

UV-Schutz (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII) - Abgrenzung versicherungspflichtiger Beschäftigung von selbständiger Erwerbstätigkeit  
- Auslieferungsfahrer eines Menübringdienstes (§ 7 Abs. 1 SGB IV);  
hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg  
vom 11.7.2002 - L 7 U 4930/01 - (Vom Ausgang des Revisionsverfahrens  
- B 2 U 38/02 R - wird berichtet.)

Das LSG Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 11.7.2002

- L 7 U 4930/01 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### **Orientierungssatz**

Zum Vorliegen des Unfallversicherungsschutzes eines Auslieferfahrers eines Menübringdienstes gem § 2 Abs 1 Nr 1 SGB 7, bei dem die Merkmale einer unselbständigen Tätigkeit (hier: Weisungsgebundenheit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation) gegenüber den Merkmalen einer selbständigen Erwerbstätigkeit (hier: Einsatz des eigenen Pkw's mit Tragen des Pannennisikos und kein festes Arbeitsentgelt) überwiegen.

#### Anlage

Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 11.7.2002 - L 7 U 4930/01 -

#### Tatbestand

Die Beteiligten streiten darüber, ob die vom Kläger am 01.07.1997 erlittenen Verletzungen Folgen eines Arbeitsunfalls sind, insbesondere, ob der Kläger damals als „Beschäftigter“ unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung stand.

Der 1946 geborene Kläger war seit 1991 als „Menü-Bringer in selbstständiger Nebentätigkeit“ (so wörtlich die Gewerbeanmeldung des Klägers von 1991) für die E. Betriebe GmbH (in folgenden: Beigeladene) tätig. Am 01.07.1997 stürzte er beim Einladen der Menüs in seinen PKW von einer ca. 1 Meter hohen Rampe und zog sich dabei eine distale Radiusfraktur mit Abriss des Processus styloideus radii und eine mediale dislozierte Schenkelhalsfraktur - jeweils links - zu (D-Arztbericht Prof. Dr. H. vom 15.01.1998).

Am 02.09.1997 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Entschädigung seines Unfalles als Arbeitsunfall. Er trug vor, zwar sei er als freier Mitarbeiter für die Beigeladene tätig. Obwohl er einen Gewerbeausweis habe, sei er immer von dieser abhängig gewesen. Seine finanzielle Lage habe es ihm nicht erlaubt, einen Krankenversicherungsvertrag abzuschließen.

Die Beklagte trat in Ermittlungen ein. Diese ergaben, dass der Kläger seit 01.08.1991 bei der Berufsgenossenschaft (BG) für Fahrzeughaltungen als Unternehmer eingetragen war. Auf seinen Antrag wurde er mit Bescheid vom 07.04.1993 gemäß § 39 Abs. 2 der Satzung der BG für Fahrzeughaltungen von der Versicherungspflicht als Unternehmer befreit. Nach dieser Vorschrift können die Unternehmer, die im Jahresdurchschnitt nicht mehr als 5 Personen beschäftigen, von der Versicherungspflicht befreit werden, wenn sie nach ihren Angaben im Unternehmen dauernd nicht oder nur geringfügig tätig werden. Zum 31.12.1996 wurde die Mitgliedschaft aufgehoben.

Der Kläger hatte mit der Beigeladenen keinen schriftlichen Vertrag abgeschlossen. Nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens stellte sich seine Tätigkeit als „Menü-Bringer“ für die Beigeladene im wesentlichen folgendermaßen dar:

Der Kläger begab sich von Montag bis Freitag jeweils zwischen 8.00 Uhr und 8.30 Uhr mit seinem eigenen PKW zur Beigeladenen, um dort die auszuliefernden Fertigménüs in Empfang zu nehmen, die einzeln in Alubehältnissen verschweißt und zu je 12 in einem größeren Warmhaltebehälter verpackt waren. Für das Einladen der Menüs benötigte der Kläger ca. 15 Minuten. Anschließend begab er sich mit seinem PKW, an dem mit Magneten bzw. Saugnäpfen Schilder mit dem Firmenlogo und der Telefonnummer der Beigeladenen angebracht waren, auf die Auslieferungstour in dem ihm zugeteilten Auslieferungsbezirk. Dieser umfasste in M. die Stadtteile L. und A. Je nach Anzahl waren ca. um 12.30 Uhr alle Menüs ausgeliefert. Bei der Auslieferung am Freitag waren zusätzlich noch für das Wochenende Tiefkühlmenüs auszuliefern.

Jeweils an Donnerstagen hatte der Kläger bei der Auslieferung der Menüs Speisepläne für jeweils zwei Wochen und Bestellformulare zu verteilen. Freitags nahm der Kläger die Bestellungen der Kunden entgegen und leitete sie an die Beigeladene weiter. Die Kunden konnten entweder im Wege der Erteilung einer Abbuchungsermächtigung oder bar beim Kläger im voraus bezahlen. Im Jahre 1997 zahlten noch ca. 90 v. H. der Kunden bar. Die entgegengenommenen Geldbeträge zahlte der Kläger auf ein von ihm eingerichtetes Bankkonto ein, von dem die Beigeladene wöchentlich im voraus einen Abschlag abbuchte. Unter Berücksichtigung dieser Abbuchung und der von den Kunden abgebuchten Beträge erhielt der Kläger wöchentlich eine Abrechnung seiner Provision, die einen bestimmten Prozentsatz des Wochenumsatzes ausmachte. Für die Kontoführung wurden ihm 10 DM erstattet.

