

LSG Baden-Württemberg Urteil vom 21.11.2008, L 4 KR 4098/06

Sozialversicherungspflicht - LKW-Fahrer - keine Nutzung eines eigenen Betriebsmittels (LKW) - Abgrenzung - abhängige Beschäftigung - selbständige Tätigkeit

Leitsätze

Wer sich als LKW-Fahrer "vermietet" ohne über einen eigenen LKW zu verfügen, ist abhängig beschäftigt.

Tenor

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 17. Mai 2006 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren L 4 KR 4098/06 wird auf EUR 5.000,00 festgesetzt.

Tatbestand

- 1 Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 01. September 2000 bis 09. Mai 2002 seine Tätigkeit für den Kläger, der eine Speditionsfirma betreibt, in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis oder als Selbstständiger ausübte.
- 2 Der 1960 geborene Beigeladene zu 1) betrieb bis zum 30. Juni 2002 ein Gewerbe zur „Durchführung von gewerblichem Güterkraftverkehr und Fahrgestellung“ und vermietete sich an verschiedene Auftraggeber als LKW-Fahrer. Zur Auftragsbefreiung benutzte er in der Zeit vom 13. Juni 1998 bis 31. Juli 2000 einen von ihm geleasteten V.-Truck. Grundlage hierfür war ein Mietkaufvertrag zwischen dem Beigeladenen zu 1) und der V. Truck L. GmbH vom 12./16. Juni 1998 (Fahrzeugkaufpreis netto: DM 158.500,00; Anzahlung: DM 25.000,00; monatliche Rate: DM 3.225,00 - vgl. Dauermietrechnung vom 16. Juni 1998, Bl. 165 der Verwaltungsakte). Des Weiteren schloss er am 12. Juni 1998 mit der H.-Nutzfahrzeuge GmbH und der V. Truck L. GmbH einen Service-Vertrag mit einer Laufzeit von 48 Monaten und einer monatlichen Rate von insgesamt DM 229,68 (Bl. 169 der Verwaltungsakte). Sämtliche Verträge unterzeichnete der Beigeladene zu 1) unter der Firma „W. Transporte, P. W., O., D.-str.“. Bei der Beklagten meldete er den Einsatz zweier kurzfristig Beschäftigter vom 29. Mai bis 01. Juni 2001 (Beschäftigter S. D.) und vom 04. bis 13. Juni 2001 (Beschäftigter W. R.). Wegen Insolvenz meldete er am 20. Juni 2002 gegenüber der Stadt G. das Gewerbe zum 30. Juni 2002 (Datum der Betriebsaufgabe) ab. Seit dem 10. Mai 2002 steht er nach seinen Angaben in einem „festen Arbeitsverhältnis“.
- 3 Der Beigeladene zu 1) beantragte im November 2000 bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, der Rechtvorgängerin der Beklagten (im Folgenden einheitlich Beklagte), die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Er gab an (Fragebogen vom 17. November 2000 und Schreiben des Steuerberaters M. vom 15. November 2000), eine Tätigkeit als Kraftfahrer auszuüben. Er bemühe sich mit Werbemaßnahmen selbstständig um Aufträge und stelle einen Tourenplan selbst zusammen. Durch die Vielzahl der Auftraggeber komme es häufig vor, dass er in einer Woche für mehrere Auftraggeber fahre. Es sei selten, dass er mehrere Tage für einen Auftraggeber fahre. Er fahre allerdings nicht mit einem eigenen LKW, sondern mit dem LKW seines Auftraggebers. Da die Nachfrage zunehme, beabsichtige er, Aushilfsfahrer zu beschäftigen; auch für die Büroarbeit wolle er in Zukunft eine weitere Aushilfskraft einstellen. Er sei in der Entscheidung frei, welche Aufträge er annehme und welche er nicht ausführen könne und unterstehe keiner Weisungspflicht durch den Auftraggeber. Die Kalkulation und Buchhaltung werde von ihm selbst durchgeführt. Er gehe deshalb davon aus, dass er selbstständiger Unternehmer sei. Ansonsten müsse er durch seine Auftraggeber sozialversicherungsrechtlich täglich angemeldet und nach Beendigung des Auftrags wieder abgemeldet werden. Dies würde zu einem untragbaren Zustand führen, da er hierdurch keine Aufträge mehr erhalte. Im Übrigen verneinte er die Fragen, ob er regelmäßige Arbeits- oder Abwesenheitszeiten einzuhalten habe, ob ihm Weisungen

