

## L 5 KR 187/02

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Bayreuth (FSB)  
Aktenzeichen  
S 9 KR 35/99  
Datum  
27.06.2002  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 5 KR 187/02  
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 die Rechtmäßigkeit einer Gesamtsozialversicherungsbeitragsnachforderung in Höhe von 6.143,45 DM betr. den Zeitraum vom 01.01. bis 31.12.1995.

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 betr. 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. 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. Auf den Beigeladenen zu 1), der für den Kläger vom 01.01.1995 bis 31.12.1995 als Auslieferungsfahrer tätig war, entfielen hiervon 6.143,45 DM.

Im Widerspruchsverfahren machte der Klägerbevollmächtigte geltend, der Beigeladene zu 1) habe seine Tätigkeit für den Kläger nur ergänzend zu seiner Haupttätigkeit als Versicherungsvertreter ausgeübt. Er habe eine eigene Geschäftsorganisation unterhalten und auch einen Arbeitnehmer beschäftigt, der im Fall seiner Verhinderung Aufträge für den Kläger ausgeführt habe. Er sei auch in der Lage gewesen, seine Arbeitszeit frei einzuteilen, wobei es das Transportgewerbe mit sich bringe, dass die Aufträge zeit- und ordnungsgemäß und unter Beachtung fester Ladezeiten auszuführen seien. Der Beigeladene zu 1) hatte im Fragebogen vom 30.09.1998 angegeben, seine bereits bestehende Gewerbeanmeldung ab dem 01.02.1996 für die Durchführung der Kleintransporte erweitert zu haben. Im Fall seiner Verhinderung sei die Vertretung vom Arbeitgeber geregelt worden. Die Weitergabe von Arbeitsaufträgen an dritte Personen sei möglich gewesen und er selbst habe nicht für andere Auftraggeber gearbeitet.

Die Beklagte maß diesen Auskünften nicht denselben Aussagewert zu wie denen des weiteren Auslieferungsfahrers S., der im Rahmen eines Rechtshilfeersuchens am 25.10.1998 angab, dass der Kläger die Einsätze zugeteilt und die jeweilige Fahrstrecke vorgegeben habe. Eine Berechtigung, Aufträge an Dritte weiterzugeben, habe nicht bestanden, und die Fahrten seien mit einem Fahrzeug des Klägers durchgeführt worden. Im Widerspruchsbescheid vom 23.12.1998 heißt es, die Merkmale für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses überwiegen bei weitem.

Gegen den am 28.12.1998 übersandten Widerspruchsbescheid hat der Kläger am 28. Januar 1999 Klage erhoben. Er hat sich gegen die Beitragsforderung wegen angeblicher versicherungspflichtiger Beschäftigung gewandt und geltend gemacht, alle drei betroffenen Personen hätten neben der Tätigkeit bei ihm auch noch andere Tätigkeiten ausführen können.

Der Beigeladene zu 1) hat Rechnungen an den Kläger für den Zeitraum von Januar 1995 bis Januar 1996 vorgelegt und ist am 03.05.1999 vom Sozialgericht als Zeuge gehört worden. Unter anderem hat er erklärt, das Fahrzeug für die pauschal vergüteten Touren sei vom Kläger gestellt worden und er selbst habe keinen Ersatzfahrer gestellt. Die Touren seien hinsichtlich der anzufahrenden Apotheken und des zeitlichen Ablaufs vorgegeben gewesen. Von der Firma H., für die er seit 01.02.1996 mittels eines eigenen Kfz tätig sei, sei er während der Tätigkeit für den Kläger angehalten worden, keine Konkurrenzware auszufahren. Er könne nicht sagen, ob er seinen Vertreter, den er später

als Arbeitnehmer quasi mitgenommen habe, selbst bezahlt habe. Das Verhältnis seiner Einnahmen aus der Tätigkeit seiner Versicherungsvertretung und der Fahrtätigkeit schätze er auf etwa 40 zu 60.

Der Kläger hat bei seiner persönlichen Anhörung am selben Tag u.a. erklärt, der Beigeladene zu 1) sei zwar eingeplant gewesen, aber es habe ihm frei gestanden, die vier festen Touren zu übernehmen. Die Touren 13.30 Uhr, 15.30 Uhr und 17.25 Uhr habe größtenteils der Beigeladene zu 1) gefahren.