Die Bestellformulare, auf denen nur der Firmenname der Beigeladenen aufgedruckt war, waren links vom Kunden und rechts vom „Fahrer“ zu unterschreiben. Werbung betrieb fast ausschließlich die Beigeladene durch Kleinanzeigen in Gemeindeblättern etc. sowie durch Prospektmaterial, das den Ausfahrern zur Verfügung gestellt wurde. Diese erhielten als Vergütung für das Verteilen zusätzlich 50 DM. Die Beigeladene hatte ferner auch Vorrichtungen zum Wärmen der Tiefkühlmenüs im Angebot, die von den Ausfahrern gegen Provision verkauft werden konnten.

Der Kläger erhielt für die Benutzung des eigenen PKW keinen Zuschuss von der Beigeladenen. Hatte er eine Panne, so fuhr er die Essen auf eigene Kosten mit einem Taxi aus. Der Kläger war ferner berechtigt, sich im Urlaubs- oder Krankheitsfall durch einen Dritten vertreten zu lassen, machte jedoch von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch.

Mit den formlosen Schreiben vom 14. und 27.10.1999 lehnte die Beklagte sinngemäß die Entschädigung des Unfalles vom 01.07.1997 mit der Begründung ab, allenfalls komme Versicherungsschutz über die BG für Fahrzeughaltungen in Betracht.

Hiergegen erhob der Kläger mit der Begründung Widerspruch, er sei im Zeitpunkt seines Unfalls bei der Beigeladenen als Arbeitnehmer (Ausfahrer von Fertigenen) abhängig beschäftigt gewesen. Weil die Beklagte dies von ihm verlangt habe, habe er ein eigenes Transportgewerbe angemeldet sowie Umsatz- und Gewerbesteuer abgeführt. Er sei jedoch in den Betrieb der Beigeladenen voll eingegliedert gewesen und habe deren Weisungen nach Art, Zeit, Ort und Umfang seiner Tätigkeit unterlegen. Da die Kunden zu einem vorgeschriebenen Zeitpunkt beliefert werden mussten, habe seitens der Fahrer keine Möglichkeit bestanden, einen der Aufträge abzulehnen. Die Fahrer seien außerdem gegenüber den Kunden immer nur im Namen der Beigeladenen aufgetreten. An sie seien einheitliche Flugblätter mit Werbung der Beigeladenen verteilt worden. Urlaub habe vorher angemeldet werden müssen. Für die Fahrer habe kein eigenes unternehmerisches Risiko bestanden, da sie ihre Aufträge ausschließlich über die Beigeladene erhalten hätten, die ihnen ein festes Gebiet zur Bearbeitung zugewiesen habe mit Gebietsschutz gegenüber den anderen Mitarbeitern. Somit sei den Fahrern ein Kundenstamm garantiert worden. Den Fahrern sei es verboten gewesen, für andere Auftraggeber einer vergleichbaren Tätigkeit nachzugehen, so dass die Beigeladene auf Dauer der einzige Auftraggeber gewesen sei.

Mit dem Widerspruchsbescheid vom 30.06.2000 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Zur Begründung führte sie aus, die Vermutungsregel des § 7 Abs. 4 des 4. Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) sei hier nicht anwendbar, da diese Vorschrift erst zum 01.01.1999 in Kraft getreten sei. Der Kläger habe im Unfallzeitpunkt keine Arbeitnehmertätigkeit ausgeübt, sondern sei als selbstständiger Unternehmer verunglückt.

Der Kläger erhob hiergegen am 11.09.2000 Klage zum Sozialgericht Mannheim (SG) und beantragte gleichzeitig Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Er wiederholte seinen Vortrag aus dem Vorverfahren und trug weiter vor, die jetzige Regelung des § 7 Abs. 4 SGB IV habe lediglich die schon zuvor von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbstständigen

Tätigkeit normiert. Er habe als Ausfahrer kein eigenes unternehmerisches Risiko getragen, da er weder Gefahr gelaufen sei, eigene Kunden an andere „Essenausfahrer“ der Beigeladenen zu verlieren, noch die Möglichkeit gehabt habe, sein Tätigkeitsgebiet zu erweitern. Er sei ferner in keiner Weise werbend tätig geworden, da sämtliche Werbemaßnahmen ausschließlich durch die Beigeladene und für diese erfolgt seien. Dies zeige unter anderem der Umstand, dass er an seinem Fahrzeug ein Firmenschild anbringen musste, auf dem ausschließlich das Firmenlogo der Beigeladenen (und nicht etwa ein Hinweis „im Auftrag der Beigeladenen“) sowie deren Telefonnummer enthalten gewesen sei. Ebenso hätten die Bestellformulare keinen Hinweis auf seine Person enthalten. Bei den Kunden sei deshalb der Eindruck erweckt worden, sie stünden direkt mit der Beigeladenen in einer Vertragsverbindung. Nach dem allgemeinen Erscheinungsbild sei er nie als selbstständiger Unternehmer zugange gewesen. In diesem Zusammenhang sei unerheblich, dass es ihm grundsätzlich möglich gewesen wäre, neue Kunden zu gewinnen.