hinsichtlich der Ausführung (Art und Weise) seiner Tätigkeit erteilt würden, ob sein Auftraggeber sein Einsatzgebiet auch ohne seine Zustimmung verändern könne und ob die Einstellung von Vertretern bzw. Hilfskräften durch ihn von der Zustimmung seines Auftraggebers abhängig sei. Die Frage, ob er mindestens einen Arbeitnehmer oder Auszubildenden mit einem monatlichen Arbeitsentgelt von mehr als DM 630,00 beschäftigte, ließ der Beigeladene zu 1) offen. Seinem Antrag legte er eine „Werbeanzeige“ bei, die in der Mittelbadischen Presse am 21. Oktober 2000 veröffentlicht wurde (vgl. Rechnung vom 26. Oktober 2000, Bl. 5 der Verwaltungsakte) und folgenden Inhalt hatte: „Aushilfsfahrer Kl. 2 für nationaler u. internationaler Fernverkehr (z. Teil auch Wochenende, Urlaubs- u. Krankheitsvertretung) ab sofort. Telefon [...]“. Des Weiteren legte er ein „Angebot für Fahrervermietung“ der „Walter Transporte“ vom 04. Oktober 2000 vor, mit dem er die Durchführung von Transporten als „Fahrer mit mehrjähriger Fahrpraxis im nationalen und internationalen Fernverkehr“ zu einem Stundenpreis von DM 25,00 (Fahrten bis zehn Stunden) bzw. zu einer Pauschale von DM 250,00 (Fahrten ab zehn Stunden) per Rechnung (plus Mehrwertsteuer) anbot, und eine Liste mit insgesamt 17 Auftraggebern, zu denen auch der Kläger zählte. Mit Schreiben vom 06. August 2001 schränkte der Beigeladene zu 1) seinen (Prüf-)Antrag auf neun Auftraggeber, u.a. den Kläger, und auf den Zeitraum von September 2000 bis „jetzt“ ein. Er hob hierbei hervor, dass er sowohl sich als auch Aushilfsfahrer an die genannten Auftraggeber auf eigene Rechnung „vermiete“.

- 4 Die Beklagte ermittelte bei den vom Beigeladenen zu 1) genannten Auftraggebern nähere Einzelheiten des Rechtsverhältnisses mit dem Beigeladenen zu 1). Mit Schreiben vom 24. Juni 2002 hörte die Beklagte u.a. den Kläger und den Beigeladenen zu 1) zu der beabsichtigten Feststellung, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses tätig sei, an. Der Kläger teilte unter dem 04. Juli 2002 mit, die gewerbliche Tätigkeit des Beigeladenen zu 1), der in dieser Eigenschaft für verschiedene Unternehmen tätig sei, habe sich auf ca. drei Wochen beschränkt. In diesem Zeitraum sei der Beigeladene zu 1) auch für andere Unternehmen tätig gewesen, sodass dessen Tätigkeit nicht sozialversicherungspflichtig sei.
- 5 Mit Bescheiden vom 26. September 2002 gegenüber dem Kläger, den übrigen genannten Auftraggebern (mit Ausnahme der D. GmbH, die mitteilte, dass der Beigeladene zu 1) dort unbekannt sei) und dem Beigeladenen zu 1) stellte die Beklagte fest, dass der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit als Aushilfsfahrer im Rahmen eines abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe, mit der Folge, dass er dem Grunde nach der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliege. Der Beigeladene zu 1) sei in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers (u.a. des Klägers) eingebunden. Dieser erteile einseitig im Wege des Direktionsrechts eines Arbeitgebers Weisungen, die Zeit, Dauer und Ort der zu beurteilenden Tätigkeit sowie Art und Weise von deren Durchführung betreffen würden. Es bestehe daher eine persönliche Abhängigkeit zum Auftraggeber. Die Merkmale, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen, überwögen. Hiergegen erhoben der Kläger, ein weiterer Auftraggeber und der Beigeladene zu 1) Widerspruch. Der Kläger machte geltend, der Beigeladene zu 1) sei berechtigt gewesen, seine Vertragspflichten auf andere Personen zu übertragen. Nach dessen eigenen Ausführungen habe er auch selbst Arbeitnehmer beschäftigt. Er sei weder weisungsabhängig noch in die Arbeitsorganisation eingebunden gewesen. Er habe selbst festlegen können, ob er Aufträge annehme und er habe die Aufträge auch selbst zusammenstellen können. Zudem sei er auch für andere Firmen tätig gewesen, sodass eine persönliche Abhängigkeit ausscheide. Schließlich habe der Beigeladene zu 1) auch Eigenwerbung betrieben und ein eigenes Fahrzeug benutzt. Der Kläger legte in diesem Zusammenhang Rechnungen des Beigeladenen zu 1) für „Fahrervermietung“ vom 24. Dezember 2000 (Gesamtbetrag DM 2.015,50, inkl. Mehrwertsteuer [MwSt.] i.H.v. DM 278,00), vom 09. März 2001 (Gesamtbetrag DM 1.682,00, inkl. MwSt. i.H.v. DM 232,00) und vom 10. März 2001 (Gesamtbetrag DM 1.160,00, inkl. MwSt. i.H.v. DM 160,00) vor. Auch der Beigeladene zu 1) vertrat zur Begründung seines Widerspruchs die Auffassung, dass er selbstständig als Vermietungsfirma für einen Fahrer tätig gewesen sei. Auf Nachfrage der Beklagten beim Beigeladenen zu 1) teilte dieser unter dem 11. Februar und 08. April 2003 mit, dass er in der Zeit vom 12. Juni 1998 bis 01. August 2000 seine Fahrertätigkeit mit einem eigenen (Leasing-)