Mit Urteil vom 27. Juni 2002 hat das Sozialgericht Bayreuth den Bescheid der Beklagten vom 6. April 1998 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Dezember 1998 aufgehoben. Nach Ansicht des Gerichts zeige das Gesamtbild der vom Beigeladenen zu 1) verrichteten Tätigkeit das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Hierfür spreche insbesondere, dass der Beigeladene zu 1) auch Dritte mit der Auslieferung beauftragen durfte. Die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Versicherungsvertreter sei nicht von wirtschaftlich untergeordneter Bedeutung gewesen. Er sei nicht in den Betrieb des Klägers eingegliedert gewesen, da er die Möglichkeit gehabt habe, seine Arbeitszeit einzuteilen, und der Einsatzplan nicht bindend gewesen sei. Bei Auslieferungsfahrten seien Ort und Art der Tätigkeit typischerweise vorgegeben.

Gegen das am 23.08.2002 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 18. September 2002 Berufung eingelegt. Sie hat u.a. vorgetragen, Gegenstand der Vertragsbeziehungen sei nicht wie bei einem selbständigen Frachtführer im Sinne des [§ 407 HGB](#) die Beförderung von Gütern gewesen, sondern das Führen von Fahrzeugen zur termingerechten Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen des Klägers. Der Beigeladene zu 1) sei in den Betrieb des Klägers eingegliedert gewesen und habe seinen Weisungen unterlegen. Sowohl Arbeitsort als auch Arbeitszeit seien vorgegeben gewesen. Praktisch habe der Beigeladene zu 1) gerade nicht die Möglichkeit gehabt, seine Arbeitszeit frei einzuteilen. Es sei nicht bewiesen, dass der Beigeladene zu 1) das Recht hatte, Aufträge auch durch Dritte ausführen zu lassen. Ebenso wenig sei geklärt, inwieweit der Beigeladene vom Kläger wirtschaftlich abhängig war. Entscheidende Bedeutung komme der fehlenden Unternehmerrisikofeststellung des Beigeladenen zu 1) zu. Mangels Einsatzes eigenen Kapitals bzw. Betriebsvermögens sei kein Unternehmerrisiko feststellbar. Er habe eine sichere Pauschale erhalten und sei nicht am Gewinn beteiligt gewesen bzw. habe eine erfolgsorientierte Prämie bezogen. Schließlich spreche auch die fehlende Gewerbeanmeldung und der Status des Beigeladenen zu 1) vor und nach der strittigen Zeit für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses.

Der Klägerbevollmächtigte hat entgegnet, der Status des Beigeladenen zu 1) unterscheide sich nicht von dem des selbständigen Frachtführers. Nur aus ökonomischen Gründen habe sich der ständig gleiche Ablauf der Tour herauskristallisiert. Zum Zwecke einer effektiven Auslastung im Sinne einer unternehmerischen Tätigkeit habe der Beigeladene mehrere Touren übernommen. Dieser habe sogar einen Aushilfsfahrer eingesetzt. Ein eigenes Auftreten gegenüber den Apotheken sei schon aus zeitlichen Gründen oft nicht möglich gewesen. Dass der Beigeladene vor der gegenständlichen Zeit bereits auf 520,- DM-Basis gearbeitet habe, spreche nicht gegen die Annahme seiner nunmehrigen Selbständigkeit.

Die Beklagte hat demgegenüber auf den Inhalt der Aussage des Beigeladenen zu 1) vor dem Sozialgericht verwiesen und auf eine Entscheidung des Landessozialgerichts Schleswig-Holstein vom 20.11.2001 Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 27.06.2002 aufzuheben und die Klage gegen ihren Bescheid vom 6. April 1998 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Dezember 1998 abzuweisen.

Der Kläger 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 Akten des Sozialgerichts Bayreuth S 6 KR 35/99, S 6 KR 20/99 und S 6 KR 36/99 sowie der Berufungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig und in vollem Umfang begründet. Das Urteil des Sozialgerichts Bayreuth vom 27. Juni 2002 ist, soweit es den Beigeladenen zu 1) betrifft, nicht haltbar. Insoweit ist die Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 6. April 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Dezember 1998 abzuweisen. Die Forderung in Höhe von 6.143,45 DM ist berechtigt, weil der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 01.01. bis 31.12.1995 in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zum Kläger gestanden hat.

