

L 3 AL 24/08

Land
Schleswig-Holstein
Sozialgericht
Schleswig-Holsteinisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
3
1. Instanz
SG Lübeck (SHS)
Aktenzeichen
S 2 AL 177/06
Datum
16.01.2008
2. Instanz
Schleswig-Holsteinisches LSG
Aktenzeichen
L 3 AL 24/08
Datum
19.06.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Ein Mietfahrer (LKW-Fahrer) ohne eigenes Fahrzeug ist in der Regel abhängig beschäftigt.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 16. Januar 2008 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Gewährung eines Existenzgründungszuschusses.

Der 1945 geborene Kläger, der langjährig als Berufskraftfahrer gearbeitet hat, beantragte am 23. März 2006 die Gewährung eines Existenzgründungszuschusses zur Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit nach [§ 421](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III). Er gab an, ab 3. April 2006 in A eine mehr als kurzzeitige hauptberufliche selbständige Tätigkeit als selbständiger Kraftfahrer ohne eigenes Fahrzeug aufzunehmen. Am 3. April 2006 erfolgte eine Gewerbeanmeldung des Klägers; die angemeldete Tätigkeit wurde als Mietfahrer ohne eigenes Fahrzeug beschrieben. Am selben Tag unterzeichnete der Kläger einen Vermittlungsvertrag mit der Firma J.-C. M. (im Folgenden: J.-C. M.), auf dessen Einzelheiten Bezug genommen wird. Der Steuerberater K., S., nahm als fachkundige Stelle positiv zur Tragfähigkeit der Existenzgründung Stellung. In seiner zu den Akten der Beklagten gereichten Rentabilitätsvorschau vom 25. April 2006 führte er aus, der Kläger beabsichtige, für verschiedene Fuhrunternehmen als selbständiger Kraftfahrer zu arbeiten. Mit vier Firmen seien Absprachen getroffen worden. Kapitalbedarf sei nicht vorhanden; ein Büroraum werde unter privater Adresse eingerichtet. Der Kläger gehe bei seinen Einnahmen von einem Tagessatz von 120,00 EUR einschließlich Umsatzsteuer (USt) aus. Bei einer 5-6 Tage-Woche seien jährlich zwischen 210 und 240 Tage anzusetzen; hieraus errechne sich bei Abzug der USt und jährlicher Kosten in Höhe von 4.500,00 EUR ein Überschuss von 17.200,00 bis 20.300,00 EUR. Damit scheinere der Aufbau einer gesicherten Existenzgrundlage gegeben.

Unmittelbar vor der Aufnahme seiner Tätigkeit als Mietfahrer bezog der Kläger nach eigenen Angaben Arbeitslosengeld von der Beklagten.

Mit Bescheid vom 26. Juni 2006 lehnte die Beklagte die Gewährung eines Existenzgründungszuschusses ab. Sie führte sinngemäß aus, dass dem Antrag keine selbständige Tätigkeit des Klägers zugrunde liege. Die selbständige Arbeit sei gekennzeichnet durch die frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit und die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft. Der Selbständige arbeite im eigenen Namen und für eigene Rechnung und trage das wirtschaftliche Risiko seiner Tätigkeit (Unternehmerrisiko). Dazu gehöre regelmäßig der Einsatz eigenen Kapitals mit der Gefahr des Verlustes. Das Unternehmerrisiko könne aber auch schon im ungewissen Erfolg des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft liegen. Dann müsse die Belastung mit Risiken aber mit einem deutlichen Zuwachs an Dispositionsfreiheit und Gewinnchancen einhergehen. Scheinselbständig, d.h. faktisch abhängig beschäftigt, könne hingegen sein, wer wirtschaftlich und persönlich im Regelfall nur an einen Auftraggeber gebunden sei, z.B. durch Eingliederung in den organisierten Betriebs- und Arbeitsablauf des Auftraggebers und durch genaue Auftrags- und Terminvorgaben. Die Situation eines Scheinselbständigen gleiche der eines abhängigen Arbeitnehmers, der an das Weisungsrecht des Arbeitgebers und die Eingliederung in einen fremden Betrieb gebunden sei (örtliche, zeitliche und inhaltliche Weisungsbindung). Nach dem Vermittlungsvertrag sei der Kläger der Firma J.-C. M. gegenüber verpflichtet, Stundennachweise oder Wochenberichte vorzulegen. Bei fehlenden Fahrberichten würden ihm 25 Arbeitstage in Rechnung gestellt. Zudem dürfe der Mietfahrer in den von der Firma J.-C. M. vermittelten Einsatzfirmen nicht ohne "J.-C." firmieren, wenn der Mietfahrer zuvor an eine dieser Firmen vermittelt worden sei. Er dürfe als Mietfahrer ebenfalls nicht in einer von J.-C. M. vermittelten Einsatzfirma innerhalb einer Sperrfrist von 90 Tagen tätig werden ohne das Einverständnis von J.-C. M. Der Kläger beauftrage die Firma J.-C. M. außerdem, in seinem Namen eine Rechnung über seine geleistete Arbeit bei Einsatzfirmen zu schreiben, und es werde eine Haftung gegenüber J.-C. M. ausgeschlossen. Dagegen sei er gegenüber der Einsatzfirma und J.-C. M. haftbar für angenommene Aufträge, die er gegebenenfalls nicht ausführe. Aus diesen Tatsachen lasse sich