Fahrzeug erbracht habe. Danach sei nur noch eine Fahrervermietung erfolgt. Die Widersprüche des Klägers, des weiteren Auftraggebers und des Beigeladenen zu 1) wies die Widerspruchsstelle der Beklagten mit der Begründung zurück, ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sei das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene erhebliche Unternehmerrisiko. Der Beigeladene zu 1) habe im Zeitraum vom September 2000 bis Juni 2002 über kein eigenes Fahrzeug verfügt, welches auf seinen Namen zugelassen sei und von ihm mit eigenem Kapitalaufwand erworben oder geleast worden sei. Er habe somit ausschließlich die eigene Arbeitskraft eingesetzt und sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig gewesen. Ein unternehmerisches Risiko mit eigenständigen Gewinn- und Verlustchancen sei in der ausgeübten Tätigkeit nicht erkennbar gewesen. Die eigene Arbeitskraft sei nicht mit ungewissem Erfolg eingesetzt worden, da eine Vergütung nach Abnahme der Arbeit erfolgt und diese somit erfolgsabhängig bezahlt worden sei. Der Beigeladene zu 1) sei an die terminlichen und örtlichen Vorgaben des Auftraggebers gebunden gewesen. Allein die formale Berechtigung, die Leistungen durch Dritte erbringen zu lassen, schließe das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht aus, wenn die persönliche Leistungserbringung die Regel sei. Zudem habe es sich bei der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) um untergeordnete Arbeiten gehandelt, bei denen eine Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers eher anzunehmen sei als bei gehobeneren Tätigkeiten (Widerspruchsbescheide vom 22. März 2004, die per Post an die Bevollmächtigten gesandt wurden).

