

# Bundessozialgericht

## Urt. v. 19.08.2003, Az.: B 2 U 38/02 R

---

### Unfallversicherung: Menü-Bringer arbeiten nichtselbständig

Auch wenn ein Menü-Bringer offiziell in selbständiger Nebentätigkeit für ein Unternehmen tätig ist, hat er als Arbeitnehmer Ansprüche gegen die Berufsgenossenschaft seines Auftraggebers, wenn er zwar mit eigenem PKW Fertigménüs ausliefert, der Wagen mit dem Firmenlogo und der Telefonnummer des Menü-Herstellers beschriftet ist und er einen Bezirk zugeteilt bekommen hat, den er zu festgelegten Zeiten zu beliefern hat.

Quelle: Wolfgang Büser

### Voraussetzungen der Scheinselbstständigkeit

**Gericht:** BSG

**Datum:** 19.08.2003

**Aktenzeichen:** B 2 U 38/02 R

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2003, 21707

**ECLI:** [keine Angabe]

### Verfahrensgang:

vorgehend:

LG Mannheim - 28.09.2001

LSG Baden-Württemberg - 11.07.2002

### Rechtsgrundlagen:

§ 164 Abs. 2 S. 2 SGG

§ 164 Abs. 2 S. 3 SGG

§ 8 Abs. 1 SGB VII

§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII

§ 7 Abs. 1 SGB IV

### Fundstellen:

Breith. 2004, 136-144

FA 2004, 64 (Kurzinformation)

FAr 2004, 64

GmbHR 2003, R 461 (Pressemitteilung)

GmbH-Report 2003, R 461 (Pressemitteilung)

GuS 2003, 61

NZA 2004, 200 (Kurzinformation)

NZS 2004, 136

**Redaktioneller Leitsatz:**

Bei der Frage, ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen; maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag.

Der 2. Senat des Bundessozialgerichts hat  
am 19. August 2003 ohne mündliche Verhandlung  
durch  
den Vorsitzenden Richter Dr. Burchardt,  
die Richter Mütze und Becker  
sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Grieshaber und Senske  
für **Recht** erkannt:

**Tenor:**

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 11. Juli 2002 wird als unzulässig verworfen; die Revision der Beigeladenen wird zurückgewiesen.

Die außergerichtlichen Kosten des Klägers haben die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren in vollem Umfang sowie im Berufungs- und Revisionsverfahren je zur Hälfte und die Beigeladene im Berufungs- und Revisionsverfahren je zur Hälfte zu erstatten; im Übrigen sind Kosten nicht zu erstatten.

**Gründe**

1 I

Streitig ist, ob die vom Kläger am 1. Juli 1997 erlittenen Verletzungen Folgen eines Arbeitsunfalls sind; strittig ist insbesondere, ob der Kläger damals als "*Beschäftigter*" unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung stand.

2 Der im Jahre 1946 geborene Kläger war seit 1991 als "*Menü-Bringer in selbstständiger Nebentätigkeit*" - so die Gewerbeanmeldung - für die beigeladene GmbH tätig. Damals war er als Unternehmer Mitglied der Berufsgenossenschaft (BG) für Fahrzeughaltungen und im Jahre 1993 auf eigenen Antrag von der Versicherungspflicht befreit worden; zum 31. Dezember 1996 war die Mitgliedschaft aufgehoben worden.

3 Die Tätigkeit des Klägers, über die kein schriftlicher Vertrag vorlag, bestand darin, dass er sich von Montag bis Freitag jeweils zwischen 8.00 Uhr und 8.30 Uhr mit seinem eigenen PKW zur Beigeladenen begab, um dort die auszuliefernden Fertigménüs in Empfang zu nehmen; für das Einladen benötigte er ca. 15 Minuten. Anschließend fuhr er mit seinem eigenen PKW, an dem Schilder mit Firmenlogo und Telefonnummer der Beigeladenen angebracht waren und dessen Kontrolle sich die Beigeladene vorbehalten hatte, auf die Auslieferungstour in den ihm als Auslieferungsbezirk zugeteilten Mannheimer Stadtteilen. Etwa gegen 12.30 Uhr waren alle Menüs ausgeliefert. Bei der Auslieferung am Freitag waren zusätzlich noch für das Wochenende Tiefkühlmenüs zu verteilen. Donnerstags hatte der Kläger die Speisepläne für jeweils zwei Wochen und Bestellformulare auszugeben; am folgenden Tage nahm er die Bestellungen der Kunden entgegen und leitete sie an die Beigeladene weiter. Auf den Bestellformularen, die vom Kunden und vom "*Fahrer*" unterschrieben wurden, war nur der Firmenname der Beigeladenen aufgedruckt. Die Kunden konnten entweder durch Erteilung einer Abbuchungsermächtigung oder bar beim Kläger im Voraus bezahlen. Von letzterer Möglichkeit machten im Jahre 1997 ca. 90 v.H. der Kunden Gebrauch; diese Geldbeträge zahlte der Kläger auf ein von ihm eingerichtetes Bankkonto ein. Die Beigeladene, die dem Kläger monatlich 10,00 DM für die Kontoführung erstattete, buchte hiervon wöchentlich auf Grund einer ihr vom Kläger erteilten Ermächtigung einen Abschlag ab. Unter