schließen, dass keine örtliche, inhaltliche und zeitliche unternehmerische Freiheit und ferner eine Abhängigkeit/Weisungsgebundenheit vorlägen.

Gegen den Bescheid vom 26. Juni 2006 erhob der Kläger Widerspruch, zu dessen Begründung er das Vorliegen einer Scheinselbständigkeit bestritt. Er führte aus, dass er nach einer Sperrfrist von 90 Tagen ohne den Zusatz "J.-C." firmieren und so seinen Kundenstamm erweitern könne. Dabei komme ihm zugute, dass er zuvor in der Einsatzfirma seine Dienstleistung habe unter Beweis stellen können. Hinzuweisen sei auch darauf, dass die Beklagte anderen Mietfahrern Existenzgründungszuschüsse gewährt habe.

Auf Nachfrage der Beklagten teilte der Kläger mit, dass er über den Vermittlungsvertrag hinaus nicht in Vertragsbeziehungen zu der Firma J.-C. M stehe. Im Übrigen benannte er zwei Firmen, für die er als Mietfahrer tätig sei. Zu weiteren Betrieben habe er Kontakt aufgenommen, jedoch bislang ohne Erfolg.

Mit Widerspruchsbescheid vom 28. Juli 2006 wies die Beklagte den Widerspruch unter Wiederholung der Gründe des Ausgangsbescheides als unbegründet zurück. Ergänzend führte sie aus, dass es für ihre Entscheidung nur auf die Verhältnisse bei Beginn der geltend gemachten selbständigen Tätigkeit ankomme. Spätere Entwicklungen, wie sie der Kläger in seiner Widerspruchsbegründung beschrieben habe, seien insoweit nicht von Bedeutung. Auf die bisherigen Tätigkeiten des Klägers habe der Vermittlungsvertrag mit der Firma J.-C. M Anwendung gefunden. Dieser Vertrag sei allerdings so restriktiv, dass sich die Arbeit als abhängig von dieser Firma darstelle und gerade nicht als selbständig.

Der Kläger hat am 11. August 2006 bei dem Sozialgericht (SG) Schleswig Klage erhoben. Mit Beschluss vom 30. August 2006 hat das SG Schleswig sich für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das örtlich zuständige SG Lübeck verwiesen.