Ausweislich des - vom Kläger vorgelegten - Abmahnungsschreibens habe es konkrete Anweisungen bezüglich der Handhabung der Speisebehälter gegeben. In Fällen, in denen sich Kunden über eine mangelhafte Lieferung beschwert hätten, seien die „Vertragspartner“ deshalb gerügt worden mit dem Versuch, die Beschwerdeursache abzustellen. Mit Ausnahme des Fahrzeuges habe er alle notwendigen Betriebsmittel für die Ausübung seiner Tätigkeit von der Beigeladenen zur Verfügung gestellt bekommen, insbesondere Bestellformulare, Kataloge, Prospekte, Speisekarten und Transportbehälter. Dies sei typisch für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses. Im übrigen sage der Umstand, dass eine Halbtags­tätigkeit vorliege, nichts darüber aus, ob diese die Voraussetzungen eines Beschäftigungsverhältnisses oder einer selbstständigen Tätigkeit erfülle.

Die Beklagte trat der Klage entgegen.

Am 10.08.2001 vernahm das SG den Geschäftsführer (GF) der Beigeladenen, W. S., als Zeugen. Dieser sagte unter anderem aus, regelrechte Konkurrenzklauseln habe die Beigeladene nicht. Sie hätten nichts dagegen, wenn ihre Vertragspartner sich sonst anderweitig betätigten. Ihm sei klar, dass man von einer Ausfahrtätigkeit bei der Beigeladenen nicht leben könne. Die meisten Vertragspartner hätten noch einen Nebenverdienst. Die Provisionsregelung sei so gestaltet, dass die prozentuale Provision niedriger

sei, wenn in dem entsprechenden Verkaufsbezirk viele Abnehmer nah beieinander wohnten. In anderen Bezirken, in denen weniger Menüs abgesetzt werden könnten, werde eine höhere Provision gezahlt. Regelrechte Kontrollen der Vertragspartner fänden nicht statt. Wenn es zu Beschwerden komme oder sonst irgendetwas nicht funktioniere, könne der Vertrag ohne weiteres beendet werden. Im Verhinderungsfall würden die Vertragspartner Vertreter einsetzen, ohne dass dies der Beigeladenen bekannt werde.

Der Kläger erklärte, die im Standard-Vertragsformular der Beigeladenen für Verträge mit Menü-Bringern geschilderten Abwicklungsmodalitäten entsprächen seiner Tätigkeit.

Mit Urteil vom 28.09.2001 gewährte das SG wegen der Versäumung der Klagfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Es wies die Klage ab. Zur Begründung legte es dar, bei der Tätigkeit des Klägers hätten die Merkmale einer selbstständigen Tätigkeit überwogen.

Gegen das ihm am 12.12.2001 zugestellte Urteil hat der Kläger am 17.12.2001 mit Fernkopie Berufung beim Landessozialgericht (LSG) eingelegt.

Mit Beschluss vom 12.02.2002 hat der Senat die E. Betriebe GmbH zum Rechtsstreit beigeladen.

Der Kläger trägt weiter vor, zu Unrecht sei das SG davon ausgegangen, er habe bei der Ausübung seiner Tätigkeit keinerlei Weisungen erhalten und sei nicht in die betriebliche Organisation der Beigeladenen eingegliedert gewesen. Ein Direktionsrecht des Arbeitgebers habe sehr wohl bestanden. Denn den Verkaufsfahrern sei ein Verkaufsgebiet zugewiesen worden und sie hätten eine Kundenliste erhalten. Während der Verkaufsfahrer keine Möglichkeit habe, dieses Verkaufsgebiet von sich aus zu ändern, behalte sich die Beigeladene insoweit eine einseitige Änderung vor, wenn aus ihrer Sicht hierzu Anlass bestehe. Die Aussage des Zeugen S. habe auch ergeben, dass er bezüglich der Ausführung seiner Arbeit den Weisungen der Beigeladenen unterworfen gewesen sei. Aus dem zu den Akten gegebenen Abmahnungsschreiben gehe hervor, dass es konkrete Anweisungen bezüglich der Handhabung der Speisebehälter gegeben habe. Für den Fall ihrer Nichtbeachtung im Wiederholungsfall sei die Beendigung des (wörtlich) „Arbeitsverhältnisses“ angedroht worden. Nicht nachvollziehbar sei auch die Auffassung

