigeladene zu 1) allerdings den äußeren Rahmen feststecken, indem er die Reihenfolge der Zustellungen nach seinen Wünschen bestimmen konnte und zwar eine zweistündige Tour in einem Zeitfenster von vier bis maximal fünf Stunden. Da zudem für die Tätigkeit keine Eingliederung in eine konkrete betriebliche Organisation erfolgte, sondern diese außerhalb eines Betriebsgebäudes und ohne Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern stattfand, kann eine konkrete Eingliederung in eine betriebliche Organisation nicht festgestellt werden. Dies ist jedoch ebenfalls bei einfachen, außerhalb eines Betriebsgebäudes zu verrichtenden Tätigkeiten nicht allein ausschlaggebend. Vielmehr erfolgt die Abgrenzung in diesen Fällen danach, ob die übernommene vertragliche Verpflichtung persönlich zu erfüllen ist oder ob nicht nur formal, sondern auch tatsächlich die Freiheit eingeräumt war, die konkrete Person, die den Dienstleistungsauftrag erfüllen sollte, selbst zu bestimmen. Durch die Möglichkeit des Einsatzes von anderen Personen gewinnt der Dienstverpflichtete die Möglichkeit, über den Umfang seiner Leistungszeit frei zu entscheiden. Ausweislich der vorliegenden Unterlagen war der Beigeladene zu 1) nicht einzelnen Weisungen der Klägerin unterworfen. Er war letztlich nicht hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung derart gebunden, wie dies für eine abhängige Beschäftigung notwendig wäre. Vertraglich geschuldet war die Abholung der Backwaren bei der Vertragsbäckerei und die Lieferung an die Kunden. Bei der konkreten Planung und tatsächlichen Ausgestaltung der einzelnen Touren war er frei. Dabei ist unbeachtlich, dass er einen Zeitkorridor zu beachten hatte zwischen der Zurverfügungstellung der Waren durch die Vertragsbäckerei und dem späteren Auslieferungszeitpunkt bei den Kunden. Die Zeiteinteilung gerade auch im Hinblick auf die Reihenfolge der Belieferung war eigenständig und eigenverantwortlich von dem Beigeladenen zu 1) mit dem Ziel umzusetzen, die Kunden zur Zufriedenheit zu beliefern, und dies nicht um einen Arbeitgeber zufriedenzustellen, sondern um das persönliche Haftungsrisiko zu minimieren, das ein Arbeitnehmer gerade nicht zu tragen hat. Dabei hat der Beigeladene zu 1) Vorgaben dahingehend zu beachten, dass ihm Lade- und Abladestelle vorgegeben werden, dies ist aber auch bei jedem Speditionsunternehmen der Fall, das Ware - im Auftrag eines anderen - von einem Ort an einen anderen befördert. Dass es sich in diesem Fall bei der zu befördernden Ware um Brötchen/Backwaren handelt, ändert nichts am Charakter der Tätigkeit und macht die nach außen und innen erkennbar gewollte selbständige Tätigkeit nicht zu einer abhängigen Beschäftigung. Auch die Tatsache, dass für den letzten Zustellungszeitpunkt eine Uhrzeit fixiert ist, spricht nicht für ein Beschäftigungsverhältnis. Zwar ergibt sich ein überschaubarer Spielraum von maximal vier bis fünf Stunden in der zeitlichen Einteilung der übernommenen Dienstleistung zwischen dem frühestmöglichen Übernahmezeitpunkt der Backwaren und dem spätesten Zustellungszeitpunkt. Die Begrenzung der persönlichen Freiheit hat hierdurch jedoch nicht eine solche Dichte erreicht, dass davon die Rede sein könnte, die Klägerin habe sich durch die ein- bis zweistündige Inanspruchnahme vertraglich die Verfügungsmacht über die Leistung in einem bestimmten Zeitraum einräumen lassen. Abgesehen von dem verbleibenden Spielraum innerhalb der Zustellungszeit besteht eben gerade deshalb keine Verfügungsmöglichkeit über die Leistungszeit des Beigeladenen zu 1), weil dieser die Vertragserfüllung nicht in eigener Person schuldet. Es ist auch nicht so, dass der dem Beigeladenen zu 1) zugestandene Zeitpuffer so kalkuliert war, dass die Klägerin letztlich komplett - auf den Arbeitstag bezogen - über

seine Arbeitszeit verfügte und ihm keinerlei Gestaltungsspielraum mehr verblieb. Die dem Beigeladenden zu 1) vertraglich eingeräumte Möglichkeit, Transporte auch für weitere eigene Kunden auf eigene Rechnung durchzuführen, war nicht nur eine theoretische Möglichkeit, sondern konnte theoretisch umgesetzt werden und wurde tatsächlich auch praktisch umgesetzt.

Der Beigeladene zu 1) hatte dabei nicht nur die Möglichkeit andere Personen einzusetzen, er hatte sich vertraglich sogar dazu verpflichtet, einen Ansprechpartner/Ersatzfahrer im Betrieb zu benennen. Das ist für eine abhängige Beschäftigung auch alles andere als üblich, sondern ist vielmehr dem Umstand geschuldet, dass bei der Vertragsgestaltung bekannt war, es hier mit einem "Kleinunternehmer" zu tun zu haben.

