

L 5 KR 17/04

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Aachen (NRW)
Aktenzeichen
S 8 RA 149/02
Datum
14.11.2003
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 5 KR 17/04
Datum
25.08.2005
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 14.11.2003 wird zurückgewiesen. Die Beklagte trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens; Kosten des Beigeladenen zu 1) sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob zwischen dem Beigeladenen zu 1) und der Klägerin von 1999 bis 2001 ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bestand.

Die Klägerin und der frühere Kläger zu 1) betrieben im fraglichen Zeitraum als Bezirksverwaltung der Firma U ein Serviceunternehmen im Bereich der Heiz- und Wasserkostenerfassung und -abrechnung. Dabei war die Firma der Klägerin für die regelmäßigen Abrechnungen zuständig, während der frühere Kläger zu 1) die technische Abwicklung (Einbau der Ablesegeräte, Reparaturen) sowie Zwischenablesungen übernommen hatte. In Abhängigkeit von Vorgaben der Hausverwaltung bzw. Hauseigentümer erfolgte in den betreuten Objekten das Ablesen der Messgeräte turnusgemäß in einem Winterdienst mit einem Schwerpunkt in den Monaten Dezember bis Februar und in einem Sommerkundendienst in den Monaten Mai bis Juli. Die Aufträge für das turnusmäßige Ablesen erteilte die Klägerin, während die Aufträge für Reparaturen und Zwischenablesungen von dem früheren Kläger zu 1) erteilt wurden. Für die Klägerin waren etwa 10 bis 20 Ableser tätig. Die Aufträge wurden an die Ableser für einen bestimmten Bezirk jeweils neu für den Winter- bzw. Sommerkundendienst vergeben. Dabei konnten die Ableser entscheiden, ob und welchen Bezirk sie übernehmen wollten. Die Ablesegeräte wurden von der Klägerin zur Verfügung gestellt. Den Ablesern wurden schriftliche Richtlinien zur Verfügung gestellt, in denen die technische Handhabung der eingesetzten Ablesegeräte erläutert wurde und die sie zu beachten hatten. Darüber hinaus erhielten sie zu Beginn ihrer Tätigkeit eine ca. 1 bis 1 ½-stündige Einweisung. Die Vergütung erfolgte pro abgelesenem Messgerät, wobei in Einzelfällen bei Objekten, bei denen wegen eines besonders hohen Aufwandes die Regelvergütung nicht angemessen erschien, mit den Ablesern auch abweichende Vergütungen vereinbart wurden. Die Ableser waren verpflichtet, jede Wohnung mindestens zweimal anzufahren. Wenn sie auch beim zweiten Mal den Wohnungsbesitzer nicht antrafen, meldeten sie dies der Klägerin, die mit der Hausverwaltung klärte, ob eine dritte - besonders zu vergütende - Ablesung gewünscht wurde. War dies der Fall, erhielt der Ableser für seine weitere Anfahrt eine zusätzliche Vergütung.

Der Beigeladene zu 1) war im fraglichen Zeitraum hauptberuflich als Maschinenschlosser im Schichtdienst beschäftigt. Daneben war er für die Klägerin tätig, wobei er im Wesentlichen für die Klägerin während der turnusmäßigen Kundendienste das Ablesen der Messgeräte übernommen hatte. Ein schriftlicher Vertrag bestand nicht. Der Beigeladene zu 1) wandte sich jeweils vor den turnusmäßigen Kundendiensten an die Klägerin und fragte nach möglichen Aufträgen nach. Ein Büro hatte der Beigeladene zu 1) nicht eingerichtet, er erledigte die erforderlichen Schreibarbeiten (Tätigkeitsnachweise, Rechnungserstellungen) an einem PC, der in seinem Schlafzimmer stand. Die Fahrten legte er mit seinem Privat-Pkw zurück, ansonsten setzte er als Arbeitsmittel nur einen Schraubenzieher ein. Er hatte für die Ablesetätigkeit ein Gewerbe angemeldet. Die der Klägerin erteilten Rechnungen wiesen jeweils die Umsatzsteuer aus, die vom Beigeladenen zu 1) abgeführt wurde. Für andere Auftraggeber war der Beigeladene zu 1) nicht tätig.