des SG, es habe ihm freigestanden, wie, d. h. mit welchem Verkehrsmittel er die Ware transportiert habe, welche Kunden er in welcher Reihenfolge aufgesucht und welche Kunden er überhaupt beliefert habe. Der Zeuge S. habe zu Protokoll gegeben, dass bei der Auswahl der Verkaufsfahrer Wert darauf gelegt werde, dass nicht nur der Bewerber selbst, sondern vor allem auch sein Fahrzeug in einem „vorzeigbaren“ Zustand sei. Wenn er einzelne Kunden entgegen der Bestellung nicht beliefert hätte, hätte ihn die Beigeladene abgemahnt und ihn angehalten, die Bestellung auszuführen. Seine Eingliederung in die betriebliche Organisation der Beigeladenen folge daraus, dass er mit Ausnahme des Kraftfahrzeugs ausschließlich Betriebsmittel der Beigeladenen verwendet habe. Dass es ihm freigestanden hätte, im Verhinderungsfall einen Vertreter zu stellen, sei dem gegenüber unerheblich. Auch die Auffassung des SG, seine Tätigkeit sei durchaus mit unternehmerischen Chancen verbunden gewesen, sei unzutreffend. Insbesondere sei nicht nachvollziehbar, dass unternehmerische Chancen allein schon dadurch gegeben seien, dass er durch freundliches Auftreten gegenüber seinen Kunden neue Kunden habe akquirieren können. Freundliches Auftreten im Kundenkontakt sei sowohl für eine selbstständige Tätigkeit als auch für eine Angestelltentätigkeit gleichermaßen von Bedeutung. Außerdem könnten durch Freundlichkeit keine neuen Kunden geworben, sondern allenfalls vorhandene Kunden gehalten werden. Ferner habe das SG in keiner Weise berücksichtigt, dass die Beigeladene sogar die Abrechnung für ihn übernommen habe, was gegen eine eigene unternehmerische Tätigkeit seinerseits spreche. Da auch ein Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber für verlorengegangene Ware haftbar gemacht werden könne, sei dies entgegen der Auffassung des SG kein Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit. Unzutreffend sei des weiteren die Auffassung des SG, ihm sei es aufgrund der zeitlichen Gestaltung seiner Tätigkeit für die Beigeladene durchaus möglich gewesen, als selbstständiger Unternehmer auf dem Markt für Transport-/Kurierdienstleistungen oder als Vertreter an Haustürgeschäften tätig zu werden. Tatsächlich habe eine faktische Bindung an einen Auftraggeber vorgelegen. Wäre er als „Menübringdienst“ selbstständiger Unternehmer gewesen, hätte es ihm freistehen müssen, von welchem Hersteller er die Menüs zum Weiterverkauf an die Kunden erwarb. Es hätte ihm also möglich sein müssen, Menüs auch von Konkurrenten der Beigeladenen zu erwerben und diese Menüs auf der gleichen Tour wie die Menüs der Beigeladenen zu verkaufen. Die Aussage des Zeugen S. habe aber ergeben, dass dies den Verkaufsfahrern ausdrücklich untersagt gewesen sei. Die Tatsache, dass er neben seiner in der Tat nur halbtägigen Beschäftigung bei der Beigelade-

nen noch eine selbstständige Tätigkeit betrieben habe, sei für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Beschäftigung für die Beigeladene ohne jeden Belang.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 28.09.2001 sowie die Bescheide der Beklagten vom 14. und 27.10.1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30.06.2000 aufzuheben und festzustellen, dass die distale Radiusfraktur links, der Abriss des Processus styloideus radii sowie die mediale dislozierte Schenkelhalsfraktur links Folgen des Arbeitsunfalls vom 01.07.1997 sind.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verweist auf das angefochtene Urteil und trägt weiter vor, Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 2 SGB VII könne zum Unfallzeitpunkt nicht vorgelegen haben, da der Kläger als selbstständiger Unternehmer tätig gewesen sei.

Die Beigeladene beantragt ebenfalls,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat von der Bezirksdirektion Rhein-Neckar der AOK Baden-Württemberg die Auskunft vom 25.02.2002 und von dem Prüfbezirk Baden der Abteilung Prüfdienst der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) die Auskunft vom 22.05.2002 eingeholt. Danach wurde in der Zeit vom 19. bis 21.02.2002 bei der Beigeladenen eine Betriebsprüfung durchgeführt, deren Prüfzeitraum sich auf die Zeit vom 01.01.1998 bis 31.12.2001 erstreckte. Dabei ergaben sich keine Beanstandungen im Hinblick auf die streitgegenständliche Problematik der Beurteilung der Versicherungspflicht bzw. der Versicherungsfreiheit der „Menü-Bringer“.

In der mündlichen Verhandlung hat der Senat den Kläger und den GF der Beigeladenen S. angehört. Insoweit wird auf die Niederschrift vom 11.07.2002 verwiesen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Akten des Senats, des SG sowie auf die Verwaltungsakten der Beklagten bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig. Berufungsausschlussgründe (§ 144 des Sozialgerichtsgesetzes SGG) stehen ihr nicht entgegen.

Die Berufung ist auch begründet. Das SG hat die gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 SGG zulässige Feststellungsklage zu Unrecht abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig. Der Kläger hat am 01.07.1997 einen versicherten Arbeitsunfall erlitten, für dessen Entschädigung die Beklagte zuständig ist.