- 6 Hiergegen erhob der Kläger am 26. April 2004 Klage beim Sozialgericht Freiburg (SG). Der Beigeladene zu 1) sei in erheblichem Umfang für andere Firmen tätig gewesen. Dies belege, dass er als selbstständiger Unternehmer Leistungen erbracht und somit kein Beschäftigungsverhältnis vorgelegen habe. Er sei auch weder weisungsgebunden noch in die Arbeitsorganisation eingebunden gewesen und habe selbst Arbeitnehmer beschäftigt. Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils trug der Kläger weiter vor, früherer seien er (der Kläger) und der Beigeladene zu 1) für den gleichen Spediteur gefahren. Während der Schwangerschaft seiner (des Klägers) Frau, habe er (der Kläger) des Öfteren daheim bleiben wollen, weshalb er den Beigeladenen zu 1) angefragt habe, ob er Fahrten übernehme. Es sei auch vorgekommen, dass dieser Fahrten abgelehnt habe. Im Übrigen seien ihm die - zum Teil überhöhten - Preise vom Beigeladenen zu 1) „diktiert“ worden. Im Februar 2001 sei der Beigeladene zu 1) nicht für ihn gefahren, da dieser für die „Firma M.“ unterwegs gewesen sei.
- 7 Die Beklagte trat der Klage entgegen und verwies zum einen darauf, dass ein weiterer Auftraggeber Klage beim SG (Az.: S 11 RA 1372/04, Klageverfahren des weiteren Auftraggebers) erhoben habe, und zum anderen darauf, dass ein abhängig Beschäftigter zwar generell nur für einen Auftraggeber tätig werde, der Umkehrschluss, dass eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses ausschließe, aber nicht zulässig sei. Ein Auftragnehmer könne für mehrere Auftraggeber als abhängig Beschäftigter tätig sein. Zwar habe der Beigeladene zu 1) zwei kurzfristige Beschäftigte gemeldet, er habe jedoch im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens angegeben, nicht regelmäßig mindestens einen Arbeitnehmer bzw. Auszubildenden mit einem monatlichen Arbeitsentgelt von mehr als DM 630,00 zur Ausführung seiner vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Kläger einzusetzen. Er sei vorwiegend höchstpersönlich als Aushilfsfahrer tätig gewesen.
- 8 Das SG lud durch Beschluss vom 11. März 2005 den Beigeladene zu 1) zum Verfahren bei. Dieser äußerte sich zur Sache und zum Verfahren nicht.
- 9 Mit Urteil vom 17. Mai 2006 hob das SG den Bescheid der Beklagten vom 26. September 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22. März 2004 auf und stellte fest, „dass der Beigeladene, P. W., die Tätigkeit als LKW-Fahrer im Auftrag des Klägers im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit ausgeübt hat“. Zur Begründung führte das SG im Wesentlichen aus, die überwiegenden Merkmale der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für den Kläger würden für eine selbstständige Tätigkeit sprechen. So habe der Beigeladene zu 1) seine Dienste als Aushilfsfahrer in Zeitungsinserten selbst angeboten und sei damit - wenn auch in bescheidenem Umfang - am Markt werbend in Erscheinung getreten. Des Weiteren habe er seine Preise selbst festgelegt und sei auch nicht bereit gewesen, für einen geringeren Preis eine

Frachtfahrt zu übernehmen. Es liege kein persönliches Abhängigkeitsverhältnis vor, da der Beigeladene zu 1) einzelne vom Kläger angebotene Frachteinsätze abgelehnt habe. Dass der Beigeladene zu 1) den geleasteten Volvo-Truck entweder Ende des Jahres 2000 oder Anfang des Jahres 2001 wieder zurückgegeben und danach nur noch mit dem Fahrzeug des Klägers Fahrten durchgeführt habe, sei nicht entscheidend. Maßgeblich sei, dass er bei der Gestaltung des Einsatzes seiner Arbeitskraft eine größere Freiheit in Anspruch genommen habe, als sie einem Arbeitnehmer zugestanden werde. Unerheblich seien die Bindungen im Hinblick auf den Fracht- und Fahrtzweck, da derartige Bindungen auch bei selbstständigen Handwerkern vorliegen würden. Auch die Tatsache, dass der Kläger und der Beigeladene zu 1) schon früher für den gleichen Spediteur gefahren und praktisch „auf gleicher Augenhöhe“ gestanden seien, spreche ebenso gegen ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis im Sinne eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses wie die Tatsache, dass der Kläger selbst seine Spedition nur mit einem einzigen LKW betreibe und demnach nur ein „Kleinstspediteur“ sei.