Der Beigeladene zu 1) beantragte am 27.07.2001 die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. In dem Antrag gab er an, er betreibe einen Ableseservice in Messtechnik und Ablesearbeiten an Heizkostenmessenanlagen. Ferner übernehme er Zwischenablesetätigkeiten und kleinere Reparaturen. Es bestehe ein Auftragsverhältnis zur Klägerin und zum früheren Kläger zu 1). In dem Antrag verneinte er die Erteilung von Weisungen bezüglich seiner Tätigkeit oder die Möglichkeit der Auftraggeber, das Einsatzgebiet einseitig zu ändern. Die Beklagte teilte mit Schreiben vom 26.04.2001 der Klägerin und dem früheren Kläger zu 1) mit, es sei beabsichtigt, eine abhängige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) festzustellen. Das Weisungsrecht ergebe sich aus dem jeweils erteilten Auftrag, es bestehe die tatsächliche Verpflichtung, die übertragenen Aufgaben zu einem bestimmten Zeitpunkt auszuführen. Bei der Auftragsausführung habe

der Beigeladene zu 1) ein umfangreiches technisches Angebot zu beachten. Er übernehme Pflichten der Auftraggeber gegenüber Dritten und vertrete diese damit im Außenverhältnis. Er trage kein Unternehmerrisiko, denn mangels eigenen Kapitaleinsatzes bestehe kein Verlustrisiko und auch der Erfolg des Einsatzes der Arbeitskraft sei nicht ungewiss. Die formale Berechtigung, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, schließe das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht aus. Die Klägerin machte demgegenüber geltend, der Beigeladene zu 1) sei nicht in ihren Betrieb eingegliedert. Er übernehme lediglich das Ablesen einer bestimmten Anzahl von Messgeräten, sei in der sachlichen wie zeitlichen Abwicklung des Auftrags jedoch völlig frei. Vorgaben bestünden lediglich von Seiten der Hausverwaltung sowie durch die EDV- und Programmabläufe der Firma U; diese Vorgaben seien auch von ihr zu beachten. Die Organisation der Abwicklung des Auftrags bestimme über den wirtschaftlichen Erfolg, denn eine rationelle Abwicklung erhöhe den Gewinn des Beigeladenen zu 1). Er erhalte keine Vergütung beim Ausfall wegen Krankheit oder ähnlichen Ereignissen. Bei dem technischen Handbuch handele es sich lediglich um eine einer Betriebsanleitung eines Gerätes entsprechende Vorgabe.