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 Fahrtätigkeit spricht für das einer abhängigen Beschäftigung.

Es kann dahinstehen, ob der Beigeladene zu 1) die Merkmale eines Frachtführers im Sinne 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 das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit 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 das den Beigeladenen zu 1) treffende Verbot zu nennen, für andere Auftraggeber als den Kläger bzw. die Firma H. zu fahren. Von Klägerseite sind die Angaben des Beigeladenen zu 1) in dem Erörterungstermin am 03.05.1999 nicht bestritten worden, dass er auf den Versuch eines Warentausches mit anderen Fahrern von der Firma H. eine Abmahnung erhalten hat. Der Beigeladene zu 1) unterlag also einem Konkurrenzverbot, das der Annahme einer selbständigen Frachtführertätigkeit massiv entgegensteht.

Hinzu kommt, dass der Beigeladene zu 1) fester Bestandteil eines vom Kläger aufgestellten Einsatzplanes war. Der Kläger konnte seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Fa. H. nur erfüllen, wenn er über eine ausreichende Zahl von Mitarbeitern verfügte, die die feststehende Zahl von Touren bewältigen konnte. Für vier feste Touren war laut Aussage des Klägers selbst der Beigeladene zu 1) 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. War er, was äußerst selten vorkam, verhindert, so musste er ungefähr 14 Tage vorher Bescheid geben, damit der Kläger sich um einen Ersatzfahrer kümmern konnte. 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). Zudem war der Arbeitsumfang so zugeschnitten, dass er jeweils zu einer bestimmten Uhrzeit erscheinen musste, um das Arbeitspensum zu bewältigen und die Auslieferung termingerecht zu erledigen. Wegen des vom Kläger festgesetzten Beginns der Lieferung und der Umfangsbestimmung derselben durch den Kläger waren sowohl Dauer als auch Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit - im Unterschied zu dem vom Bundesarbeitsgericht am 30. September 1998 entschiedenen Fall in [BAGE 90, 36](#) ff. vorgeschrieben.

Zutreffend wendet die Beklagte ein, dass dem Beigeladenen zu 1) in seiner Eigenschaft als Fahrer für den Kläger Unternehmereigenschaften fehlten. Seine Tätigkeit erforderte weder einen eigenen Geschäftsbetrieb noch ein eigenes Fahrzeug oder eine Organisation der Transporte. In allen vom BAG in den letzten Jahren zur Abrenzung 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) 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 Unternehmereigenschaft 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.

Wie die vom Beigeladenen zu 1) vorgelegten Rechnungen für den strittigen Zeitraum beweisen, war er in einer für einen Arbeitnehmer typischen Regelmäßigkeit für den Kläger tätig. Er hat die Tour um ca. 11.00 Uhr zwischen 17- und 23.mal und die Touren 13.10 Uhr, 15.30 Uhr und 17.25 Uhr zwischen 12. und 23.mal allmonatlich durchgeführt. Damit war er wie ein Halbtagsbeschäftigter für den Kläger tätig. Seine Arbeit war Teil eines übergeordneten Planungsauftrags, den allein der Kläger nach außen zu vertreten hatte. Wie der Klägerbevollmächtigte selbst einräumt, war während des Einsatzes für den Kläger ein selbständiges Auftreten des Beigeladenen zu 1) als Unternehmer aus zeitlichen Gründen gar nicht möglich.

Als weiteres Indiz für die abhängige Beschäftigung im strittigen Zeitraum wertet die Beklagte den Status des Beigeladenen davor und danach. Anfänglich ist der Beigeladene zu 1) für den Kläger auf 520 DM.- Basis gefahren, also im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Ab 01.01.1995 wurde lediglich der Umfang der Tätigkeit für den Kläger ausgeweitet, nicht hingegen die Art der Tätigkeit. Anders stellt sich hingegen die Tätigkeit des Beigeladenen nach dem 01.02.1996 dar. Mit dem Erwerb eines eigenen Fahrzeugs und der Gewerbeanmeldung für Kleintransporte ist er erstmals ein Risiko als Unternehmer eingegangen. Ab diesem Zeitpunkt hat er auch eine Frachtführerversicherung abgeschlossen.