Berücksichtigung dieser Abbuchung, der von den Kunden gezahlten Beträge und eines bestimmten Prozentsatzes des Wochenumsatzes berechnete die Beigeladene wöchentlich die Provision des Klägers, die sich auf etwa 1500,- bis 1.800,00 DM im Monat belief. Werbung betrieb fast ausschließlich die Beigeladene durch Kleinanzeigen u.Ä. sowie durch Prospektmaterial, das den Ausfahrern zur Verfügung gestellt wurde; als Vergütung für das Verteilen erhielten diese zusätzlich 50,00 DM. Die Beigeladene bot ferner Vorrichtungen zum Wärmen der Tiefkühlmenüs an, die von den Ausfahrern gegen Provision verkauft werden konnten. Der Kläger erhielt für die Benutzung des eigenen PKW keinen Zuschuss von der Beigeladenen. Bei einer Panne fuhr er die Essen auf eigene Kosten mit einem Taxi aus. Er war berechtigt, sich im Urlaubs- oder Krankheitsfall durch einen Dritten vertreten zu lassen, machte jedoch hiervon keinen Gebrauch.

- 4 Am 1. Juli 1997 stürzte der Kläger beim Abholen der Menüs von der Laderampe und verletzte sich dabei erheblich. Im September 1997 beantragte er bei der Beklagten, dem für die Beigeladene zuständigen Unfallversicherungsträger, die Entschädigung des Unfalles als Arbeitsunfall und gab an, er sei zwar als freier Mitarbeiter für die Beigeladene tätig, aber trotz Gewerbeausweises immer von dieser abhängig gewesen. Mit formlosen Schreiben vom 14. und 27. Oktober 1999 lehnte die Beklagte die Entschädigung des Unfalles vom 1. Juli 1997 mit der Begründung ab, der Kläger sei nicht als Beschäftigter der Beigeladenen, sondern als selbstständiger Unternehmer tätig geworden. Da er sich von der Versicherungspflicht habe befreien lassen, habe für ihn im Unfallzeitpunkt kein Versicherungsschutz bestanden. Als unzuständiger Unfallversicherungsträger sei sie nicht in der Lage, eine Entscheidung über das Geschehen vom 1. Juli 1997 zu treffen. Allenfalls komme Versicherungsschutz über die BG für Fahrzeughaltungen in Betracht.
- 5 Die nach erfolglosem Vorverfahren (Widerspruchsbescheid vom 30. Juni 2000) erhobene Klage hat das Sozialgericht Mannheim (SG) nach Anhörung des Geschäftsführers der Beigeladenen zu den Bedingungen der Tätigkeit des Klägers im *"Menü-Bringer-Dienst"* abgewiesen, weil bei der Tätigkeit des Klägers die Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit überwiegen (Urteil vom 28. September 2001).
- 6 Hiergegen hat der Kläger Berufung bei dem Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) eingelegt und beantragt, das erstinstanzliche Urteil sowie die Bescheide vom 14. und 27. Oktober 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30. Juni 2000 aufzuheben und festzustellen, dass die distale Radiusfraktur links, der Abriss des Processus styloideus radii sowie die mediale dislozierte Schenkelhalsfraktur links Folgen des Arbeitsunfalles vom 1. Juli 1997 sind. Die Beklagte und die Beigeladene haben beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Nach Einholung von Auskünften der zuständigen AOK-Bezirksdirektion sowie der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) hat das LSG der Berufung des Klägers stattgegeben und die Beklagte antragsgemäß verurteilt (Urteil vom 11. Juli 2002). Das SG habe die zulässige Feststellungsklage zu Unrecht abgewiesen, weil der Kläger am 1. Juli 1997 als Beschäftigter einen versicherten Arbeitsunfall erlitten habe, für dessen Entschädigung die Beklagte zuständig sei. Für die Abgrenzung einer versicherten Beschäftigung i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 des Siebten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VII) bzw. des § 7 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV) von einer nicht versicherten selbstständigen Tätigkeit komme es nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) darauf an, ob ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber infolge der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation bestehe.
- 7 Für eine Selbstständigkeit des Klägers lasse sich zwar anführen, dass er als wichtigstes Betriebsmittel den eigenen PKW eingesetzt sowie die laufenden Lasten der Unterhaltung und das *"Pannennisiko"* zu tragen gehabt habe und dass er keine ertragsunabhängige feste Entlohnung erhalten habe. Andererseits hätten beim Kläger typische Merkmale eines Arbeitnehmers vorgelegen. Er sei ausschließlich für die Beigeladene als Auftraggeberin tätig gewesen und habe mit den belieferten Kunden nicht selbst in einer vertraglichen Beziehung gestanden. Als Ausfahrer habe der Kläger keine nennenswerten Möglichkeiten gehabt, durch eigene unternehmerische Initiative den Kundenkreis zu erweitern und damit auch seine Provision zu steigern, zumal die Beigeladene fast sämtliche Werbemaßnahmen selbst veranlasst habe. Er sei gegenüber der Beigeladenen persönlich abhängig und in dem für abhängig beschäftigte Arbeitnehmer typischen Maße

weisungsgebunden sowie in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen eingegliedert gewesen, was sich u.a. in der mangelnden Bestimmung seiner Arbeitszeit, der Zuteilung eines festen Einsatzgebietes und dem Konkurrenzverbot gezeigt habe.