Arbeitsunfälle sind Unfälle von Versicherten in Folge einer den Versicherungsschutz nach den §§ 2, 3 oder 6 begründenden Tätigkeit (§ 8 Abs. 1 Satz 1 des 7. Buches des Sozialgesetzbuches - SGB VII). Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII sind Beschäftigte in der gesetzlichen Unfallversicherung kraft Gesetzes versichert. Beschäftigung ist die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Diese Legaldefinition gilt einheitlich für den Anwendungsbereich des SGB IV, zu dem nach § 1 Abs. 1 Satz 1 SGB IV auch die Unfallversicherung gehört. Lediglich zur Klarstellung wurde durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl. I 2000, 2) in § 7 Abs. 1 ein zweiter Satz angefügt, nach dem Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind.

§ 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV ist im vorliegenden Fall schon deshalb nicht anwendbar, weil diese Vorschrift in der ursprünglichen Fassung durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19.12.1998 (BGBl. I, Seite 3843) am 01.01.1999 und die Neufassung durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl. I 2000, 2) erst am 01.04.2000 in Kraft getreten ist. Offen bleiben kann deshalb, ob die Vermutungsregel des § 7 Abs. 4 SGB IV in der gesetzlichen Unfallversicherung anwendbar ist, obwohl die Verletzung von Mitwirkungspflichten nach § 206 des 5. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V) oder nach §



196 Abs. 1 des 6. Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VI) allein die Kranken- und Rentenversicherung betrifft. Zu beachten ist jedoch, dass der Katalog der in § 7 Abs. 4 SGB IV n. F. aufgeführten fünf Merkmale auf Kriterien beruht, welche die sozialgerichtliche Rechtsprechung bereits vorher herausgearbeitet hat.

Für die Abgrenzung von versicherungspflichtiger Beschäftigung und (nicht versicherungspflichtiger) selbstständiger Erwerbstätigkeit kommt es nach der Rechtsprechung des BSG darauf an, ob ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis eines Arbeitnehmers gegenüber einem Arbeitgeber infolge der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation besteht. Typisches Merkmal dieses Abhängigkeitsverhältnisses ist die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers über Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der Tätigkeit (BSGE 13, 196/197, 201 f; 35, 20/21; SozR 2200 § 1227 Nrn. 4, 8, 19); allerdings kann dieses Weisungsrecht - vor allem bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß“ verfeinert sein (BSGE 16, 289, 294; SozR 2200 § 1227 Nr. 19).

Die selbstständige Tätigkeit kennzeichnet demgegenüber das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit (BSGE 13, 196, 201; 16, 289, 293; SozR 2200 § 1227 Nr. 4, 8, 19). Bedeutsam ist dabei, ob eigenes Kapital und/oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr auch eines Verlustes eingesetzt werden, der Erfolg des Einsatzes der sachlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (BSG SozR 2200 § 165 Nr. 63).

Ob eine Tätigkeit abhängig beschäftigt oder selbstständig verrichtet wird, entscheidet sich letztlich danach, welche Merkmale überwiegen. Alle Umstände des Einzelfalles sind zu berücksichtigen. Hierbei ist auch die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses zu beachten. Weichen die vertraglichen Regelungen jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, so haben letztere die ausschlaggebende Bedeutung (BSGE 35, 20, 21; 38, 53, 57; SozR 2200 § 1227 Nr. 4, 8, 19; SozR 2200 § 165 Nr. 63).

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beigeladenen weist sowohl Merkmale der Selbstständigkeit als auch der abhängigen Beschäftigung auf. Bei der Gesamtwürdigung aller Umstände überwiegen jedoch diejenigen Gesichtspunkte, die für

eine abhängige, nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII versicherungspflichtige Beschäftigung sprechen, deutlich.

Für die Selbstständigkeit des Klägers lässt sich zwar anführen, dass er als wichtigstes Betriebsmittel den eigenen Pkw eingesetzt hat, um die mit der Beigeladenen vereinbarten Transportleistungen erbringen zu können. Er konnte innerhalb bestimmter Grenzen frei darüber entscheiden, in welcher Größe und Ausstattung dieser angeschafft werden sollte und hatte die laufenden Lasten der Fahrzeugunterhaltung zu tragen. Ferner trug er das „Pannensisiko“. Wie er in dem von der Beklagten übersandten Fragebogen am 21.11.1997 nämlich glaubhaft angegeben hat, fuhr er die Essen auf eigene Kosten mit einem Taxi aus, wenn sein Pkw ausfiel. Der Kläger erhielt ferner keine feste Entlohnung unabhängig von dem jeweiligen Ertrag seiner Arbeitsleistung, wie dies für einen Arbeitnehmer typisch ist. Die Vergütung bestand vielmehr in einer Provision, die einen bestimmten Prozentsatz des Wochenumsatzes ausmachte. Damit war sie nicht wie bei einem typischen Dienstvertrag zeitabhängig, sondern ähnlich wie bei einem Werkvertrag abhängig vom Arbeitserfolg.

