

## L 5 KR 188/02

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Bayreuth (FSB)  
Aktenzeichen  
S 9 KR 36/99  
Datum  
27.06.2002  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 5 KR 188/02  
Datum  
13.07.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 27. Juni 2002 aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid vom 6. April 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23. Dezember 1998 abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitgegenstand ist ebenso wie in den Parallelverfahren [L 5 KR 186/02](#) (in Sachen S.) und 187/02 (in Sachen B.) die Rechtmäßigkeit des Bescheides der Beklagten vom 06. April 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Dezember 1998, womit wegen der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) beim Kläger in der Zeit vom 01.01.1994 bis 31.12.1996 28.186,30 DM an Gesamtsozialversicherungsbeiträgen nachgefordert werden.

Der Kläger war Inhaber einer Arzneimitteltransportfirma, die ihre gesamten Aufträge von der Spedition H. erhielt. Bei ihm führte die Beklagte am 11.08. und 24.11.1997 eine Betriebsprüfung betreffend den Zeitraum vom 01.01.1994 bis 31.12.1996 durch. Mit Bescheid vom 06.04.1998 stellte sie fest, dass drei Beschäftigte, u.a. auch der Beigeladene zu 1) trotz Vorliegens abhängiger Beschäftigungsverhältnisse als selbständig Tätige geführt wurden. Sie forderte deshalb Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung in Höhe von insgesamt 41.657,48 DM nach, wovon der eingangs genannte Betrag auf den Beigeladenen zu 1) entfiel.

Im Widerspruchsverfahren gab der Beigeladene zu 1) im Fragebogen vom 29.09.1997 an, dass er für seine Kurierdiensttätigkeit ein Gewerbe angemeldet habe. Im Fall seiner Verhinderung sei die Vertretung vom Kläger geregelt worden. Die Beschäftigung eigener Arbeitnehmer sei möglich gewesen, allerdings nicht tatsächlich erfolgt. Er sei berechtigt gewesen, Aufträge an Dritte weiterzugeben, habe auch für andere Kunden bzw. Auftraggeber gearbeitet und durch Inserate Eigenwerbung betrieben.

Im Laufe des Klageverfahrens ist der Beigeladene zu 1) am 30.06.1999 als Zeuge gehört worden. Danach hatte er mit dem Kläger lediglich eine mündliche Vereinbarung, unterschiedliche Touren zu fahren. Es habe sich dabei um feste Touren in ganz Oberfranken, die Oberpfalz und bis vor drei Jahren auch die ehemalige DDR gehandelt. Im Winter sei er teilweise 14 bis 15 Stunden unterwegs, im Übrigen 12 bis 13 Stunden. Außer für den Kläger fahre er noch für die Firma H., von der er Bücher, Zeitschriften für Buchhandlungen und Bahnhofskioske übernehme. Er mache Warenaustausch mit mehreren Fahrern der Firma P., wodurch sich eine Routenverkürzung ergebe. Der Warenaustausch sei zwar nicht erwünscht, aber er werde stillschweigend geduldet. Zu 80 % fahre er für die Firma W., zu 20 % für die Firma H. ...

Mit Urteil vom 27. Juni 2002 hat das Sozialgericht Bayreuth die strittigen Bescheide aufgehoben und ebenso wie in den parallel entschiedenen Fällen KR 35/99 und KR 20/99 betreffend die als Fahrer tätigen Mitarbeiter S. und B. die Merkmale der Selbständigkeit als überwiegend betrachtet. Für eine selbständige Tätigkeit spreche, dass der Beigeladene zu 1) auch Dritte mit der Auslieferung beauftragen durfte, berechtigt war, Aufträge für dritte Firmen auszuführen und den sogenannten Warenaustausch vollzogen habe. Schließlich habe keine Berichtspflicht bestanden und der Beigeladene zu 1) sei nicht verpflichtet gewesen, die vorgesehene Tour zu fahren.

Gegen das am 23.08.2002 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 18.09.2002 Berufung eingelegt. Unter anderem hat die Beklagte für eine abhängige Beschäftigung gewertet, dass der Beigeladene zu 1) gegebenenfalls mehrmals am Tag nach einem vorgegebenen Einsatzplan die Waren zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort mit dem Fahrzeug des Klägers abholen und fristgerecht an die Apotheken ausliefern musste. Einer verstärkten Überwachung habe es auch aufgrund des Warenaustausches nicht bedurft, da der Kläger

durch die daraus resultierende Verkürzung der Fahrtrouten von dieser Praxis durchaus profitiert habe. Zum einen seien dadurch Betriebsausgaben wie Benzinverbrauch reduziert worden, andererseits sei der Beigeladene dadurch für die Übernahme weiterer Touren anderer Fahrer verfügbar gewesen. Angesichts der ganzjährigen Tätigkeit könne von einer ständigen Dienstbereitschaft gesprochen werden. Auch sei von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Beigeladenen vom Kläger auszugehen.