Zur Begründung seiner Klage hat der Kläger geltend gemacht: Die Beklagte gehe zu Unrecht davon aus, dass er als sog. Scheinselbständiger tätig sei. Soweit die Beklagte dabei auf seine Verpflichtung, J.-C. M Stundennachweise bzw. Wochenberichte vorzulegen, abgestellt habe, diene dies allein der Berechnung der von den Einsatzfirmen an J.-C. M zu zahlenden Provisionen. Die Beklagte habe auch nicht berücksichtigt, dass seine vertragliche Befugnis, angenommene Aufträge an Angestellte oder an Fremdfirmen weiterzureichen, entscheidend für seine Selbständigkeit spreche. Von seiner Einbindung in den Betrieb der Firma J.-C. M könne insoweit keine Rede sein. Dies zeige sich auch daran, dass Einzelheiten eines Auftrags allein zwischen ihm und dem jeweiligen Auftraggeber vereinbart würden; die Firma J.-C. M sei in diesen Prozess nicht eingebunden. Dass er zunächst nicht ohne den Zusatz "J.-C." habe firmieren dürfen, sei angesichts der mit dieser Regelung verfolgten wirtschaftlichen Zwecke der Firma J.-C. M für die Abgrenzung von Selbständigkeit und Scheinselbständigkeit unergiebig. Die Haftungsausschlüsse im Vermittlungsvertrag sprächen nicht für, sondern gegen eine Scheinselbständigkeit. Vertragspartner des Mietfahrers sei nämlich der jeweilige Auftraggeber, nicht die Firma J.-C. M. Durch die Haftungsregelung sei klargestellt, dass im Falle des Forderungsausfalls des Mietfahrers nicht J.-C. M für die Frachtlöhne aufzukommen habe. Hierin realisiere sich auch sein - des Klägers - Unternehmerrisiko. Auch zeige sich sein Unternehmerrisiko daran, dass er das Risiko seiner eigenen Erkrankung trage. Auch Urlaubsansprüche seien selbstverständlich nicht geregelt. Nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse würden hier die Gesichtspunkte überwiegen, die für eine selbständige Tätigkeit sprächen. Allein der Umstand, dass er nicht über ein eigenes Fahrzeug verfüge, spreche nicht gegen eine selbständige Tätigkeit. Hinzuweisen sei auch darauf, dass er bei der Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltungen als selbständiger Unternehmer geführt werde. Auch das Finanzamt führe ihn als Selbständigen.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 26. Juni 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Juli 2006 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm einen Existenzgründungszuschuss gemäß [§ 421 I SGB III](#) zu gewähren.

Die Beklagte hat unter Bezugnahme auf den Inhalt der angefochtenen Bescheide beantragt,

die Klage abzuweisen.

Ergänzend hat sie ausgeführt: Aus ihrer Sicht liege hier eine "klassische" Scheinselbständigkeit vor. Der Kläger verfüge über kein eigenes Fahrzeug und werde quasi von der Firma J.-C. M als Fahrer an andere Expeditionen verliehen. Er bringe nichts anderes als seine Arbeitskraft ein und sei völlig von der Firma J.-C. M abhängig, die z.B. auch die Rechnung über seine bei den Einsatzfirmen geleistete Tätigkeit schreibe (Nr. 10 des Vermittlungsvertrages). Aus durchsichtigen Gründen werde der Kläger nicht als Arbeitnehmer eingestellt, sondern als selbständiger "Subunternehmer" geführt, wobei sie - die Beklagte - mit dem Existenzgründungszuschuss einen Teil des Risikos übernehmen solle.

Nach mündlicher Verhandlung am 16. Januar 2008 hat das SG die Klage mit Urteil vom selben Tage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Klage sei zulässig, aber nicht begründet. Der Kläger habe keinen Anspruch auf einen Existenzgründungszuschuss nach [§ 421 I SGB III](#) in der ab dem 31. Dezember 2005 geltenden Fassung. Die Kammer halte die Begründungen der angefochtenen Bescheide für zutreffend und nehme hierauf Bezug ([§ 136 Abs. 3](#) Sozialgerichtsgesetz [SGG]). Ergänzend sei auszuführen: Der Begriff der Scheinselbständigkeit sei nicht vollständig geklärt; die Abgrenzung zwischen einem Beschäftigungsverhältnis und einer selbständigen Tätigkeit sei oft schwierig. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setze eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert sei und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege. Demgegenüber sei eine selbständige Tätigkeit anzunehmen, die durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitszeit und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet sei. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig sei, hänge davon ab, welche Merkmale überwiegen würden. Maßgebend sei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Wichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, würden Letztere den Ausschlag geben. Nach diesen Maßstäben habe die Beklagte zu Recht keine selbständige Tätigkeit angenommen. Sie habe neben dem Inhalt des Vermittlungsvertrages zu Recht im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Kläger ausschließlich in einem ihm von der Firma J.-C. M vermittelten Betrieb tätig gewesen sei. Auf diese Tätigkeit habe der