Mit Bescheid vom 28.09.2001 stellte die Beklagte aus den Gründen des Anhörungsschreibens fest, dass der Beigeladene zu 1) abhängig beschäftigt sei und dem Grunde nach der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliege. Im Widerspruchsverfahren machte die Klägerin geltend, der Beigeladene zu 1) sei nicht abhängig beschäftigt. Er erhalte mündliche Aufträge mit dem Inhalt, welche Tätigkeiten in welchem Zeitraum zu erledigen seien. Der Zeitraum für die Ausführung der Aufträge betrage in der Regel 4 bis 5 Wochen, innerhalb des gesetzten Zeitraumes sei der Beigeladene zu 1) völlig frei, wann und wie er tätig werde. Er habe bei der Erfüllung der Aufträge nur gewisse technische Vorgaben zu erfüllen, die jedoch von den Geräteherstellern der abzulesenden Messgeräte so bestimmt seien. Auch die Vorgaben der Auflistung und Protokollerstellung erfolgten von dem Hersteller der Ablesegeräte. Sie beruhten auf organisationstechnischen Gründen, damit die erfassten Daten elektronisch verarbeitet werden könnten. Der Beigeladene zu 1) trage ein unternehmerisches Risiko, denn er sei in seiner Entscheidung frei, ob er zu dem vorgegebenen Preis pro abgelesenen Messgerät tätig werden wolle. Er stehe im Wettbewerb zu anderen Auftragnehmern, das Auftragsvolumen schwanke stark. Da die Vergütungen nur für jedes abgelesene Messgerät erfolge, bestehe kein garantierter Vergütungsanspruch für die investierte Arbeitszeit, denn das Risiko der Nichteinhaltung von Terminen durch die Ablesekunden sowie den Mehraufwand für Terminvereinbarungen trage allein der Beigeladene zu 1). Er könne die Aufträge auch durch Dritte erledigen lassen. Mit Widerspruchsbescheid vom 02.09.2002 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Sie bezog sich dabei auf ein Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger, die ausgehend von einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs (BFH) die Auffassung vertreten, dass Ableser (grundsätzlich) in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehen. Eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers sei bei untergeordneten Arbeiten wie der vorliegenden Art eher anzunehmen, da hier schon organisatorische Dinge betreffende Weisungen den Beschäftigten in der Ausübung der Arbeit festlegten. Die Möglichkeit der Ablehnung bestimmter Aufträge sein kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Der Beigeladene zu 1) trage kein Unternehmerrisiko, da die Vergütung erfolgsabhängig gezahlt werde. In diesem Zusammenhang sei unerheblich, dass der finanzielle Erfolg von der beruflichen Tüchtigkeit abhängig sei, denn die Chance, länger oder mehr zu arbeiten, um ein höheres Entgelt zu erzielen, habe jeder Beschäftigte. Eine eigenständige Ausweitung des Ablesedienstes sei nicht möglich, da die Auftragsvergabe durch das Servicecenter erfolge.

Zur Begründung der Klage hat sich die Klägerin auf ihr Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren bezogen und ergänzend ausgeführt, die von der Beklagten angeführte Entscheidung des BFH sei in ihrem Fall nicht einschlägig, da in dem dort entschiedenen Fall der Stromableser regelmäßig Geräte in einem festen Rhythmus abgelesen und diverse Zusatzleistungen verrichtet habe. Dagegen sei hier der Beigeladene zu 1) nur in begrenzten Zeiträumen tätig, er werde auch nur bei Bedarf mündlich beauftragt und stehe insoweit in Konkurrenz mit anderen Personen. Sein unternehmerisches Risiko ergebe sich daraus, dass er gegebenenfalls Objekte mehrfach anfahren müsse und die insoweit investierte Arbeitszeit nicht vergütet werde. Er erhalte auch keine Aufwandsentschädigung. Die Ableser könnten die Tätigkeit durch Dritte erledigen lassen, es sei durchaus vorgekommen, dass sie die Ableseraufträge untereinander ausgetauscht hätten oder die Ehefrau das Ablesen für den Ehemann übernommen habe.

Das Sozialgericht hat in der mündlichen Verhandlung die Kläger sowie den Beigeladenen zu 1) angehört; wegen ihrer Angaben wird auf die Sitzungsniederschrift vom 14.11.2003 Bezug genommen.

Mit Urteil vom 14.11.2003 hat das Sozialgericht der Klage stattgegeben. Es hat den Beigeladenen zu 1) als Selbständigen angesehen, wobei es die wesentlichen Indizien für eine selbständige Tätigkeit in dem Umstand gesehen hat, dass er in seiner Entscheidung, Aufträge anzunehmen und abzulehnen, frei gewesen sei und er bei der Ausführung seiner Aufgaben hinsichtlich der Arbeitszeit und -gestaltung völlig frei gewesen sei. Letztlich sei auch der Parteiwille zu berücksichtigen, da vertragliche Vereinbarungen den Ausschlag geben könnten, wenn das Gesamtbild aufgrund der übrigen Merkmale gleichermaßen für eine abhängige Beschäftigung wie eine selbständige Tätigkeit spreche.