- 8 Insgesamt überwögen die Merkmale einer unselbstständigen Tätigkeit. Dass der Kläger als Eigentümer des PKW die damit verbundenen Unterhaltungskosten und das Pannenrisiko getragen habe, könne hier nicht den Ausschlag für eine Selbstständigkeit geben, zumal sich die Beigeladene bestimmte Kontrollen vorbehalten habe und allein die Auferlegung besonderer Risiken einen abhängig Beschäftigten noch nicht zu einem Selbstständigen mache. Die Provisionen des Klägers i.H.v. etwa 1500,- bis 1.800,00 DM im Monat seien nicht so hoch bemessen gewesen, dass dadurch die Erzielung eines das eines abhängig beschäftigten Ausfahrers übersteigenden Einkommens möglich gewesen wäre. Es seien Elemente abhängiger Beschäftigung mit Elementen der Selbstständigkeit mit der Folge einer ausgleichslosen Kumulierung von Nachteilen beider Formen verbunden worden. Dieser Unausgewogenheit der Vertragsgestaltung entspreche es, dass der Kläger über keinerlei Spielraum bei der Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen mit der Beigeladenen verfügt habe. Ohne Bedeutung sei, dass der Kläger nur vormittags tätig gewesen sei und dass er im Verhinderungsfall einen Vertreter für die Übernahme der Tour hätte einschalten können.
- 9 Die Beklagte hat am 14. August 2002 die - vom LSG zugelassene - Revision eingelegt. Der Senatsvorsitzende hat die Frist zur Begründung der Revision antragsgemäß bis zum 7. November 2002 einschließlich verlängert. Der Schriftsatz der Beklagten mit Revisionsantrag und -begründung vom 8. November 2002 ist am selben Tage beim BSG eingegangen.
- 10 Die Beigeladene rügt mit der von ihr fristgerecht eingelegten und begründeten Revision die Verletzung materiellen Rechts. Der Kläger habe eine selbstständige Tätigkeit ausgeübt und sei nicht als Beschäftigter versichert gewesen. Die gegenteilige Auffassung des LSG widerspreche den in den Urteilen des BSG vom 27. November 1980 (8a RU 74/79 = USK 80242 und 8a RU 26/80 = USK 80246) aufgestellten Grundsätzen. Auch Frachtführer beurteile die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts - BAG - ( Urteil vom 19. November 1997 - 5 AZR 653/96 = BAGE 87, 129) als selbstständig Tätige, wenn diese ihr eigenes Fahrzeug einsetzen und eine entsprechende Gewerbeerlaubnis besäßen. Dies gelte auch dann, wenn sie nur für ein Unternehmen tätig seien und etwa dessen Logo nutzen. Auch nach dem angefochtenen Urteil seien die Betriebsmittel von entscheidender Bedeutung; der PKW habe aber dem Kläger gehört und ein spezieller Typ sei ihm nicht vorgeschrieben worden. Ferner habe der Kläger keinen festen Lohn, sondern Provisionen erhalten. Er habe insofern ein Unternehmerrisiko gehabt, als er z.B. durch Verteilen von Werbung die Umsatzhöhe habe beeinflussen können. Er hätte durch schnelle und pünktliche Auslieferung die Zahl der Kunden steigern oder die Ausdehnung des Bezirks erreichen können.
- 11 Die Tätigkeit des Klägers sei in vielen Bereichen der eines Frachtführers nach § 425 des Handelsgesetzbuches (HGB) a.F. vergleichbar, der trotz weit reichender Weisungsrechte als Gewerbetreibender behandelt werde. Dass eine straffe Organisation, etwa hinsichtlich der Arbeitszeit und des -ortes, erforderlich sei, liege in der Natur der Sache. Den Kläger habe zwar keine Weisung hinsichtlich des Arbeitsbeginns getroffen, lediglich hätten alle Essen bis 12.30 Uhr ausgeliefert sein müssen. Diese Vorgabe sei indes kein aussagekräftiger Hinweis auf ein Arbeitsverhältnis. Die Eigenart des Menübringdienstes erlaube es nicht, die Zustellzeiten selbst zu bestimmen. Wesentlich für eine selbstständige Tätigkeit spreche aber, dass der Kläger nicht persönlich habe tätig werden und sich nicht bei ihr habe abmelden müssen. Die vom LSG als Kriterium herangezogene soziale Schutzwürdigkeit sei kein Merkmal einer abhängigen Beschäftigung. Auch habe sich der Kläger selbst gegenüber der BG für Fahrzeughaltungen als selbstständigen Unternehmer bezeichnet und die AOK Baden-Württemberg sowie die BfA hätten hinsichtlich der streitgegenständlichen Problematik nichts beanstandet. Schließlich habe der Kläger auch Umsatz- und Gewerbesteuer abgeführt.
- 12 Die Beklagte und die Beigeladene beantragen,  
  
das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 11. Juli 2002 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 28. September 2001

zurückzuweisen.