Vermittlungsvertrag Anwendung gefunden. Dieser Vertrag sei so ausgestaltet, dass hier eine abhängige Beschäftigung vorliege und gerade keine selbständige Tätigkeit. Von besonderer Bedeutung sei, dass der Kläger über kein eigenes Fahrzeug verfüge und praktisch von J.-C. M an andere Speditionen verliehen werde. Der Kläger sei seit knapp 40 Jahren als Berufskraftfahrer tätig und bringe außer seiner Arbeitskraft nichts in die selbständige Tätigkeit ein. Ein Kapitalbedarf sei nicht gegeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) sei bei einfachen untergeordneten Arbeiten eher die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen als bei gehobenen Tätigkeiten. Dazu passe es, dass der Kläger gegenüber J.-C. M seine Tätigkeiten bei den Einsatzfirmen angeben und nachweisen müsse. Die Firma J.-C. M erstelle dann entsprechende Rechnungen. Demgegenüber sei diese Firma nicht verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen und hälftige Krankenversicherungsbeiträge zu tragen. Auch die Entgeltversteuerung sei Sache des Klägers. Bei der Gesamtschau würden die Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses überwiegen, wobei hier die Verhältnisse im Zeitpunkt der Antragstellung maßgeblich seien. Etwaige spätere Änderungen der vertraglichen Ausgestaltung oder der praktischen Handhabung seien für die Frage der Gewährung eines Existenzgründungszuschusses ohne Bedeutung; eine selbständige Tätigkeit müsse von Anfang an vorliegen, damit die Förderung durch die Beklagte möglich sei.

Gegen diese seinen Prozessbevollmächtigten am 5. März 2008 zugestellte Entscheidung richtet sich die am Montag, dem 7. April 2008 bei dem Schleswig-Holsteinischen Landessozialgericht (LSG) eingegangene Berufung des Klägers. Wie der Kläger in der Berufungsverhandlung am 19. Juni 2009 ausgeführt hat, hat er die Tätigkeit als Mietfahrer ohne eigenes Fahrzeug inzwischen aufgegeben.

Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger unter Bezugnahme auf sein bisheriges Vorbringen vor: Das SG sei in der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände zu Unrecht davon ausgegangen, dass er als sog. Scheinselbständiger anzusehen sei. Er sei weiterhin davon überzeugt, dass es sich bei seiner Tätigkeit als Mietfahrer um eine selbständige Tätigkeit gehandelt habe. Dass er nicht über ein eigenes Fahrzeug verfüge, sei insoweit nicht von entscheidender Bedeutung. Das Kriterium des Kapitalbedarfs sei kein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit. Soweit das SG gemeint habe, dass er in die Arbeitsorganisation der Vermittlungsagentur J.-C. M eingegliedert gewesen sei, treffe das nicht zu. Die Vermittlungsagentur sei für ihn nur eines von zahlreichen Werbemitteln gewesen, um an Aufträge zu gelangen. Er habe keinesfalls nur in Betrieben gearbeitet, die ihm von der Firma J.-C. M vermittelt worden seien. Beispielhaft sei auf eine Tätigkeit für die Firma P Transportgesellschaft mbH in L zu verweisen, mit der er seine Leistungen mit einer in Kopie zur Akte gereichten Rechnung vom 14. November 2006 unmittelbar abgerechnet habe. Was seine Verpflichtung zur Vorlage von Stundennachweisen und Wochenberichten an die Firma J.-C. M betreffe, hätten diese Unterlagen allein zur Berechnung von Provisionen der Firma J.-C. M gedient; seine Eingliederung in den Betrieb sei damit nicht beabsichtigt gewesen. Soweit er Aufträge selbst akquiriert habe, sei er der Firma J.-C. M gegenüber nicht berichtspflichtig gewesen. Die Erstellung von Rechnungen an Speditionen durch die Firma J.-C. M sei eine reine Serviceleistung gewesen, die für die Abgrenzung zwischen Selbständigkeit und Unselbständigkeit unergiebig sei. Dass er bei Aufträgen, die die Firma J.-C. M vermittelt habe, zunächst mit dem Zusatz "J.-C." habe firmieren müssen, habe allein den Zweck gehabt, Werbeeffekte der Firma J.-C. M zu steigern. Keinesfalls sei er von dieser Firma abhängig gewesen; er habe seine selbständige Tätigkeit auch unabhängig von dieser Firma ausüben können und habe dies - etwa durch eigenständige Akquirierung von Aufträgen ohne Einschaltung der Firma J.-C. M - auch getan. Für seine Selbständigkeit spreche auch der Umstand, dass er die geschuldete Leistung ohne Weiteres auch durch Dritte habe erbringen lassen können. Das SG habe des Weiteren verkannt, dass er keine Ausschließlichkeitsvereinbarung mit der Firma J.-C. M getroffen habe. Außerdem sei er nicht verpflichtet gewesen, überhaupt irgendeine Tätigkeit für die Firma J.-C. M zu entfalten. Ob er Vermittlungsangebote der Firma J.-C. M nutzen würde, sei allein seine Entscheidung gewesen. Er habe auch nicht in einem Maß Weisungen der Firma J.-C. M unterlegen, dass hieraus auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zu schließen sei. In seiner Zeiteinteilung sei er völlig frei gewesen. Dass er bestimmte Vorgaben der jeweiligen Auftraggeber berücksichtigen müsse, habe keine Weisung in dem für die Abgrenzung von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit maßgeblichen Sinne dargestellt, sondern eine selbstverständliche Beschreibung des Auftragsinhalts. Zu berücksichtigen sei auch, dass seine Tätigkeit eine Vielzahl von Merkmalen unternehmerischen Handelns habe erkennen lassen (kein Urlaubsanspruch, kein Anspruch auf Fortzahlung von Bezügen im Krankheitsfall, alleiniges Tragen des unternehmerischen Risikos). Zusammenfassend sei er nicht in den Betrieb der Firma J.-C. M eingegliedert gewesen. Selbst wenn die Argumente für und gegen eine selbständige Tätigkeit sich in etwa die Waage halten würden, müsse hier von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen werden, weil dies dem Willen der Beteiligten entspreche. Die Firma J.-C. M sei für ihn nichts weiter als eine Auftragsbörse, also ein Medium zum Akquirieren von Fahraufträgen, gewesen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Lübeck vom 16. Januar 2008 sowie den Bescheid der Beklagten vom 26. Juni 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 28. Juli 2006 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm einen Existenzgründungszuschuss gemäß [§ 421 SGB III](#) zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie stützt das angefochtene Urteil und erwidert: Das SG habe zu Recht maßgeblich darauf abgestellt, dass der Kläger seine Tätigkeit ohne eigenes Fahrzeug ausgeübt habe. Diesem Umstand komme nämlich für die Abgrenzung zwischen Selbständigkeit und Arbeitnehmereigenschaft entscheidende Bedeutung zu. Hierzu werde insbesondere auf Rechtsprechung des Bayerischen LSG Bezug genommen, wonach wichtiger Gesichtspunkt für die Abhängigkeit der Beschäftigung die Verfügung über eigene Betriebsmittel sei. Arbeits- bzw. Betriebsmittel eines Fahrers sei das Kraftfahrzeug. Auch in den Fällen, in denen das BAG in den letzten Jahren zur Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Frachtführer im Sinne einer Selbständigkeit entschieden habe, hätten die Fahrer über eigene Fahrzeuge verfügt. Hinzuweisen sei auch auf ein Urteil des BAG vom 22. Juni 1994, in dem das BAG eine selbständige Tätigkeit nicht in Betracht gezogen habe, obwohl die Beteiligten ursprünglich eine selbständige Tätigkeit als sog. Autolotse beabsichtigt hätten. Für die Frage der Eingliederung des Klägers in die Firma J.-C. M sei unerheblich, dass der Kläger auch ohne Beteiligung dieser Firma eigenständig auf Beschäftigungssuche sei. Es sei für eine Aushilfskraft nicht ungewöhnlich, für mehrere Arbeitgeber tätig zu werden. Arbeitgeber sei in diesen Fällen die jeweilige Spedition, bei der der Kläger beschäftigt werde. Das Tätigkeitsfeld der Firma J.-C. M bewege sich in einer Grauzone zwischen Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung, wobei die Firma nicht Inhaberin einer Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung sei. Es könne im vorliegenden Verfahren offen bleiben, ob der Kläger - wie das SG mit beachtlichen Gründen ausgeführt habe - in einem Beschäftigungsverhältnis zur Firma J.-C. M stehe oder ob auch hier ein solches zu den jeweiligen Spediteuren

begründet werde. In jedem Fall liege keine Selbständigkeit vor, da der Kläger ohne eigenes Kraftfahrzeug in einen fremden Geschäftsbereich eingegliedert worden sei. Wie jeder andere Arbeitnehmer auch habe der Kläger lediglich seine Arbeitskraft vermietet.