Andererseits liegen in der Person des Klägers typische Merkmale eines Arbeitnehmers vor. An erster Stelle ist hier zu erwähnen, dass der Kläger ausschließlich für einen Auftraggeber tätig war, nämlich die Beigeladene. Mag der Kläger auch die auszufahrenden Fertigménüs von der Beigeladenen auf eigene Rechnung erworben und an diese auch im voraus den Kaufpreis bezahlt haben, wie zuletzt der GF der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung bekundet hat, so stand er dennoch mit den Kunden, an die er die Menüs auslieferte, nicht selbst in einer vertraglichen Beziehung. Aus den vom Kläger vorgelegten Vordrucken mit der Überschrift „Bestellnachweis und Quittung Menü-Bring-Dienst“ ergibt sich nämlich eindeutig, dass Lieferverträge ausschließlich zwischen der Beigeladenen und den Menü-Bestellern abgeschlossen wurden. Der Kläger unterschrieb diese Bestellnachweise ausschließlich in der Rubrik „Unterschrift des Fahrers“. Hierdurch wurde seine hauptsächliche Aufgabe zutreffend zum Ausdruck gebracht. Diese bestand darin, die Mittagsmenüs morgens bei der Beigeladenen abzuholen und im Laufe des Vormittags bei den einzelnen Bestellern abzuliefern. Der Auffassung des GF der Beigeladenen, die dieser in der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht hat, die Ausfahrer hätten die Menüs nicht nur käuflich von der Beigeladenen erworben, sondern im eigenen Namen an die Besteller weiterverkauft, vermochte der Senat nicht zu folgen. Allenfalls erscheint die rechtliche Würdigung vertretbar, die Ausfah-

rer hätten das Eigentum an den Menüs erworben und dieses auf die Besteller der Menüs weiter übertragen, ohne ihre Eigentümerstellung offen zu legen. Auch damit hätten sie aber nur eine Pflicht der Beigeladenen erfüllt, welche dieser aufgrund der mit den Bestellern geschlossenen Verträge letzteren gegenüber oblag. Anders wäre auch nicht zu erklären, dass nicht der betreffende Ausfahrer, sondern nur die Beigeladene Abbuchungen von den Konten der Menübesteller vornahm und dass sich letztere mit Reklamationen ausschließlich an die Beigeladene und nicht an den Ausfahrer wandten. Seinen Vortrag, nicht die Essensbesteller, sondern nur die Ausfahrer würden bei der Beigeladenen als Kunden mit eigener Kundennummer geführt, hat der GF der Beigeladenen dadurch relativiert, dass er eingeräumt hat, auch für Kunden, die Abbuchungsermächtigung erteilt hätten, würden Kundennummern geführt, wenn auch „ohne Daten über die Essensbestellung, nur zum Zwecke der Abwicklung der Finanzierung“. Schließlich hat der GF eingeräumt, dass ein Kunde nicht vom Fahrer, sondern von der Beigeladenen gemahnt wurde, wenn er nicht gezahlt hatte. Diese trug letztlich auch das „Risiko der ausbleibenden Zahlungen“ und damit das Insolvenzrisiko.

Als Ausfahrer hatte der Kläger keine nennenswerten Möglichkeiten, durch eigene unternehmerische Initiative den Kreis der Essensbezieher zu erweitern und damit auch seine für die Transportleistung bezogene Provision zu steigern. Zwar hat der Zeuge Stapf bei seiner Vernehmung durch das SG am 10.08.2001 ausgesagt, wenn Vertragspartner die Kunden möglichst freundlich und zuvorkommend behandelten, spreche es sich in dem entsprechenden Verteilungsgebiet herum, dass jemand seine Arbeit gut und freundlich erledige. So könnten zusätzliche Kunden gewonnen werden. Diese Auffassung, der sich das SG angeschlossen hat, überzeugt den Senat nicht. Mit dem Kläger geht er vielmehr davon aus, dass freundliches Auftreten im Kundenkontakt in einer abhängigen Beschäftigung ebenso wichtig ist wie im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit. Es leuchtet ferner ein, dass zwar durch unfreundliches Verhalten Kunden „verprellt“ werden können, aber schwerlich durch Freundlichkeit neue Kunden gewonnen werden können, die mit dem „freundlichen Essensausfahrer“ ja noch gar nicht in Verbindung gekommen sind. Im übrigen erfolgten sämtliche Werbemaßnahmen fast ausschließlich durch die Beigeladene, die - so die glaubhafte Aussage des Zeugen S. - in Gemeindeblättern und ähnlichen Publikationen Kleinanzeigen schaltete sowie Prospektmaterial verteilen ließ. Daß die einzelnen „Vertragspartner“ für das Verteilen jeweils zusätzlich 50,00 DM als Vergütung erhielten, beweist zusätzlich, dass sich die Beigeladene als ausschließliche Urheberin und Nutznießerin dieser Werbemaßnahmen an-

sieht. Soweit der GF der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, es gebe Fahrer, die von sich aus in eine Arztpraxis gingen und dort Prospektmaterial verteilten, ändert dies nichts daran, dass der Erfolg dieser Werbemaßnahmen ganz überwiegend der Beigeladenen und lediglich reflexartig über die Höhe der Provision in geringem Umfang auch den Fahrern zugute kam.

Der Kläger war auch gegenüber der Beigeladenen persönlich abhängig und weisungsgebunden in einem Maße, wie dies für abhängig beschäftigte Arbeitnehmer typisch ist. Ferner war er in einem für Arbeitnehmer typischen Maße in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen eingegliedert.