Die Vergütung war erfolgsabhängig geschuldet. Bei unterlassener Leistungserbringung war sogar, neben möglichem Schadensersatz, eine Vertragsstrafe vorgesehen. Diese Umstände prägen ebenfalls kein Beschäftigungsverhältnis, sondern sprechen für eine selbständige Tätigkeit. Der Beigeladene zu 1) trägt dabei auch das für eine selbständige Tätigkeit unerlässliche (volle) unternehmerische Risiko. Er muss die Transporte mit einem eigenen Transporter ausführen und hat damit auf eigene Rechnung dessen Anschaffungskosten zu tragen wie auch andere Investitionen wie in Büro- und Telekommunikation zu vorzunehmen. Auf der anderen Seite (spiegelbildlich dazu) hat er aber auch die Möglichkeit, seinen Gewinn zu steigern, er kann nicht nur für die Klägerin weitere Touren übernehmen, sondern sein Fahrzeug - so wie er es tatsächlich auch umsetzt - für andere Auftraggeber, wie etwa einen Pizza-Service, einsetzen. Lediglich für Konkurrenzfirmen gibt es ein vertragliches Verbot für die Übernahme von Aufträgen. Das sind durchaus geschäftsübliche Praktiken, die nichts am Charakter der selbständigen Tätigkeit ändern. Die Annahme von Aufträgen weiterer (nur keiner Konkurrenz) Firmen ist ihm wegen der Zeitverteilung (Tour am frühen Morgen für ein bis zwei Stunden) und unabhängig davon wegen der Möglichkeit, andere Personen einzusetzen, jederzeit auch möglich. Auch im Rahmen des unternehmerischen Risikos ist die von dem Beigeladenen zu 1) übernommene Verpflichtung, die von ihm eingesetzten Mitarbeiter zu schulen sowie der Klägerin einen Ansprechpartner bzw. Ersatzfahrer zu benennen, von Bedeutung. Auch hierdurch kommt zum Ausdruck, dass nicht die persönliche Leistungserbringung Vertragsgegenstand war, sondern die Sicherstellung der Belieferung in einem bestimmten Vertragsgebiet, egal durch welche zustellende Person auch immer, die lediglich durch den Beigeladenen zu 1) verantwortet werden sollte. Dies alles wird nicht dadurch ausgehebelt, dass das unternehmerische Risiko - der Eigenart der Tätigkeit geschuldet - überschaubar ist. Zum einen ist bei Störungen auf Vertragsebene eine Vertragsstrafe (bei einem Arbeitnehmer undenkbar) geschuldet, zum anderen haftet der Beigeladene nicht nur für seine eigenen Versäumnisse, sondern auch für die der von ihm eingesetzten Ersatzleute. Hier kommt es klar zur Verlagerung des unternehmerischen Risikos von der Klägerin (diese müsste für ihre Arbeitnehmer selbst eintreten) auf den Beigeladenen zu 1). Insbesondere ist der Beigeladene zu 1) auch nicht dadurch, dass er für die Auslieferungsfahrten sein eigenes Kfz benutzt und eine geringe Kilometerpauschale erhält - wie die Beklagte argumentiert - vergleichbar mit einem Arbeitnehmer, der sein Fahrzeug anstelle eines Firmenfahrzeuges für Dienstfahrten gegen Aufwendungsersatz zur Verfügung stellt. Zum einen ist von der Grundkonstruktion die Tätigkeit nicht mit der eines Arbeitnehmers vergleichbar (Vertragsstrafe, Schadensersatz bei Schlechterfüllung etc.), zum anderen ist die Kilometerpauschale hier gerade kein Aufwendungsersatz, sondern Teil der Vergütung, die sich aus Preis pro Stückzahl und gefahrenen Kilometer zusammensetzt. Ob die Bezahlung dann letztlich lukrativ ist, gilt es an dieser Stelle nicht zu beurteilen, denn darauf kommt es nicht an. So ist es gerade der unternehmerischen Kalkulation vorbehalten, ob bei bestimmten Preisen Gewinne zu erzielen sind oder nicht. So kann es einem Unternehmer schon ausreichen, wenn er durch einen Auftrag lediglich seine Kosten deckt. Auch dies gilt es nicht zu bewerten. Des weiteren werden dem Beigeladenen zu 1) durch die Klägerin auch keinerlei Arbeitsmittel zur Verfügung gestellt. Die dreitägige Schulung selbst erfolgte auch nicht bei der Klägerin und durch die Klägerin, sondern bei der Bäckerei R., bei der der Beigeladene zu 1) freilich auch nicht beschäftigt ist. Für eine selbstständige Tätigkeit spricht im Übrigen auch das Fehlen von Urlaubsabgeltung und Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG).

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 197a Abs. 1 S 1 Teils 1 SGG i.V.m. [§§ 63 Abs. 2](#), [52 Abs. 2](#), [47 Abs. 1](#) des Gerichtskostengesetzes (GKG) und war in Höhe des Auffangstreitwertes vorzunehmen.

Rechtskraft

Aus

Login

FST

Saved

2016-05-26