Die Beklagte hat fristgerecht Berufung eingelegt, zu deren Begründung sie vorträgt, das Sozialgericht habe zu Unrecht die Möglichkeit, Aufträge abzulehnen, als Ausdruck von Selbständigkeit gewertet. Dieser Umstand bedeute lediglich, dass keine Dauerbeschäftigung vorliege, sondern jeweils befristete Rechtsverhältnisse begründet worden seien. Soweit das Sozialgericht davon ausgehe, dass Aufträge an Dritte hätten weitergegeben werden dürfen, sei eine rechtliche Grundlage hierfür mangels einer schriftlichen Vereinbarung nicht ersichtlich. Im Übrigen widerlege eine nur formal bestehende Delegationsbefugnis der Tätigkeit auf Dritte nicht das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses. Wenn gegebenenfalls ein Ableser für einen erkrankten Kollegen tätig werde, sei diese Form der Vertretung auch innerhalb abhängiger Beschäftigungsverhältnisse üblich. Die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) einen vorgegebenen Preis für ein abgelesenes Messgerät habe akzeptieren müssen, zeige, dass er den Preis nicht habe frei aushandeln können. Was die Ausführung der Arbeitsleistungen betreffe, verfüge jeder Beschäftigte während der Ausübung seiner Tätigkeit über bestimmte Freiräume. Diese Freiräume ergäben sich insbesondere aus der Planung der Arbeit, bei der die Beschäftigten eigenverantwortlich entscheiden können, welche Prioritäten zu setzen seien. Die Risiken der Arbeitsplanung könnten auch nicht mit dem unternehmerischen Risiko gleichgesetzt werden, denn die Erhöhung des eigenen Zeit- und Kostenaufwandes sei nicht mit dem unternehmerischen Risiko gleichzusetzen, das durch die eigenständige Begründung von Verlust- und Gewinnchancen geprägt sei.

In der mündlichen Verhandlung hat die Beklagte den das Verhältnis zum früheren Kläger zu 1) betreffenden Bescheid aufgehoben; der Kläger zu 1) hat das Anerkenntnis der Beklagten angenommen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Aachen vom 14.11.2003 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend und meint, der Beigeladene zu 1) sei bei der Ausführung der übernommenen Aufträge völlig frei gewesen. Insoweit habe keine Weisungsgebundenheit bestanden. Diese ergebe sich auch nicht daraus, dass er an bestimmte technische Parameter gebunden gewesen sei. Dies sei auch bei Handwerkern der Fall. Es sei unerheblich, ob ein schriftlicher oder mündlicher Auftrag erteilt worden sei, da die Parteien sich in jedem Fall darüber einig gewesen seien, dass der Auftrag hätte auch durch Dritte erledigt werden können.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung nochmals die Klägerin und den Beigeladenen zu 1) angehört; insoweit wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der Verwaltungsakten der Beklagten verwiesen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet, denn das Sozialgericht hat zutreffend entschieden, dass der Beigeladene zu 1) nicht abhängig beschäftigt war.

Zu entscheiden ist nur noch über den das Verhältnis des Beigeladenen zu 1) zur Klägerin betreffenden Bescheid vom 28.09.2001. Den das Verhältnis zum früheren Kläger zu 1) betreffenden Bescheid hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung aufgehoben. Da der frühere Kläger zu 1) das Anerkenntnis der Beklagten angenommen hat, ist damit gemäß [§ 101 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) der Rechtsstreit insoweit erledigt.

Die Klägerin war zur Anfechtung des Bescheides befugt, obwohl sie bzw. der frühere Kläger zu 1) seit 2002 nicht mehr für die Firma U tätig sind und für den von ihr früher betreuten Bereich jetzt eine andere Bezirksvertretung zuständig ist. Insoweit ist aber lediglich das Gebiet, in dem früher die Klägerin tätig war, von einer anderen Bezirksverwaltung der Firma U übernommen worden. Die Klägerin ist lediglich aus der Organisation der Firma U ausgeschieden, ihre Firma ist aber nicht im Rechtssinne von der neuen Bezirksverwaltung übernommen worden. Da die Klägerin für gegebenenfalls nachzuzahlende Sozialversicherungsbeiträge haften müsste, ist sie auch berechtigt, weiter die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1) zu betreiben.