Der Kläger tritt der Rechtsauffassung der Beklagten entgegen und hält die zitierte Rechtsprechung des Bayerischen LSG und des BAG für nicht einschlägig.

Dem Senat haben die den Kläger betreffenden Verwaltungsvorgänge der Beklagten und die Gerichtsakten vorgelegen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und des Vorbringens der Beteiligten wird hierauf Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig, aber nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht und aus zutreffenden Gründen abgewiesen. Dabei ist die für den geltend gemachten Existenzgründungszuschuss allein in Betracht kommende Anspruchsgrundlage ([§ 421 I SGB III](#) in der ab dem 31. Dezember 2005 geltenden Fassung) richtig dargestellt worden. Zutreffend hat das SG auch unter korrekter Darstellung der insoweit geltenden rechtlichen Maßstäbe ausgeführt, dass der Kläger keine selbständige Tätigkeit im Sinne dieser Vorschrift aufgenommen hat. Der Senat teilt nach eigenständiger Überprüfung im Berufungsverfahren im Wesentlichen die hierzu vom SG gegebene Begründung, macht sich diese ausdrücklich zu Eigen und weist die Berufung in Anwendung von [§ 153 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) aus den im Wesentlichen zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils als unbegründet zurück. Ob der Kläger - wie die Beklagte in den angefochtenen Bescheiden gemeint hat - in den Betrieb der Firma J.-C. M eingegliedert war oder ob eine solche Eingliederung eher in Bezug auf die jeweiligen Einsatzfirmen (Speditionen) anzunehmen ist, lässt der Senat in Modifizierung der erstinstanzlichen Entscheidungsgründe offen.

Im Übrigen ist im Hinblick auf das Berufungsvorbringen Folgendes zu ergänzen bzw. noch einmal hervorzuheben: Selbständig ist eine Tätigkeit in Abgrenzung zur abhängigen Beschäftigung, wenn sie mit einem Unternehmerrisiko verbunden ist, ein Weisungsrecht Dritter fehlt und die Befugnis besteht, über die eigene Arbeitskraft, die Arbeitszeit und den Arbeitsort im Wesentlichen frei zu verfügen (vgl. BSG, Urteil vom 6. Februar 1992, [7 RA R 134/90](#), [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#)). Maßgebend ist das Gesamtbild der Tätigkeit unter Würdigung der tatsächlichen Umstände des Einzelfalles, ausgehend von der vertraglichen Ausgestaltung der Verhältnisse (vgl. BSG, Urteil vom 29. Januar 2008, B [7/7a AL 70/06 R](#), [SozR 4-4300 § 25 Nr. 2](#) m.w.N.).

Die Tätigkeit als LKW-Fahrer kann zwar sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses (vgl. dazu allg. BSG, Urteil vom 19. August 2003, [B 2 U 38/02 R](#), [SozR 4-2700 § 2 Nr. 1](#), und Urteil vom 22. Juni 2005, [B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4 2400 § 7 Nr. 5](#) m.w.N.; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. November 2008, [L 4 KR 4098/06](#), veröffentlicht in juris; Hessisches LSG, Urteil vom 24. Februar 2009, [L 1 KR 249/08](#), veröffentlicht in juris, m.w.N.) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses als selbständige Tätigkeit (vgl. zu Fahrtätigkeiten BSG, Urteil vom 27. November 1980, [8a RU 26/80](#) = [SozSich 1981, 220](#); LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13. September 2007, [L 5 R 5/06](#), veröffentlicht in juris; Bayerisches LSG, Urteil vom 17. November 2006, [L 5 KR 293/05](#), veröffentlicht in juris) ausgeübt werden. Vorliegend überwiegen allerdings die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen (so im Ergebnis auch Hessisches LSG, Urteil vom 24. Februar 2009, [a.a.O.](#), wonach ein LKW-Fahrer, der nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt, regelmäßig abhängig beschäftigt ist, und LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. November 2008, [a.a.O.](#), wonach derjenige, der sich als LKW-Fahrer "vermietet", ohne über einen eigenen LKW zu verfügen, abhängig beschäftigt ist).