Der Klägerbevollmächtigte hat argumentiert, nur aus ökonomischen Gründen habe sich der ständig gleiche Ablauf der Tour ergeben. Es entspreche der Organisation des selbständigen Transportunternehmers, sämtliche Transportkapazitäten auszuschöpfen. Dies habe nichts mit ständiger Dienstbereitschaft zu tun, sondern mit kaufmännischen Überlegungen des Beigeladenen. Die Tätigkeit für ein weiteres Unternehmen wie die Firma H. beweise die unternehmerische Absicherung des Beigeladenen und seine Unternehmereigenschaft.

Die Beklagte hat dagegen erwidert, dass sie sich den zutreffenden Ausführungen der Beigeladenen zu 2) in deren Schriftsatz vom 10.10.2002 in dem Verfahren L 4 KR 189/02 anschließe. Streitgegenstand dieses Berufungsverfahrens ist die Rechtmäßigkeit des Beitragsbescheides der Beigeladenen zu 2) vom 20.05.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 07.07.1999, worin die Beigeladene zu 2) als zuständige Einzugstelle nach [§ 28 i SGB IV](#) für die Zeit vom 01.01.1997 bis 31.12.1998 Beiträge in Höhe von 26.281,00 DM nachfordert. Die Beigeladene zu 2) hat im Berufungsverfahren L 4 KR 189/02, in dem sie Beklagte ist, folgende Einwände gegen das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 27.06.2002, womit auch die Bescheide der Beigeladenen zu 2) aufgehoben worden sind, erhoben: Das Fehlen eines eigenen Kraftfahrzeugs sei sehr wohl ein Indiz für eine Beschäftigung und auch die Vergütung je gefahrener Tour weise auf eine abhängige Beschäftigung hin. Zweifelsohne sei der Beigeladene durch den Einsatzplan des Klägers in die betriebliche Organisation des Klägers eingegliedert gewesen. Der Warenaustausch sei nicht erwünscht und nur geduldet worden und bei der Befugnis des Beigeladenen, Aufträge durch Dritte ausführen zu lassen, habe es sich nur um eine theoretische Möglichkeit gehandelt. Lediglich die Tatsache, dass der Beigeladene auch für andere Auftraggeber gefahren sei, stelle ein brauchbares Indiz für eine selbständige Tätigkeit dar.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 27. Juni 2002 aufzuheben und die Klage gegen ihren Bescheid vom 06. April 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Dezember 1998 abzuweisen.

Der Klägerbevollmächtigte beantragt,

die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 27. Juni 2002 zurückzuweisen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der Beklagtenakten, der die Beteiligten betreffenden Klageakten des SG Bayreuth sowie der Berufungsakten Bezug genommen. Im Berufungsverfahren L [5 KR 186/02](#) ist die Klage zurückgenommen, im Berufungsverfahren [L 5 KR 187/02](#) das Urteil des SG Bayreuth aufgehoben und die Klage abgewiesen worden.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. Das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 27. Juni 2002 kann keinen Bestand haben. Der Beigeladene zu 1) war im strittigen Zeitraum nicht selbständig tätig. Die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Rentenversicherung und Arbeitslosenversicherung knüpft an die "entgeltliche Beschäftigung" an ([§ 5 Abs.1 Ziff.1 SGB V](#), [§ 20 Abs.1 Ziff.1 SGB XI](#), [§ 1 Abs.1 SGB VI](#), [§ 25 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung im strittigen Zeitraum ist [§ 7 Abs.1 SGB IV](#) in seiner bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung. Danach ist "Beschäftigung" die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nichtselbständigkeit ist das rechtlich entscheidende Merkmal, das die Arbeit zur "Beschäftigung" im Sinne der Sozialversicherung macht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts 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. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte und eigener Betriebsmittel, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen freie Einteilung der Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (BSG, Urteil vom 19.08.2003, Az.: [B 2 U 38/02 R m.w.N.](#), BSG in [NJW 1994, 2974](#)). Das Gesamtbild der vom Beigeladenen zu 1) ausgeübten Fahrertätigkeit spricht für das einer abhängigen Beschäftigung.