- 10 Gegen das der Beklagten am 17. Juli 2006 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 15. August 2006 Berufung eingelegt. Das SG verkenne, dass zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1) kein Dauerrechtsverhältnis vorgelegen habe, sondern mit der Übernahme einer Fahrt jeweils ein neues Rechtsverhältnis begründet worden sei. Die hierdurch bedingte „Weisungsfreiheit“ erweise sich als die selbstverständliche Entschließungsfreiheit, nach Ende einer Vertragsbeziehung eine neue zu begründen. Frachtführer im Sinne der §§ 407 ff. des Handelsgesetzbuchs (HGB) übten nur dann ein selbstständiges Gewerbe aus, wenn sie beim Transport ein eigenes, auf sie zugelassenes Fahrzeug einsetzten und für die Durchführung ihres Gewerbes eine Erlaubnis nach dem Güterkraftverkehrsgesetz oder die Gemeinschaftslizenz nach Art. 3 der Verordnung (EWG) 881/92 besäßen. Die Auffassung, dass Kraftfahrer ohne eigenes Fahrzeug regelmäßig im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig würden, sei bereits durch das Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) bestätigt worden (Bezugnahme auf Urteile vom 23. Januar 2004 - L 4 KR 3083/02 -, vom 24. Februar 2006 - L 4 KR 763/04 - und vom 03. April 2006 - L 5 KR 5313/04 -).
- 11 Die Beklagte beantragt,
- 12 das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 17. Mai 2006 aufzuheben und die Klage abzuweisen.
- 13 Der Kläger beantragt sinngemäß,
- 14 die Berufung zurückzuweisen.
- 15 Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend.
- 16 Der Beigeladene zu 1) trägt - ohne eigene Antragstellung - vor, die angefochtene Entscheidung des SG sei zutreffend. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass er zuvor einen Volvo-Truck geleast gehabt habe und in diesem Zeitraum unstreitig selbstständig tätig gewesen sei. Aufgrund des reduzierten Umfangs der Tätigkeit sowie aufgrund der Rückgabe des Fahrzeugs sei lediglich eine quantitative, nicht jedoch eine qualitative Veränderung der zwischen ihm und dem Kläger bestehenden rechtlichen Beziehung eingetreten.
- 17 Der Berichterstatter des Senats hat mit Beschluss vom 09. Januar 2007 zunächst die Barmer Ersatzkasse, die Barmer Ersatzkasse - Pflegekasse - (ursprüngliche Beigeladene zu 2) und 3)) und die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 4)) beigeladen. Mit Beschluss vom 12. Juni 2007 hat der Berichterstatter des Senat die Beiladung der Barmer Ersatzkasse und der Barmer Ersatzkasse - Pflegekasse - aufgehoben und stattdessen die AOK Baden-Württemberg und die Pflegekasse bei der AOK Baden-Württemberg (jetzige Beigeladene zu 2) und 3)) zum Verfahren beigeladen. Die Beigeladenen zu 2) bis 4) haben sich am Verfahren nicht beteiligt und keine Anträge gestellt.
- 18 Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung des Senats durch Urteil ohne

mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

- 19 Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Senatsakte, die Akte des SG sowie auf die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

- 20 Die gemäß § 151 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten gemäß §§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 SGG ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, ist statthaft und zulässig; sie ist auch begründet. Das SG hätte der Klage nicht stattgeben und unter Aufhebung des Bescheids vom 26. September 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 22. März 2004 feststellen dürfen, dass der Beigeladene zu 1) die Tätigkeit als LKW-Fahrer im Auftrag des Klägers im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit ausgeübt hat. Denn die Beklagte hat zu Recht bezüglich der hier streitigen Zeit ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Beigeladenen zu 1) bei dem Kläger festgestellt.
- 21 1. Nach § 7a Abs. 1 Satz 1 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Letzteres war hier nicht der Fall. Die Beklagte entscheidet nach § 7a Abs. 2 SGB IV aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls, ob eine Beschäftigung vorliegt.
- 22 Nach § 7 Abs. 1 SGB IV ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (Satz 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (Satz 2; eingefügt mit Wirkung vom 1. Januar 1999 durch Art. 1 Nr. 1 Buchst. a, 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999; BGBl. I 2000, S. 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), der der Senat folgt, 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. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 5 m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - 1 BvR 21/96 - = SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG SozR 4 - 2400 § 7 Nr. 7 RdNr. 17).
- 23 Da eine schriftliche vertragliche Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1) nicht vorliegt, ist die Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) nach dem zwischen ihm und dem Kläger praktizierten Ablauf zu berücksichtigen.
- 24 Die Tätigkeit als LKW-Fahrer kann zwar sowohl im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnissen (vgl. allg. hierzu BSG SozR 4-2700 § 2 Nr.1; SozR 4-2400 § 7 Nr. 5; LSG