Zum einen konnte er seine Arbeitszeit nicht frei bestimmen, da für die Durchführung der ihm gestellten Transportaufgabe (Auslieferung von Mittagsmenüs) ausschließlich der Vormittag in Betracht kam. Dem Kläger war ferner ein bestimmtes Einsatzgebiet (die M. Stadtteile L. und A.) vorgegeben, ohne dass er die Möglichkeit gehabt hätte, diesen Bereich zu erweitern.

Umgekehrt behielt sich die Beigeladene vor, eine Straße aus einem Verkaufsgebiet herauszunehmen und dem Kollegen eines Nachbarbezirks zuzuteilen, wenn die Zahl der Essensbezieher in dem Verkaufsgebiet stark zugenommen hatte und der betreffende Ausfahrer mit seiner Arbeit nicht mehr bis 12.30 Uhr fertig wurde. Dies entnimmt der Senat den Angaben des GF der Beigeladenen vom 11.07.2002.

Ferner war der Kläger gegenüber der Beigeladenen verpflichtet, deren sämtliche Kunden in seinem Einsatzgebiet zu beliefern, ohne die Möglichkeit zu haben, einzelne Kunden hiervon auszunehmen. Ausdrücklich hat GF S. bestätigt, der einzelne „Vertragspartner“ sei nicht berechtigt gewesen, einzelne Kunden von der Belieferung auszuschließen, weil dieser z. B. im 6. Stock wohnte und nur mit überdurchschnittlichem Aufwand zu erreichen war.

Wie der Zeuge S. am 10.08.2001 eingeräumt hat, unterlag der Kläger ferner einem Konkurrenzverbot, da es ihm nicht gestattet war, Essen für ein Konkurrenzunternehmen auszufahren. Bis ins Detail war dem Kläger ferner vorgeschrieben, auf welche Weise die - sowieso im voraus allgemein von der Beigeladenen festgelegte - Vergütung durch die Kunden zu erbringen war. Diese mussten nämlich entweder der Beigeladenen eine

Abbuchungsermächtigung erteilen oder bei dem Kläger in bar bezahlen, dies jeweils eine Woche im voraus. Auch bestand für den Kläger kein Risiko der Kundeninsolvenz. Wie der GF der Beigeladenen am 11.07.2002 eingeräumt hat, trug die Beigeladene das Risiko, dass eine Abbuchung nicht klappte oder der Essenspreis nicht beizubringen war, mag sich dieses Risiko auch nur selten verwirklicht haben.

Für die Weisungsunterworfenheit und Eingliederung des Klägers spricht ferner, dass er nicht nur das Inkasso vorzunehmen hatte, sondern auch in den Bestellvorgang eingebunden war. Für einen selbstständigen Frachtführer ist es nicht typisch, zusammen mit der Auslieferung von Waren Bestellformulare bzw. Speisepläne zu verteilen und nach einigen Tagen wieder abzuholen und an den Auftraggeber weiterzuleiten. Ebenso untypisch ist die Verteilung von Werbematerial für den Auftraggeber.

Schließlich spricht für die Weisungsgebundenheit und Eingliederung des Klägers, dass er verpflichtet war, an seinem Pkw Schilder mit dem Firmenlogo der Beigeladenen und deren Telefonnummer anzubringen. Ebenso wie durch die Verwendung der Bestellformulare, die einzig und allein auf die Beigeladene als selbstständigen Vertragspartner hinwiesen, trug der Kläger hierdurch zu dem Eindruck der Kunden bei, ein untergeordneter Repräsentant der Beigeladenen in der Stellung eines abhängig Beschäftigten werde für sie tätig. Die rechtliche Konstruktion einer vermeintlichen Selbstständigkeit im Innenverhältnis wurde weder ausdrücklich offenbart, noch war sie nach dem äußeren Erscheinungsbild für die Kunden erkennbar.

Insgesamt überwiegen damit die Merkmale einer unselbstständigen Tätigkeit. Der Umstand, dass der Kläger Eigentümer des Pkw war, mit dem er die Mittagsmenüs ausfuhr, die damit verbundenen Unterhaltungskosten und das „Pannensrisiko“ trug, kann im vorliegenden Fall nicht zugunsten einer Selbstständigkeit den Ausschlag geben. Abgesehen davon, dass in bestimmten Bereichen des Arbeitslebens auch von einem Arbeitnehmer der Einsatz eines eigenen Fahrzeugs gefordert wird (z. B. Außendienstmitarbeiter, Angestellte im Rahmen der Hauspflege), wird dieser Gesichtspunkt dadurch relativiert, dass sich die Beigeladene bestimmte Kontrollen (auf Sauberkeit) vorbehalten hatte und nicht jedes Fahrzeug akzeptierte. Es musste vielmehr in einem „vorzeigbaren“ Zustand sein. Einen „Vertragspartner“ mit einem völlig verrosteten Fahrzeug hätte der GF der Beigeladenen nicht akzeptiert.