Die Beklagte hat zu Unrecht festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) für die Klägerin eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt verrichtet hat und dass deshalb die Voraussetzungen der Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung vorlagen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV in der bis zum 31.12.1999 geltenden Fassung, jetzt [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Eine Beschäftigung in diesem Sinne besteht, wenn der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies ist der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. etwa BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 4, 15, 19, 20). Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeiten über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 22; [SozR 3-2400 § 7 Nr. 15](#)). Die Abgrenzung richtet sich danach, welche dieser Merkmale überwiegen, wobei einerseits die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend sind, sofern sie von den vertraglichen Vereinbarungen abweichen (s. etwa BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#)), andererseits kann der in den vertraglichen Vereinbarungen zum Ausdruck kommende Parteiwille ausschlaggebend sein, wenn das Gesamtbild der sonstigen Merkmale gleichermaßen für eine abhängige Beschäftigung wie für eine selbständige Tätigkeit spricht (BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 17; BSG [BB 1981, 1581](#)).

Der Senat ist nach den Gesamtumständen zu dem Ergebnis gelangt, dass die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung nicht überwiegen. Eine Arbeitsleistung ist (nur) dann fremdbestimmt, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhält, in dessen Dienste sie verrichtet wird (BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 4; BSG Urteil vom 27.06.2000 - [B 2 U 21/99 R](#) -). Insoweit mag zwar zutreffen, dass die Art der Arbeit und die Weisungsbefugnis des Auftraggebers insofern in einem Wechselverhältnis zueinander stehen, als bei einfachen Arbeiten schon organisatorische Dinge betreffende Weisungen den Beschäftigten in der Ausübung der Arbeit festlegen und damit in den Organismus des Betriebes eingegliedert erscheinen lassen (so [BFHE 169, 154](#)). Der Beigeladene zu 1) hat auch die Tätigkeit als relativ einfach bezeichnet. Auch der Umstand, dass die Ableser nur eine Einweisung von etwa 1 bis 1 ½ Stunden erhielten und nach den Angaben der Klägerin und des früheren Klägers zu 1) in der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts zum Teil die Ablesetätigkeiten von den Ehefrauen der Auftragsnehmer erledigt wurden, deutet darauf hin, dass - außer unter Umständen einer gewissen Routine - die Tätigkeit keine besonderen Anforderungen stellte. Ebenso deutet der Umstand, dass das Ablesegerät sowie die Plakate für die Ankündigung des Ablesetermins sowie die Benachrichtigungskarten für die abwesenden Wohnungsbesitzer dem Beigeladenen zu 1) von der Klägerin zur Verfügung gestellt wurden, auf eine Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation hin. Auf der anderen Seite ist jedoch zu beachten, dass der Beigeladene zu 1) nicht in dem Sinne in den Betrieb der Klägerin eingegliedert war, dass diese über seinen Einsatz verfügen konnte. Ein (Rahmen-)Vertrag, der den grundsätzlichen Einsatz des Beigeladenen zu 1) regelte, bestand nicht. Über die jeweiligen Aufträge hinaus gab es keine Verpflichtung, für die Erledigung der Aufträge gegebenenfalls zur Verfügung zu stehen, wie sie etwa bei sogenannten Abrufkräften üblich ist. Der Beigeladene zu 1) hat vielmehr immer nur von Fall zu Fall Ableseaufträge übernommen. Somit lag die für ein Arbeitsverhältnis typische längerfristige Einbindung in den Betrieb der Klägerin nicht vor (vgl. dazu BSG Urteil vom 28.01.1999 - [B 3 KR 2/98 R](#) -). Es trifft insoweit zwar zu, dass allein aus der Freiheit, Einzelaufträge anzunehmen oder abzulehnen, nicht auf die Verrichtung einer selbständigen Tätigkeit geschlossen werden kann (LSG Berlin, Breithaupt 1987, 345), gleichwohl kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass dem Beigeladenen zu 1) jeweils ein Gestaltungsfreiraum verblieb und die Klägerin nicht über seine Arbeitsleistung verfügen konnte. Auch der Umstand, dass Ort und Art der Tätigkeit feststanden, spricht noch nicht für eine Weisungsgebundenheit. Wenn sich der Beigeladene zu 1) verpflichtet hatte, innerhalb des übernommenen Bezirks (den er wählen konnte) in den dort gelegenen Objekten die Messgeräte