Baden-Württemberg, Senatsurteil vom 23. Januar 2004, L 4 KR 3083/02 - = veröffentlicht in juris; Senatsurteil vom 16. Januar 2004 - L 4 KR 763/04 -; Urteil vom 05. April 2006 - L 5 KR 5313/04 -; Urteil vom 06. November 2007 - L 11 KR 2407/04 -) als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisse als selbstständige 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; zu Flugzeugführern BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - B 12 KR 13/07 R - = SGB 2008, 401) ausgeübt werden. Vorliegend überwiegen nach Auffassung des Senats jedoch die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, diejenigen, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen. Maßgeblich ist hierbei die Zeit ab September 2000 bis zum Ende der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) beim Kläger im Mai 2002, da der Beigeladene zu 1) seinen Antrag ausdrücklich hierauf beschränkt und die Beklagte gegenüber dem Kläger auch nur über den Zeitraum ab September 2000 entschieden hat.

- 25 Soweit der Beigeladene zu 1) von September 2000 bis Mai 2002 als LKW-Fahrer ohne eigenen LKW für den Kläger tätig war, stand der Beigeladene zu 1) beim Kläger in einem abhängigen und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis. Dies ergibt sich für die hier streitige Zeit daraus, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen seiner Tätigkeit für den Kläger kein Unternehmerrisiko trug und damit gerade dieses im Regelfall maßgeblich für eine selbstständige Tätigkeit sprechende Kriterium nicht erfüllte. Wesentliches Kriterium für ein Unternehmerrisiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch unter Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, sodass der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - B 12 KR 13/07 R - RdNr. 26). Nach der Rechtsprechung des BSG kann die Benutzung eines eigenen LKW und die damit einhergehende Lastentragung in Verbindung mit anderen Gesichtspunkte für eine selbstständige Tätigkeit sprechen (SozR 4-2400 § 7 Nr. 5 m.w.N.; SozR 4-2700 § 2 Nr. 1). Seit September 2000 hatte der Beigeladene zu 1) jedoch kein „Betriebsmittel LKW“ mehr eingesetzt. Dies ergibt sich für den Senat aus der Auskunft des Beigeladenen zu 1) gegenüber der Beklagten, wonach der zwischen ihm und der Volvo Truck Leasing GmbH geschlossene Leasingvertrag zum 01. August 2000 beendet worden war, sodass danach nur noch eine Fahrervermietung stattfand (Schreiben des Beigeladenen zu 1) vom 08. April 2003, Bl. 176 der Verwaltungsakte). Auch aus den vom Kläger vorgelegten Rechnungen des Beigeladenen zu 1) vom 24. Dezember 2000, 09. März 2001 und 10. März 2001 ergibt sich, dass nur eine „Fahrervermietung“ in Rechnung gestellt wurde. Der Senat konnte sich daher nicht davon überzeugen, dass - entgegen der Behauptung des Klägers - der Beigeladene zu 1) in der hier streitigen Zeit teilweise mit einem eigenen LKW für den Kläger tätig war. Er benutzte vielmehr den LKW des Klägers. Daraus ergibt sich, dass der Beigeladene zu 1) nicht sein eigenes Betriebsmittel benutzte und letztlich nur als - wie von ihm auch beworben - „Aushilfskraft“ für den Kläger tätig war.
- 26 Entgegen der Auffassung des Beigeladenen zu 1) sieht der Senat in der Beendigung des Leasingvertrags und der Benutzung des Lkws des Klägers eine wesentliche Änderung. Denn ab September 2000 setzte der Beigeladene zu 1) nur noch seine Arbeitskraft und keine Arbeitsmittel mit der ungewissen Aussicht darauf, Einnahmen zu erzielen, mehr ein. Er bot mithin nicht - wie dies bei einem Unternehmer der Fall ist - neben seiner Arbeitskraft einen nennenswerten Einsatz an Sachmitteln, sondern nur seine Arbeitskraft an, wie dies jeder abhängig Beschäftigte tut (vgl. hierzu auch Senatsurteil vom 23. Januar 2004 - L 4 KR 3083/02 -). Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der - hier im Vordergrund stehenden - Verwertung der Arbeitskraft spricht jedoch nur dann für Selbstständigkeit, wenn ihr auch eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüber steht (vgl. BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 17; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 13 m.w.N.). Dies war hier aber nicht der Fall.
- 27 Vielmehr hat er als Gegenleistung für seine Tätigkeit einen festen Stundensatz bzw. eine feste Pauschale entsprechend seinem Zeitaufwand erhalten. Die Fahrten mit einem festen Stundenlohn von DM 25,00 bzw. die Pauschale (ab zehn Stunden) in Höhe von DM 250,00 entspricht einer typischen Entlohnung eines abhängigen Beschäftigten. Im Ergebnis stellte sich die Vergütung mithin als Lohnzahlung dar (vgl.

hierzu BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 1).