Nicht erwiesen ist, dass der Beigeladene zu 1) zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet war. Zwar hat der Beigeladene sowohl gegenüber der Beklagten im Verwaltungsverfahren als auch gegenüber dem Sozialgericht angegeben, der Kläger selbst habe im Fall seiner Verhinderung für einen Ersatzfahrer gesorgt. Mangels schriftlicher Vereinbarungen kann keine sichere Aussage dazu getroffen werden, ob der Beigeladene zu 1) berechtigt war, seine Vertretung selbst zu organisieren. Ob er zuletzt tatsächlich einen eigenen Vertreter organisiert hat, konnte von ihm nicht eindeutig beantwortet werden. Eine weitere Aufklärung hierzu erübrigt sich aber deshalb, weil auch unabhängig davon die Merkmale der abhängigen Beschäftigung überwiegen.

Für eine selbständige Tätigkeit spricht, dass der Beigeladene zu 1) während seiner Fahrtätigkeit keiner Überwachung unterlag. Insbesondere wurden keine Fahrtenbücher geführt. Allerdings war eine gewisse Kontrolle dadurch gewährleistet, dass das dem Kläger gehörende Fahrzeug nach Abschluss der Tour zurückgebracht werden musste und die anzufahrenden Apotheken über Reklamationen dafür sorgen konnten, dass die Lieferungen zeitgerecht gebracht wurden. Schließlich war der Beigeladene zu 1) nicht zur täglichen Arbeitsleistung verpflichtet, wobei die praktische Durchführung nahelegt, dass er doch ständig dienstbereit war. Er hatte während des Urlaubs keinen Entgeltanspruch, wie dies für einen Arbeitnehmer typisch wäre. Es ist allerdings typisch für Vertragsgestaltungen, bei denen von einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen wird, dass solche Schutzrechte nicht vereinbart werden, um dieses Risiko einseitig dem "Subunternehmer" aufzuerlegen.

Wie bereits oben dargelegt, ist nicht nachgewiesen, dass der Beigeladene zu 1) das Recht hatte, den Auftrag an einen Dritten zu vergeben. Ebenso wenig für noch gegen die Selbständigkeit kann gewertet werden, dass der Beigeladene zu 1) neben seiner Tätigkeit für den Kläger noch eine selbständige Tätigkeit als Versicherungsvertreter ausübte. Der Klägerbevollmächtigte weist selbst darauf hin - allerdings für die Zeit vor dem 01.01.1995 -, dass neben einer abhängigen Beschäftigung eine selbständige Tätigkeit ausgeübt werden kann. Ob der Beigeladene zu 1) vom Kläger wegen der Bedeutungslosigkeit der Einkünfte aus dem Vertretergeschäft wirtschaftlich abhängig war, kann dahinstehen. Unterlagen hierüber sind nicht vorhanden. Es ist auch nicht bekannt, wie das Haftungsrisiko zwischen den Beteiligten verteilt war. Schließlich hat auch die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) vom Kläger Mehrwertsteuer verlangt hat, keine relevante Aussagekraft.

Die steuerrechtliche Behandlung des Vertrages und der sich hieraus ergebenden Beziehungen ist für die Beurteilung, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen hat, unbeachtlich.

Zusammenfassend ist dem Sozialgericht darin beizupflichten, dass sich aus der Beschränkung der Gestaltungsfreiheit in sachlicher und zeitlicher Hinsicht allein keine persönliche Abhängigkeit herleiten lässt. Im Unterschied zu dem vom Bundessozialgericht am 27.11.1980 entschiedenen Fall (Az.: [8 a RU 26/80](#)) lagen jedoch im Übrigen zu wenig Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beförderung zu festen Zeiten und nach festgelegten Plänen selbständig durchgeführt wurde. Die sogenannten Ringtourenfahrer verfügten über ein eigenes Kraftfahrzeug, wurden nur einmal wöchentlich wenige Stunden eingesetzt und waren verpflichtet, für eine Vertretung zu sorgen. Aus diesen Gründen konnte das Urteil des Sozialgerichts keinen Bestand haben.

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

Gründe, die Revision zuzulassen, sind nicht ersichtlich.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2004-09-22