abzulesen, ergaben sich die für ihn hieraus folgenden Bindungen aus den vertraglichen Vereinbarungen und waren nicht Ausfluss eines einseitigen Direktionsrechts der Klägerin (vgl. BSG a.a.O.). Auch die Beachtung der technischen Vorgaben war Teil des übernommenen Auftrags und war im Übrigen durch die Organisation der Fa. U bestimmt; auch die Klägerin musste diese Vorgaben beachten. Vor allem ist zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 1) hinsichtlich der Gestaltung der übernommenen Aufträge völlig frei war. Innerhalb des vorgegebenen Zeitrahmens, der etwa 4 bis 6 Wochen betrug, konnte er unter Berücksichtigung eventueller Vorgaben von Hausverwaltungen selbst entscheiden, wann er jeweils tätig werden wollte. Der Beigeladene zu 1) hat insoweit plastisch geschildert, dass er selbstverständlich auch nach Übernahme eines Auftrages in Urlaub fahren konnte, um dann in der verbleibenden Zeit desto mehr für den übernommenen Auftrag zu arbeiten. Er verfügte somit über einen großen zeitlichen Spielraum; eine solche weitgehende Gestaltungsmöglichkeit nach den eigenen Bedürfnissen ist für eine abhängige Beschäftigung untypisch (vgl. BSG SozR Nr. 36 zu § 165 RVO). Auch die Organisation des Ablaufs war dem Beigeladenen zu 1) überlassen. Er plante selbst die Routen für den übernommenen Bezirk und konnte eine für ihn optimale Gestaltung (nämlich i.S. eines möglichst geringen Zeitaufwandes und Fahrwegs) wählen. Auch der Umstand, dass auf der Benachrichtigungskarte, die er hinterließ, wenn er am angekündigten Ablesetag eine Partei nicht antraf, seine Telefonnummer angegeben war, so dass die Parteien sich wegen eventueller Ausweichtermine an ihn wendeten, zeigt, dass die Ablesetätigkeit außerhalb des Betriebs der Klägerin stattfand und sie hierauf keinen Einfluss nahm. Dass im Falle eines zweimaligen Nichtantreffens einer Partei der Beigeladene zu 1) dies der Klägerin meldete, spricht nicht gegen diese Wertung, da die Klägerin als Vertragspartner der Hausverwaltung (bzw. Repräsentantin der Firma U) mit diesen klären musste, ob sie einen - gesondert zu vergütenden - Ableseversuch wünschten. Schließlich kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Ableser ihre Tätigkeit nicht in Person erledigen mussten. Dies ergibt sich aus den glaubhaften Angaben der Klägerin und des früheren Klägers zu 1) vor dem Sozialgericht. Auch wenn aus dem Recht, einen Vertreter zu stellen, nicht (allein) die Selbständigkeit abgeleitet werden kann (BSG Breithaupt 1967, 648, 651; LSG Berlin, Die Beiträge 1996, 41, 50; s.a. FG München, Urteil vom 18.02.2004 - [10 K 4566/02](#) -), ist doch für die abhängige Beschäftigung die persönliche Arbeitsleistung typisch, so dass die "Delegationsbefugnis" durchaus als Indiz für eine selbständige Tätigkeit gewertet werden kann. Dass der Beigeladene zu 1) von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machte, weil er von vornherein nur in begrenztem Umfang Aufträge annahm, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht.