- 28 Gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung spricht nicht, dass der Beigeladene zu 1) am 21. Oktober 2000 in der Mittelbadischen Presse eine Anzeige veröffentlichte und damit - nach Ansicht des SG - werbend am Markt auftrat. Die Anzeige ist nach Auffassung des Senats lediglich als Suche nach einer (abhängigen) Stelle zu werten. Denn in dieser Anzeige bot sich der Beigeladene zu 1) lediglich als „Aushilfsfahrer Kl. 2“ an, ohne z. B. einen Firmennamen zu nennen.
- 29 Soweit der Beigeladene zu 1) für seine Fahrten jeweils Rechnungen mit ausgewiesener Mehrwertsteuer gestellt und sich auch steuerrechtlich dementsprechend als Gewerbebetrieb aufgeführt hat, kann dies nicht als wesentliches Indiz dafür herangezogen werden, dass er tatsächlich hinsichtlich der Fahrten mit dem LKW des Klägers selbstständig tätig gewesen ist. Da zwischen ihm und dem Kläger offensichtlich keine „Festanstellung“ auf Dauer beabsichtigt war, blieb dem Beigeladenen zu 1) nichts anderes übrig, als entsprechende Rechnungen zu stellen, um so die von ihm erbrachten Arbeitsleistungen geltend machen zu können, und dann natürlich auch folgerichtig gegenüber dem Auftraggeber entsprechend Mehrwertsteuer auszuweisen. Für die Frage aber, ob hier tatsächlich insoweit eine selbstständige Tätigkeit oder ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bestand, kann dies zwangsläufig daher nur nachrangige Bedeutung haben. Dies gilt - entgegen der Ansicht des SG - auch für den Umstand, dass der Beigeladene zu 1) nicht bereit gewesen ist, für einen niedrigeren Stundensatz als Fahrer für den Kläger tätig zu werden. Auch Arbeitnehmer lehnen den Abschluss eines Arbeitsvertrages ab, wenn ihnen das vom Arbeitgeber angebotene Arbeitsentgelt zu gering erscheint.
- 30 Gegen die Annahme einer abhängigen Beschäftigung kann ferner nicht eingewandt werden, es habe keine persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen zu 1), insbesondere kein umfassendes Weisungsrecht des Klägers hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung und auch keine Eingliederung in den klägerischen Betrieb gegeben, da - so das SG - in der Vergangenheit beide für den gleichen Spediteur gefahren seien und praktisch „auf gleicher Augenhöhe“ gestanden hätten. Denn zum einen ist auch ein selbstständiger Frachtunternehmer, der für einen Betrieb wie dem des Klägers tätig wird und entsprechende Frachtaufträge ausführt, an einen bestimmten Zeitrahmen bzw. eine bestimmte Organisation hinsichtlich der Be- und Entladetermine gebunden. Zum anderen spricht für eine Einbindung in den klägerischen Betrieb allein schon die Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) nicht mit einem eigenen LKW für den Kläger tätig geworden ist, sondern als Fahrer auf dem LKW der Klägerin. Damit aber war auch die Verfügungsmöglichkeit des Beigeladenen zu 1) über seine eigene Arbeitskraft deutlich eingeschränkt. In diesem Zusammenhang ist weiter darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, grundsätzlich zwar als Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden kann, weil der Betroffene damit den Umfang seiner Tätigkeit weitgehend selbst bestimmt. Doch sind auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungsverhältnisse Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Arbeitnehmer überlassen, ob er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er ein konkretes Angebot im Einzelfall ablehnt. Denn auch in solchen Fällen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen beispielsweise wegen Erkrankung ständiger Mitarbeiter lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eingeräumt sein, ein konkretes Arbeitsangebot abzulehnen (vgl. Senatsurteil vom 24. Februar 2006 - L 4 KR 763/04 -). Nimmt der Betroffene das angetragene Angebot jedoch an, übt er die 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 selbstständig Tätigen. In diesem Zusammenhang schließt sich der Senat auch der Auffassung des BSG an, wonach selbst in dem Fall, in dem eine Person die Merkmale eines Frachtführers im Sinne des HGB aufweist, durch eine Gesamtwürdigung aller tatsächlichen Umstände zu ermitteln ist, ob er nicht dennoch zu seinem Auftraggeber in einem Arbeits- bzw. abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 1). Selbst wenn zwischen dem Beigeladenen zu 1) und einem Frachtführer im Sinne des HGB Parallelen bestünden, vermag dies für sich betrachtet mithin nicht das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit zu belegen.