Der Kläger trug im Rahmen seiner Tätigkeit als Mietfahrer ohne eigenes Fahrzeug kein Unternehmerrisiko. Nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 28. Mai 2008, [B 12 KR 13/07 R](#), veröffentlicht in juris) ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Der Kläger hat nur seine eigene Arbeitskraft eingesetzt; er stellte keine Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht darauf, Einnahmen zu erzielen, zur Verfügung. Anders als dies bei einem Unternehmer regelmäßig der Fall ist, bot der Kläger neben seiner Arbeitskraft nicht den Einsatz von Sachmitteln an, sondern nur - wie andere abhängig Beschäftigte auch - seine Arbeitskraft. Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft spricht jedoch nur dann für Selbständigkeit, wenn ihr auch eine größere Freiheit bei der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüber steht (Hessisches LSG, Urteil vom 24. Februar 2009, [a.a.O.](#)). Das war hier nicht der Fall.

Die Verfügungsmöglichkeit des Klägers in Bezug auf seine eigene Arbeitskraft war bereits dadurch deutlich eingeschränkt, dass er über keinen eigenen LKW verfügte, so dass er darauf angewiesen war, dass ihm Einsatzfirmen (Speditionen) einen LKW als Arbeitsgerät zur Verfügung stellten. Zwar stand ihm frei, sich durch die Firma J.-C. M an Einsatzfirmen vermitteln zu lassen; auch hatte er wegen Fehlens einer Ausschließlichkeitsvereinbarung mit der Firma J.-C. M die Möglichkeit, sich unabhängig von deren Vermittlungstätigkeit um einen Einsatz als LKW-Fahrer bei Fremdfirmen zu bemühen. Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, gilt zwar im Grundsatz als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse sind jedoch Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er ein konkretes Angebot ablehnt. Auch in solchen Fällen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen - etwa wegen Erkrankung - lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Arbeitskräfte zurückgegriffen wird, kann dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen. Wird dieses Angebot jedoch angenommen, übt der Betreffende eine 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 selbständig Tätigen (so auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. November 2008, und Hessisches LSG, Urteil vom 24. Februar 2009, jeweils [a.a.O.](#)). Dass der Kläger - wie er in der Berufungsverhandlung geltend gemacht hat - das Risiko der tatsächlichen Zahlung einer Vergütung getragen und insoweit auch Ausfälle zu verzeichnen gehabt hat, begründet kein typisches Unternehmerrisiko, weil die Situation sich insoweit nicht von derjenigen eines abhängig Beschäftigten, dem der Lohn nicht gezahlt wird, unterscheidet.

Gegen die Annahme einer selbständigen Tätigkeit des Klägers spricht auch der Umstand, dass Art und Inhalt seiner Tätigkeit bei den jeweiligen Einsatzfirmen von diesen im Detail vorbestimmt worden sind. Dass der Kläger ein Gewerbe angemeldet hat und er vom Finanzamt wie von der Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltungen als Selbständiger geführt wird bzw. wurde, ist für die hier vorzunehmende Einordnung unergiebig, weil die jeweiligen Behörden insoweit keine inhaltliche Prüfung der Beschäftigung vornehmen.

Ebenso kommt dem Umstand, dass der Kläger ausweislich seines zur Akte gereichten Schreibens an die Firma P Transportgesellschaft Rechnungen mit Mehrwertsteuer auswies, keine entscheidende Bedeutung für die Statusfeststellung zu (so auch LSG Baden-Württemberg und Hessisches LSG, jeweils a.a.O.).

Die für eine Selbständigkeit sprechenden Aspekte fehlender Regelungen über Urlaubsansprüche sowie über eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall treten zur Überzeugung des Senats bei der gebotenen Gesamtabwägung in ihrer Bedeutung zurück.

Nach allem vermag der Senat nicht vom Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit des Klägers als Mietfahrer auszugehen, so dass der geltend gemachte Anspruch auf einen Existenzgründungszuschuss schon aus diesem Grunde nicht besteht und die Berufung keinen Erfolg haben kann. Zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen des [§ 421 I SGB III](#) erübrigen sich insoweit weitere Ausführungen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 und 4 SGG](#) und orientiert sich am Ausgang des Rechtsstreits.

Der Senat hat keinen Anlass gesehen, nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) die Revision zuzulassen.

Rechtskraft

Aus

Login

SHS

Saved

2009-07-31