- 13** Der Kläger beantragt,  
die Revisionen der Beklagten und der Beigeladenen als unzulässig zu verwerfen,
- 14** hilfsweise,  
die Revision der Beigeladenen zurückzuweisen.
- 15** Er hält das angefochtene Urteil für zutreffend und die Revisionen für unzulässig, weil die Beklagte die Revisionsbegründungsfrist nicht eingehalten und die Beigeladene die Begründungserfordernisse nicht erfüllt habe.
- 16** Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt ( § 124 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes < SGG >).
- 17** **II.**  
Die Revision der Beklagten ist unzulässig und war daher zu verwerfen ( § 169 SGG ), weil sie nicht innerhalb der durch den Vorsitzenden des Senats gemäß § 164 Abs. 2 Satz 2 SGG bis zum 7. November 2002 verlängerten Frist begründet worden ist; die Revisionsbegründung ist erst am 8. November 2002 beim BSG eingegangen.
- 18** Die Revision der Beigeladenen ist zulässig; sie wurde form- und fristgerecht eingelegt und begründet. Gemäß § 164 Abs. 2 Satz 3 SGG muss die Revision einen bestimmten Antrag enthalten und die verletzte Rechtsnorm bezeichnen. Daher muss nach ständiger Rechtsprechung (stellvertretend BSGE 70, 186, 187 f [BSG 19.03.1992 - 7 RAr 26/91] = SozR 3-1200 § 53 Nr. 4 m.w.N.; BVerfG SozR 1500 § 164 Nr. 17) die Revision auch bei materiell-rechtlichen Rügen sorgfältig begründet sein. Es ist - mit rechtlichen Erwägungen - darzulegen, dass und weshalb die Rechtsansicht des Berufungsgerichts nicht geteilt wird; dazu sind eine Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils und die Darlegung erforderlich, dass und aus welchem Grund die als verletzt gerügte Vorschrift des materiellen Rechts nicht oder nicht richtig angewandt worden ist (vgl bereits BSG SozR 1500 § 164 Nr. 12). Diesen Anforderungen genügt die Revisionsbegründung der Beigeladenen in wesentlichen Teilen, da sie sich mit einzelnen, vom LSG zur Beurteilung des unfallversicherungsrechtlichen Status des Klägers in einer Gesamtbetrachtung herangezogenen Kriterien, etwa zur Frage der Weisungsabhängigkeit des Klägers ihr gegenüber, im Einzelnen auseinander setzt und auch andere Aspekte unter rechtlichen Gesichtspunkten würdigt. Darüber hinaus benennt die Beigeladene - wenn auch erst am Ende der Begründungsschrift - die ihrer Auffassung nach durch das LSG verletzte Rechtsvorschrift des § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII , wohingegen die Regelung des § 7 SGB IV nicht ausdrücklich Erwähnung findet, jedoch im Sinnzusammenhang ebenfalls als verletzt bezeichnet zu sehen ist. Insofern befasst sich die Revisionsbegründung in ausreichender Weise mit dem angefochtenen Urteil; ob einem solchen Vorbringen Erfolg beschieden sein wird, ist allein eine Frage der Begründetheit der Revision (vgl BSGE 70, 186, 188 [BSG 19.03.1992 - 7 RAr 26/91] = SozR 3-1200 § 53 Nr. 4 m.w.N.).
- 19** Die Revision der Beigeladenen ist unbegründet. Das LSG hat zu Recht unter Aufhebung der entgegenstehenden Entscheidungen festgestellt, dass die im Tenor seines Urteils im Einzelnen aufgeführten Verletzungen des Klägers die Folge eines am 1. Juli 1997 erlittenen Arbeitsunfalles sind, für dessen Entschädigung die Beklagte zuständig ist.
- 20** Nach § 8 Abs. 1 SGB VII sind Arbeitsunfälle Unfälle von Versicherten in Folge einer den Versicherungsschutz nach den §§ 2 , 3 oder 6 SGB VII begründenden Tätigkeit (versicherte Tätigkeit).
- 21**

Dass der Kläger bei seiner Tätigkeit als Menü-Bringer einen Unfall erlitten und sich dabei die im Berufungsurteil aufgeführten Verletzungen zugezogen hat, hat das LSG bindend ( § 163 SGG ) festgestellt und ist im Übrigen auch zwischen den Beteiligten nicht streitig. Bei der zum Unfall führenden Tätigkeit, dem Beladen seines PKW mit den für die Beigeladene auszuliefernden Menüs am 1. Juli 1997, stand der Kläger auch als "Beschäftigter" i.S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung.