Schließlich sind auch Elemente unternehmerischer Tätigkeit zu erkennen. Der Beigeladene zu 1) musste einen PC vorhalten und seinen Privat-Pkw in erheblichem Umfang einsetzen. Er konnte, da kein Konkurrenzverbot vereinbart war, auch für andere Auftraggeber tätig werden. Hiervon hat er allerdings keinen Gebrauch gemacht, der nur eine Nebentätigkeit wünschte. Gleichwohl stand ihm die Ausweitung seiner Tätigkeit frei. Entgegen der Ansicht der Beklagten trug er auch ein - wenn auch begrenztes - unternehmerisches Risiko. Dieses ist nicht nur bei dem Risiko des Verlusts eigenen Kapitaleinsatzes zu bejahen, sondern auch dann, wenn der Erfolg der eingesetzten Arbeitszeit ungewiss ist bzw. für eine konkrete Arbeitsleistung keine bestimmte Vergütung erwartet werden kann (BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 45](#), 51, 63). Insoweit ist von Bedeutung, dass nicht die aufgewandte Arbeitszeit des Beigeladenen zu 1) vergütet wurde, sondern eine vom Bearbeitungsaufwand unabhängige Stückvergütung gezahlt wurde. Zu Unrecht meint die Beklagte, insoweit sei es lediglich um die Optimierung von Zeit- und Kostenaufwand gegangen. Diese Optimierung hatte der Beigeladene zu 1) nur insoweit in der Hand, als es um die Routenplanung für die "erste Ableserunde" ging. Keinen Einfluss hatte er aber darauf, welcher Zeit- und Kostenaufwand für eventuelle weitere Ableseversuche - die in der Fixvergütung enthalten waren - entstanden. Von daher konnte je nach den Umständen sein "Stundenlohn" höher oder geringer sein, ohne dass er dies beeinflussen konnte. Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass er das Haftungsrisiko für Schäden bei einem Kunden trug und dass - wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung angegeben hat - er auch bei nicht rechtzeitiger Erledigung des Auftrages Haftungsansprüchen ausgesetzt war.

Der Beigeladene zu 1) hat auch bei der Vergütung in - eng begrenztem - Rahmen seine Vorstellungen einbringen können. Er hat glaubhaft dargelegt, dass er zwar zunächst die angebotene Vergütung pro Ablesevorgang hingenommen, dann aber gemerkt habe, dass bei manchen Objekten die Vergütung unangemessen gewesen sei und dass er sich dann an die Klägerin gewandt habe, um einen höheren Preis zu erhalten. Auch die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass bei besonders aufwändigen Aufträgen mit den Ablesern im Nachhinein eine höhere Vergütung vereinbart worden sei. Diese habe im Einzelfall sogar über dem Betrag liegen können, den die Firma U an sie gezahlt habe. Dies zeigt, dass die Ableser nicht einem strikten "Preisdiktat" der Klägerin unterlagen, sondern durchaus in einem gewissen Rahmen ihre Vergütungsvorstellungen einbringen konnten.

Unter Wertung aller Umstände spricht nach Auffassung des Senats mehr für eine selbständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1). Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die für die Selbständigkeit und die für die Unselbständigkeit sprechenden Merkmale sich die Waage halten, müsste der übereinstimmende Wille der Klägerin und des Beigeladenen zu 1), der auf die gleichberechtigte Vertragsbeziehung im Rahmen eines Werkvertrages gerichtet war, den Ausschlag für die Bejahung einer selbständigen Tätigkeit geben (so auch Bayerisches LSG, Urteil vom 21.12.2004 - [L 5 KR 210/03](#) -).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2005-12-28