- 31 Dass der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe angemeldet hatte, ist ebenfalls nicht aussagekräftig, da eine Überprüfung durch das Gewerbeaufsichtsamt hinsichtlich des Vorliegens einer Beschäftigung nicht stattfindet. Dies gilt im Übrigen auch für die Abführung der Mehrwertsteuer.
- 32 Ebenfalls kein entscheidendes Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) ist die Tatsache, dass er im streitigen Zeitraum auch für andere Auftraggeber tätig war. Denn auch ein abhängig Beschäftigter kann für mehrere Auftraggeber (abhängig) beschäftigt sein. Hinzukommt, dass der Beigeladene zu 1) - insbesondere bei über 10-stündigen Fahrten - gesetzliche Ruhepausen einzuhalten hatte und er somit nur nacheinander für die einzelnen Auftraggeber tätig werden konnte.
- 33 Für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit spricht auch nicht der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) nicht persönlich tätig werden musste und es gleichgültig war, wer die Touren fuhr, er mithin berechtigt war, andere Fahrer zur Auftragserfüllung zu beschäftigen. Denn unabhängig davon, dass der Beigeladene zu 1) lediglich vom 29. Mai bis 01. Juni 2001 und vom 04. bis 13. Juni 2001 zwei geringfügig Beschäftigte gemeldet hatte, die letzte Rechnung an den Kläger jedoch vom 10. März 2001 stammt, steht die Befugnis, Arbeiten an andere Personen zu delegieren, nicht zwingend der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses entgegen (vgl. BSG SozR 4-2700 § 2 Nr. 1). Es gibt Beschäftigungsverhältnisse, bei denen es nicht unbedingt auf die persönliche Arbeitsleistung ankommt, sondern eine Vertretung für Familienangehörige oder Dritte möglich und üblich ist (vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 06. November 2007 - L 11 KR 2407/04 - m.w.N.). Dies gilt insbesondere dann, wenn die Bestellung einer Ersatzkraft allgemein üblich ist. Dass es vorliegend auf eine höchstpersönliche Ausführung der Fahrten hätte ankommen sollen, wurde weder von dem Kläger noch von dem Beigeladenen zu 1) vorgetragen.
- 34 Zusammenfassend steht damit zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beigeladenen zu 1), soweit er in der hier streitigen Zeit von September 2000 bis Mai 2002 als Fahrer mit dem LKW des Klägers tätig war, in einem abhängigen und dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stand.
- 35 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG in Verbindung mit §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).
- 36 Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.
- 37 3. Die Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 72 Nr. 1 des Gerichtskostengesetzes (GKG) in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts nach dem seit 01. Juli 2004 geltenden Recht, weil die Berufung nach dem 01. Juli 2004 eingelegt worden ist. Die Festsetzung des Streitwerts für das Berufungsverfahren beruht auf §§ 63 Abs. 2, 52 Abs. 2, 47 Abs. 1 GKG. Da der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte bietet, ist ein Streitwert von EUR 5.000,00 anzunehmen (§ 52 Abs. 2 GKG). Im vorliegenden Fall kann nicht auf die auf den Arbeitgeber zukommende Beitragsbelastung, die in Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV maßgeblich ist (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. Dezember 2006 - L 5 KR 677/07 W-B -, nicht veröffentlicht), abgestellt werden, da der Beigeladene zu 1) nicht regelmäßig beim Kläger beschäftigt war.