- 22** Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist im vorliegenden Fall § 7 Abs. 1 SGB IV , der für sämtliche Bereiche der Sozialversicherung gilt, in der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung (vgl die zum 1. Januar 1999 in Kraft getretene Änderung des § 7 SGB IV durch Art 3, 11 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998 <BGBl. I 3843>; zur Verfassungsgemäßheit des § 7 SGB IV a.F. BVerfG SozR 3-2400 Nr. 11); dies bedeutet, dass die durch das Gesetz vom 19. Dezember 1998 (a.a.O.) geschaffene und durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl. I 2000 S 2) und das Zweite Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2002 (BGBl. I 4621) neu gefasste Vermutungsregel im jetzigen Absatz 4 des § 7 SGB IV (noch) nicht zu berücksichtigen ist. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG 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 selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte und eigener Betriebsmittel, 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 (vgl BSGE 87, 53, 55 [BSG 10.08.2000 - B 12 KR 21/98 R] = SozR 3-2400 § 7 Nr. 15; BSGE 85, 214, 216 [BSG 14.12.1999 - B 2 U 38/98 R] = SozR 3-2200 § 539 Nr. 48; BSGE 45, 199, 200 ff = SozR 2200 § 1227 Nr. 8; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 19, jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).
- 23** Das LSG hat unter Anwendung dieser Grundsätze anhand der von ihm für den Senat bindend festgestellten Tatsachen ( § 163 SGG ), gegen die zulässige und begründete Verfahrensrügen nicht vorgebracht sind, auf Grund einer Gesamtwürdigung eine abhängige Beschäftigung des Klägers bejaht. Diese Würdigung durch das LSG lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Die von der Beigeladenen hiergegen vorgetragene Einwände sind - soweit sie nicht lediglich rein tatsächlicher Natur und daher ohnehin unbeachtlich sind - nicht begründet. So trifft es nicht zu, dass die Bewertung des zwischen dem Kläger und der Beigeladenen bestehenden Verhältnisses im Widerspruch zu der insbesondere im Urteil des BSG vom 27. November 1980 (8a RU 26/80 = USK 80246) vorgenommenen Gesamtbetrachtung der tatsächlichen Umstände steht. Zum einen - dies betont auch die Beigeladene gerade im Hinblick auf die ebenfalls herangezogene Entscheidung des BSG vom 27. November 1980 (8a RU 74/79 = USK 80242) - gehen sowohl das BSG im Urteil vom selben Tage (8a RU 26/80 = USK 80246) als auch das LSG in der angefochtenen Entscheidung von denselben Rechtsgrundsätzen als Grundlage ihrer jeweiligen Gesamtbetrachtung aus. Dabei berücksichtigt der 8a-Senat des BSG auch die zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegende Entscheidung des 12. Senats vom 13. Juli 1978 (BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 17), wie aus den Zitaten deutlich wird.
- 24** Zum anderen steht die angefochtene Entscheidung nicht deshalb im Widerspruch zu den in den genannten Urteilen des BSG vom 27. November 1980 enthaltenen Gesamtwürdigungen der Tatsachen, nur weil dort die betreffenden Personen (so genannter Charterfahrer bzw. Ringtourenfahrer) als selbstständig Tätige angesehen wurden. Das LSG weist zutreffend darauf hin, dass die Sachverhalte der damaligen Entscheidungen mit den tatsächlichen Verhältnissen im vorliegenden Fall nur bedingt vergleichbar sind. Ferner ist nicht zu übersehen, dass dem BSG, insbesondere im Urteil bezüglich der so genannten Charterfahrer (Urteil vom 27. November 1980 -

8a RU 74/79 = USK 80242), für seine Gesamtwürdigung im Vergleich zum Sachverhalt der angefochtenen Entscheidung nur relativ wenige Indizien zur Verfügung standen und daher diesen Anzeichen auch ein völlig anderes Gewicht zukommen konnte. Ein gravierender Unterschied tatsächlicher Art zwischen der Entscheidung des BSG bezüglich der so genannten Ringtourenfahrer (Urteil vom 27. November 1980 - 8a RU 26/80 = USK 80246) und dem angefochtenen Urteil ist darin zu sehen, dass die Ringtourenfahrer zwar stets wiederkehrend, jedoch zeitlich sehr beschränkt, nämlich nur einmal wöchentlich in der Nacht von Samstag auf Sonntag, tätig wurden, während der Kläger (wie ein typischer Arbeitnehmer) von Montag bis Freitag sozusagen halbtags seinen Dienst zu verrichten hatte.