Es kann dahinstehen, ob der Beigeladene zu 1) die Merkmale eines Frachtführers im Sinn des HGB aufweist. Der Umstand, dass es sich bei einer Person um einen Frachtführer nach [§ 425 HGB](#) a.F. bzw. § 407 ff. HGB neuer Fassung handelt, besagt noch nicht, dass diese Person stets eine selbständige Tätigkeit ausübt und daher nicht als Beschäftigter anzusehen ist (BSG, Urteil vom 19. August 2003 a.a.O.). Entscheidend ist vielmehr, ob die Gesamtwürdigung aller tatsächlichen Umstände den konkreten Einsatz des Beigeladenen zu 1) als selbständigen Frachtführer oder als abhängigen Fahrer ergibt.

Richtig ist zwar, dass auch der selbständige Frachtführer weitreichenden Weisungsrechten sowohl des Spediteurs als auch des Absenders und des Empfängers des Frachtgutes ausgesetzt ist, so dass allein aus der Zeitvorgabe noch nicht die Abhängigkeit des Auftragnehmers folgen muss ([BAGE 87, 129](#), 139 m.w.N.). Allerdings haben hier zahlreiche weitere Gesichtspunkte vorgelegen, die gegen eine selbständige Frachtführertätigkeit sprechen. So ist an erster Stelle zu nennen, dass der Beigeladene zu 1) fester Bestandteil eines vom Kläger aufgestellten Einsatzplans war. Der Kläger konnte seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Firma H. nur erfüllen, wenn er über eine ausreichende Zahl von Mitarbeitern verfügte, die die feststehende Zahl von Touren bewältigen konnte. Für die Nachttour Hof und eine Tagtour war der Beigeladene zu 1) fest eingeplant. Anders als in dem vom Bundesarbeitsgericht am 27.06.2001 entschiedenen Fall ([BAGE 98, 146-151](#)) konnte der Beigeladene zu 1) also nicht jederzeit darüber selbst entscheiden, ob und welche Aufträge er annehmen wollte. Er konnte seine Arbeit nur im einvernehmlich festgelegten zeitlichen Rahmen erbringen, der durch die betrieblichen Erfordernisse des Klägers bestimmt wurde. Auch wenn der Beigeladene zu 1) das Recht hatte, einzelne Einsätze abzulehnen, ist doch die Aufnahme in einen Dienstplan, der ohne vorherige Absprache mit dem Mitarbeiter erstellt wird, typisch für Arbeitnehmerbeziehungen (Hopt in [Baumbach/Lauterbach, HGB, § 84 Rdz.38](#)). Der Beigeladene zu 1) war in einer für einen Arbeitnehmer typischen Regelmäßigkeit für den

Kläger tätig, wenn er täglich nachts und einen Teil des Tages zur Verfügung stand. Seine Arbeit war Teil eines übergeordneten Planungsauftrags, den allein der Kläger nach außen zu vertreten hatte.

Als gewichtiger Gesichtspunkt für die Abhängigkeit der Beschäftigung stellt sich der Umstand dar, dass der Beigeladene zu 1) über keine eigenen Betriebsmittel verfügte. Seine Tätigkeit erforderte weder einen Kapitaleinsatz noch einen eigenen Geschäftsbetrieb oder - besonders bedeutsam - ein eigenes Kraftfahrzeug. In allen vom BAG in den letzten Jahren zur Abgrenzung Arbeitnehmer-Frachtführer positiv im Sinn der Selbständigkeit entschiedenen Fällen verfügten die Fahrer selbstverständlich über eigene Fahrzeuge ([BAGE 87, 129](#); [BAGE 90, 36](#); [BAGE 98, 146](#)). Der Beigeladene zu 1) hingegen fuhr die bis zu 250 km langen Touren mit Fahrzeugen, die im Eigentum des Klägers standen, von diesem gewartet und betankt wurden und im Schadensfall ersetzt werden mussten. Den Beigeladenen zu 1) traf sonach keinerlei Betriebsrisiko. Er schuldete lediglich seine Arbeitskraft. Beim Einsatz seiner Arbeitskraft war ihm der Erfolg in Form der vereinbarten Vergütung gewiss. Entsprechend den zutreffenden Ausführungen des LSG Berlin (Entscheidung vom 17.08.1994 - L 9 KR 68/94) ist es für die Arbeitnehmereigenschaft typisch, dass diesem der Erfolg seines Einsatzes von sächlichen oder persönlichen Mitteln gewiss ist. Der Beigeladene zu 1) wurde durch eine sichere Pauschale und nicht in Form einer irgendwie gearteten Gewinnbeteiligung oder erfolgsorientierten Prämie entlohnt.