- 25** Die Berücksichtigung des Kriteriums "*Betriebsmittel PKW*" durch das LSG bei der Gesamtwürdigung wird durch die Beigeladene zwar nicht angegriffen; sie weist jedoch nachdrücklich darauf hin, dass die Verpflichtung zur Anbringung eines Firmenschildes bei den Auslieferungsfahrten nicht für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses spreche. Dass die Benutzung eines eigenen Kraftfahrzeugs und die damit einhergehende Lastentragung durchaus für eine selbstständige Tätigkeit sprechen kann (vgl BSG Urteil vom 27. November 1980 - 8a RU 74/79 = USK 80242), stellt allerdings auch das LSG nicht in Frage. Dadurch aber, dass sich hier der Geschäftsführer der Beigeladenen die Kontrolle des Fahrzeuges vorbehielt, dieses ggf. auch ablehnen konnte und dass bei der Ausfahrt der Menüs das Firmenschild der Beigeladenen angebracht werden musste, unterlag der Kläger auch in diesem Bereich einengenden Auflagen durch die Beigeladene. Zwar wären die letztgenannten Aspekte für sich allein noch nicht geeignet, eine Abhängigkeit i.S. eines Beschäftigungsverhältnisses zu belegen (vgl BAGE 90, 36, 47 und 98, 146, 149). Dennoch weisen sie - was die Beigeladene nicht berücksichtigt - eindeutig auf eine gewisse Beschränkung der Handlungs- und Gestaltungsfreiheit, durch die eine selbstständige Tätigkeit grundsätzlich gekennzeichnet ist, hin. Es ist daher rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das LSG die Benutzung des privaten PKW durch den Kläger im Rahmen der Gesamtwürdigung nicht als den entscheidenden Gesichtspunkt für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit des Klägers angesehen hat (vgl LSG Berlin Urteil vom 27. Oktober 1993 - L 9 Kr 35/92 = Breith 1995, 22, 27 f).
- 26** Ebenso wenig kann die Bezeichnung der Vergütung des Klägers als "*Provision*" entscheidend für eine Charakterisierung seiner Tätigkeit als selbstständig sein. So gilt auch hier, dass es für die rechtliche Qualifizierung der Tätigkeit nicht unbedingt auf die Benennung der Gegenleistung ankommt, sondern auf den tatsächlich mit ihr verfolgten Zweck bzw. ihr äußeres Erscheinungsbild (vgl BSG Urteil vom 25. Oktober 1990 - 12 RK 40/89 = Breith 1991, 708, 710). Darauf, dass sich die hier ausgezahlten "*Provisionen*" im Ergebnis wie knapp bemessene Lohnzahlungen für eine Halbtagsbeschäftigung darstellen, hat das LSG unter dem Blickwinkel der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Klägers zutreffend hingewiesen. Aber auch die relativ konstante Höhe der monatlichen Einkünfte zwischen 1.500,- und 1.800,00 DM spricht dem äußeren Anschein nach eher für ein entsprechendes Lohnniveau. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es auch im Rahmen von Arbeitsverhältnissen flexible Arten von Lohnzahlungen gibt, die etwa eine Erfolgskomponente beinhalten und daher zu unterschiedlichen Entgelthöhen führen können, so z.B. die Formen des Akkord- oder Prämienlohns (vgl dazu Palandt / Putzo, BGB, 61. Aufl., § 611 RdNr. 58 m.w.N.; s auch Brackmann/Wiester, SGB VII, § 2 RdNr. 135 m.w.N.).
- 27** Auch der sinngemäß vorgebrachten Rüge der Beigeladenen, das LSG habe das vom Kläger zu tragende Unternehmerrisiko bei seiner Würdigung in unzutreffender Weise gewichtet, kann nicht gefolgt werden. Denn das Bestehen eines unternehmerischen Risikos führt nicht in jedem Falle entscheidend zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Die Belastung mit Risiken gerade im Zusammenhang mit der - hier im Vordergrund stehenden - Verwertung der Arbeitskraft spricht nämlich 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.).
- 28** Daher vermag auch der Vortrag der Beigeladenen, der Kläger hätte im Wege eigener Werbung und durch pünktliche und zuverlässige Erfüllung der Auslieferungspflichten neue Kunden gewinnen und damit auch seine Unternehmerrchance wahrnehmen können, nicht zu überzeugen. Denn die unternehmerische Chance, neue Kunden zu gewinnen, war hier von vornherein dadurch begrenzt,

dass der Kläger verpflichtet war, alle Menüs bis 12.30 Uhr auszuliefern. Hätte der Kläger zwar neue Kunden gewonnen, diese aber nicht mehr im vorgegebenen Zeitrahmen bedienen können, hätte - wie dies das LSG festgestellt hat - die Beklagte die Möglichkeit gehabt, den Auslieferungsbezirk des Klägers wieder zu verkleinern. Das unternehmerische Risiko bzw. die unternehmerischen Chancen des Klägers standen mithin unter einem einseitig von der Beigeladenen wahrnehmbaren, gravierenden Vorbehalt. Im Übrigen legt die Beigeladene nicht näher dar, wie im Einzelnen die eigenen Werbemaßnahmen des Klägers hätten beschaffen sein sollen, nachdem das LSG bereits zuvor zutreffend und im Einklang mit der Wertung im Urteil des BSG vom 24. September 1981 (SozR 2200 § 165 Nr. 63) darauf hingewiesen hat, dass die Beigeladene selbst fast alle Werbemaßnahmen veranlasst und dem Kläger für das Verteilen von Prospektmaterial noch eine Vergütung gezahlt hatte.

- 29** Eine fehlerhafte Gewichtung des der Beigeladenen gegenüber dem Kläger zustehenden Weisungsrechts dadurch, dass das LSG - wie von der Beigeladenen vorgetragen - nicht berücksichtigt hätte, dass die Gegebenheiten des vorliegenden Falles in mehrerlei Hinsicht den Verhältnissen eines Frachtführers i.S. des § 425 HGB a.F. bzw. §§ 407 ff HGB nF ähnelten, ist ebenfalls nicht festzustellen. Zwar ist der Beigeladenen insoweit zuzustimmen, dass das HGB hinsichtlich des Frachtführers vom Leitbild des selbstständig tätigen Gewerbetreibenden ausgeht (vgl. Heymann/Honsell, HGB, § 425 RdNr. 1, 2); allerdings besagt der Umstand, dass es sich bei einer Person um einen Frachtführer i.S. des HGB handelt - und dies wird insbesondere durch die umfangreiche, dazu ergangene arbeitsgerichtliche Rechtsprechung belegt (vgl. BAGE 98, 146 ff; BAGE 90, 36 ff; BAGE 87, 129 ff; LAG Niedersachsen, LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 38 jeweils m.w.N.) -, noch nicht, dass diese Person stets eine selbstständige Tätigkeit ausübt und daher nicht im arbeitsrechtlichen Sinne als *"Arbeitnehmer"* bzw. im sozialrechtlichen Sinne als *"Beschäftigte"* anzusehen ist. Auch wenn eine Person die Merkmale eines Frachtführers i.S. des HGB aufweist, ist vielmehr - wie die zitierten Entscheidungen zeigen - im Streitfall durch eine Gesamtwürdigung aller tatsächlichen Umstände zu ermitteln, ob er nicht dennoch zu seinem Auftraggeber in einem Arbeits- bzw. abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Somit vermag der Hinweis auf mögliche Parallelen zwischen dem Kläger und einem ebenfalls weit reichenden Weisungsrechten seines Auftraggebers unterworfenen Frachtführer für sich betrachtet nicht das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit zu belegen.
- 30** Aber auch die Würdigung der konkret den Kläger betreffenden Weisungsrechte der Beigeladenen, etwa bezüglich Ort, Zeit sowie Art und Weise der Arbeitsausführung, erweist sich im Hinblick auf die gesetzlich umschriebene Situation des Frachtführers nicht als fehlerhaft. Wenn die Beigeladene darauf hinweist, dass aus der Weisungsabhängigkeit (des Frachtführers) nicht ohne weiteres auf ein Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis geschlossen werden kann, ist dies zumindest unvollständig, denn gerade der Grad der Weisungsabhängigkeit einer Person zu ihrem Auftraggeber im Hinblick auf die näheren Arbeitsumstände bildet - wie oben dargelegt - das charakteristische Merkmal für die Abgrenzung von abhängigen Beschäftigungsverhältnissen zu selbstständigen Tätigkeiten. Dementsprechend stellt die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung (BAGE 98, 146, 149 [BAG 27.06.2001 - 5 AZR 561/99] ; BAGE 90, 36, 48), welcher der Senat folgt, bei der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft einer als Frachtführer tätigen Person darauf ab, ob getroffene und praktizierte Vereinbarungen zur Folge haben, dass der betreffende Fahrer in der Ausübung seiner Tätigkeit weniger frei ist als ein Frachtführer i.S. des HGB, er also nicht mehr im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.
- 31** Dass der Kläger hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit engen, von der Beigeladenen bestimmten Vorgaben unterworfen war, hat das LSG ausführlich dargelegt und festgestellt. So hat die Beigeladene dem Kläger insbesondere das Auslieferungsgebiet, die Kundenzahl sowie eine zeitliche Grenze für die Auslieferung vorgegeben und ihn einem Konkurrenzverbot unterstellt. Die einseitigen, die Gestaltungsfreiheit des Klägers im Hinblick auf die Arbeitszeit einschränkenden Anordnungen der Beigeladenen können nicht dadurch mit der gesetzlich vorgesehenen Weisungsunterworfenheit eines Frachtführers für vereinbar erklärt werden, dass es bei einem Menübringdienst *"in der Natur der Sache"* liege, wenn die Mahlzeiten wöchentlich von Montag bis Freitag bis zu einer bestimmten Uhrzeit ausgefahren sein müssten. Zwar beinhalten auch die Beförderungsverträge, die *"gewerbsmäßige"* Frachtführer abschließen, oftmals eine zeitliche