Zweifellos war der Beigeladene zu 1) in der Gestaltung seiner Arbeitstätigkeit für den Kläger freier als die Mitarbeiter S. und B ... Er hatte sich das Recht ausbedungen, mit der Konkurrenz der Firma H. , also Mitarbeitern der Firma P. , zusammenzuarbeiten. Allerdings war diese Handhabung nach eigener Einlassung des Beigeladenen zu 1) nicht erwünscht und nur geduldet. Aus dieser Bezeichnung wird deutlich, dass sich der Beigeladene zu 1) und der Kläger nicht als gleichgestellte Unternehmer gegenüberstanden, bei denen typischerweise offene Verhandlungen zur beiderseitigen Interessenwahrnehmung geführt werden. Im gleichen Sinn ist es zu verstehen, dass der Beigeladene zu 1) im Fall einer Fehllieferung lediglich mit einer Ermahnung durch den Kläger rechnen musste, nicht hingegen mit einem Ausgleichsanspruch wegen des erlittenen wirtschaftlichen Nachteils. Zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass auch der Kläger durch den Warenaustausch, der wohl von Seiten der Firma H. nicht toleriert worden wäre, profitiert hat. Es wurden dadurch Betriebsausgaben wie der Verschleiß der Fahrzeuge und Bezinverbrauch reduziert und der Beigeladene zu 1) stand für eine weitere Tour zur Verfügung.

Von der Tätigkeit der beiden Mitarbeiter B. und S. unterscheidet sich die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) weiter dadurch, dass dieser auch für andere Auftraggeber gefahren ist. Allerdings handelte es sich dabei um die Firma H. , die auch Auftraggeber des Klägers war. Interessenkonflikte waren daher von vornherein nicht gegeben. Zudem war der Umfang dieser Tätigkeit mit 20 % gegenüber der Tätigkeit für den Kläger mit 80 % wirtschaftlich von untergeordneter Bedeutung.

Selbst wenn die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) für einen anderen Auftraggeber tätig geworden ist, als zusätzliches Merkmal für eine selbständige Tätigkeit neben fehlender Kontrolle zu werten ist, überwiegen dennoch die Kriterien für eine abhängige Beschäftigung. Zu nennen sind hier das fehlende Unternehmerrisiko, die praktisch regelmäßige Vollzeittätigkeit für den Kläger, die Organisation der Vertretung durch den Kläger und die Verbindlichkeit des Einsatzplans. Zutreffend weist die Beigeladene zu 2) darauf hin, dass die Urteilsgründe der 1. Instanz insoweit widersprüchlich sind, als der Einsatzplan als Instrument zur Erlangung von Planungssicherheit im Rahmen einer betrieblichen Organisation bezeichnet wird, gleichzeitig jedoch die Verbindlichkeit des Einsatzplans für den Beigeladenen zu 1) bestritten wird. Der Beigeladene zu 1) hat jedoch angegeben, dass er für feste Touren vorgesehen war und er zusätzliche Touren übernommen hat, wenn jemand ausfiel.

Nicht nachvollzogen werden kann auch die Darlegung des Sozialgerichts, der Beigeladene zu 1) sei befugt gewesen, Aufträge durch Dritte ausführen zu lassen. Tatsächlich hat der Beigeladene zu 1) keinen anderen Fahrer an seiner Stelle fahren lassen und im Fall seiner Verhinderung niemals selbst für seine Vertretung gesorgt. Die Organisation seiner Vertretung oblag vielmehr dem Kläger.

Dass eine Gewerbeanmeldung und die Abführung von Mehrwertsteuer beim Fehlen eines Unternehmerrisikos nicht genügen, die Eigenschaft als Selbständiger u begründen, hat das BSG bereits entschieden (BSG, Urteil vom 04.06.1998 in [SozR 3-2400 § 7 Nr.13](#)). Die Gesamtheit der Merkmale der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1), wie sie sich in Verbindung mit den Erkenntnissen aus den Verfahren KR 186/02 und 187/02 darstellen, sprechen dafür, dass auch der Beigeladene zu 1) zum Kläger in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat. Auch seine Tätigkeit war in erster Linie durch die Betriebsorganisation des Klägers geprägt und mit keinem Unternehmerrisiko verbunden.

Aus diesen Gründen war die Berufung in vollem Umfang erfolgreich.

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

Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich ([§ 160 Abs.2 Nrn.1](#) und [2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2005-05-17