Vorgabe des Auftraggebers, sodass allein aus der Zeitvorgabe noch nicht die Abhängigkeit des Auftragnehmers folgen muss (BAGE 87, 129, 139 m.w.N.). Allerdings sind hier - wie auch in der zitierten Entscheidung des BAG - die weiteren Einzelfallumstände in der Weise zu beachten, dass die Beigeladene die Tour des Klägers hinsichtlich des Arbeitsumfanges so zugeschnitten hat, dass er jeweils zu einer bestimmten Uhrzeit erscheinen musste, um das Arbeitspensum zu bewältigen und die Auslieferung gegen 12.30 Uhr zu beenden. Die Beigeladene hat so gleichsam halbtags vollständig über die Arbeitsleistung des Klägers verfügt, sodass ihm keinerlei Gestaltungsspielraum zukam. Zwar liegt es bei einem Menübringdienst durchaus in der Natur der Sache, dass die Mahlzeiten zu bestimmten Uhrzeiten ausgefahren sein müssen. Daraus kann aber - entgegen der Auffassung der Beigeladenen - hier nicht wie in der Entscheidung des BSG vom 27. November 1980 (8a RU 26/80 = USK 80246) auf eine fehlende Abhängigkeit geschlossen werden. Denn dort war - worauf bereits hingewiesen wurde - lediglich einmal pro Woche die Dienstleistung geschuldet, hier hingegen an fünf Tagen pro Woche zu festen Uhrzeiten; die in der genannten Entscheidung getroffene Wertung kann daher wegen unterschiedlicher Rahmenbedingungen nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

- 32** Dass der Kläger nicht persönlich tätig werden musste und es gleichgültig war, wer die Touren fuhr, hat das LSG entgegen der Ansicht der Beigeladenen, die darin einen wesentlichen Aspekt für die Annahme von Selbstständigkeit sieht, sowohl berücksichtigt als auch rechtlich zutreffend gewürdigt. Es hat hierzu insbesondere darauf abgestellt, dass auch eine solche Gestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer nicht in jedem Falle prägend i.S. einer selbstständigen Tätigkeit ist, zumal der Kläger selbst von der Möglichkeit, sich vertreten zu lassen, niemals Gebrauch gemacht hat (vgl. BAGE 87, 129, 138).
- 33** Auch die Rüge der Beigeladenen, das LSG stelle letztlich auf eine *"soziale Schutzwürdigkeit"* des Klägers ab, geht fehl. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass das LSG in seinem Urteil an keiner Stelle einen solchen Gesichtspunkt erwähnt und ihn deshalb auch nicht als Merkmal zur Feststellung einer versicherten Beschäftigung ansieht. Abgesehen davon ist es aber dem LSG nicht verwehrt, die sich für den Kläger negativ auswirkenden Gestaltungsmerkmale der Beziehungen zur Beigeladenen im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung zusammenschauend zu betrachten und daraus - wie geschehen - die Feststellung abzuleiten, dass hier eine Kumulierung der sich sowohl aus einer abhängigen Beschäftigung als auch aus der Selbstständigkeit ergebenden Nachteile zu Lasten des Klägers gegeben sei. Unter diesem Blickwinkel bzw. unter Berücksichtigung der den Kläger letztlich treffenden Lage ist dann - entgegen der Auffassung der Beigeladenen - nicht mehr ausschlaggebend, dass der Kläger zunächst selbst als Unternehmer Mitglied einer BG war, ein Gewerbe angemeldet hat und als logische Folge daraus Gewerbe- und Umsatzsteuer abgeführt hat (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 13).
- 34** Schließlich kommt dem Umstand, dass von Seiten der AOK Baden-Württemberg bzw. der BfA nach Betriebsprüfungen bei der Beigeladenen hinsichtlich der Frage, ob die dort Tätigen abhängig beschäftigt oder selbstständig seien, keine Beanstandungen geäußert hätten, keine maßgebende Bedeutung zu. Zum einen kann eine solche, durch die Verwaltung vorgenommene Einschätzung ohnehin keine Bindungswirkung gegenüber der Rechtsprechung beanspruchen. Zum anderen bezogen sich nach den insoweit unwidersprochenen Feststellungen des LSG ( § 163 SGG ) die Überprüfungen nur auf den Zeitraum zwischen den Jahren 1998 und 2001, sodass daraus nicht ohne weiteres ein Rückschluss auf die Situation in der Zeit vor dem Überprüfungszeitraum gezogen werden kann. Die fehlende Berücksichtigung dieses Aspektes durch das LSG belegt daher nicht eine etwaige Lückenhaftigkeit der erforderlichen Gesamtwürdigung aller maßgeblichen tatsächlichen Umstände.
- 35** Da das Berufungsgericht nach alledem ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangt ist, dass der Kläger bei der Beigeladenen abhängig beschäftigt war und seine Verletzungen somit bei einem Arbeitsunfall erlitten hat, war die Revision der Beigeladenen insoweit zurückzuweisen.
- 36** Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG . Maßgebend hierfür ist insbesondere, dass die Beigeladene am erstinstanzlichen Verfahren zwar noch nicht beteiligt war, jedoch weder im Berufungs- noch im Revisionsverfahren zusammen mit der Beklagten obsiegen konnte. Dass

nunmehr - im Revisionsverfahren - die Beigeladene auch in Bezug auf das Berufungsverfahren zur Kostentragung heranzuziehen ist, verstößt nicht gegen das ansonsten geltende Verbot einer Schlechterstellung des Rechtsmittelklägers ("*reformatio in peius*"; vgl. BSGE 62, 131, 136 = SozR 4100 § 141b Nr. 40 m.w.N.).

---

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.