Nach der Rechtsprechung des BSG (SozR 2200 § 1227 Nr. 17; SozR 3-4100 § 4 Nr. 1) macht ferner allein die Auferlegung besonderer Risiken einen abhängig Beschäftigten noch nicht zu einem Selbstständigen. Hier war dem Kläger mit der Pflicht, ein eigenes Fahrzeug zu stellen, ein besonderes Risiko aufgebürdet worden, dem keine besonderen Gewinnchancen gegenüber standen. Denn der Kläger hatte, wie oben ausgeführt, kaum Möglichkeiten, durch unternehmerisches Handeln am Markt seine Erwerbschancen zu vergrößern. Andererseits waren seine Provisionen auch nicht so hoch bemessen, dass ihm dadurch die Erzielung eines Einkommens ermöglicht worden wäre, welches dasjenige eines abhängig beschäftigten Ausfahrers überstieg. Er hat mit einer täglichen etwa 4-stündigen Tätigkeit nach Abzug der Umsatzsteuer ein Einkommen erzielt, das zwischen 1500,- und 1800,- DM im Monat lag. Hiervon waren jedoch noch die Unterhaltungskosten des Pkw, der nicht anderweitig gewerblich eingesetzt wurde, zu bestreiten, insbesondere die Benzinkosten. Da die Beigeladene für ihn auch keine anteiligen Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung entrichtete, war er sogar schlechter gestellt als ein vergleichbarer abhängig Beschäftigter. Letztlich wurden so Elemente der abhängigen Beschäftigung mit Elementen der Selbstständigkeit auf eine Art und Weise miteinander verbunden, die zu einer Kumulierung der Nachteile beider Formen der Erwerbstätigkeit zu Lasten des Klägers führte, ohne ihm auch die wesentlichen Vorteile zuzugestehen.

Dieser Unausgewogenheit der Vertragsgestaltung entspricht es, dass der Kläger über keinerlei Spielraum bei der Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen mit der Beigeladenen verfügte. Er musste sich vielmehr einem von dieser ausgearbeiteten Vertragswerk unterwerfen, das im Zeitpunkt seines Arbeitsunfalls noch nicht einmal schriftlich vorlag. Ähnlich wie in dem vom LSG Berlin im Urteil vom 27.10.1993 - L 9 KR 35/92 (Breithaupt 1995, 22 ff.) entschiedenen Fall war der Kläger in einer vergleichbaren Lage wie Arbeitnehmer, denen oftmals nur die Wahl bleibt, einen ihnen vom Arbeitgeber vorgelegten, einheitlich für die Mitarbeiter seines Betriebes ausgearbeiteten Formularvertrag zu unterschreiben oder nicht. In diesem Zusammenhang ist auch erheblich, dass die berufliche Tätigkeit des Klägers nicht dem „klassischen“ Bereich der Selbstständigkeit zuzuordnen ist, sondern herkömmlicher Weise von abhängig beschäftigten Arbeitnehmern verrichtet wird. Dieser Gesichtspunkt wird im Arbeitsrecht als ein Element angesehen, welches gegen die Selbstständigkeit spricht (vergl. BAG AP Nr. 17 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Münchener Kommentar-Söllner, 2. Auflage 1988, § 611 BGB Randnr. 231; LSG Berlin aaO, S. 25).

Ohne Bedeutung ist ferner, dass der Kläger nur vormittags für die Beigeladene tätig war, so dass er sich nachmittags der von ihm außerdem betriebenen Reinigungsannahmestelle in einem Ladenlokal widmen konnte. Ebenso wie zwei selbstständige Tätigkeiten kann auch eine in Teilzeit verrichtete abhängige Beschäftigung mit einer in der verbleibenden Zeit ausgeübten selbstständigen Tätigkeit kombiniert werden.

Schließlich fällt auch nicht ins Gewicht, dass der Kläger berechtigt war, im Verhinderungsfall (durch Krankheit oder Urlaub) einen Vertreter für die Übernahme der Tour einzuschalten. Hierdurch wurde der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung, wie er für das Beschäftigungsverhältnis typisch ist, nur unwesentlich eingeschränkt. Der Kläger hat ferner von dieser Möglichkeit faktisch keinen Gebrauch gemacht. Schließlich ist im Arbeitsrecht anerkannt, dass die Einschaltung eines Dritten durch einen Arbeitnehmer bei den von diesem zu erbringenden Diensten das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses dieses Arbeitnehmers im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber nicht ausschließt (vergl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch 9. Auflage 2000 § 185, S. 1797 m. w. N.). Besonders gilt dies dann, wenn der Einsatz Dritter nur für Zeiten erfolgen darf, in denen ein Frachtführer wegen Erkrankung oder Urlaubs nicht selbst fahren kann (LAG Niedersachsen v. 26.01.1999 - 7 Sa 1192/98 = LAGE § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 38).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gem. § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG hat der Senat die Berufung zugelassen, da er der Streitsache grundsätzliche Bedeutung beimisst. Während mehrere neuere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zur Frage vorliegen, unter welchen Voraussetzungen Frachtführer, Verkaufsfahrer u. ähnliche Personen als Arbeitnehmer anzusehen sind (vgl. BAGE 86, 178 ff., 87, 129 ff.), liegen von seiten des BSG nur zwei ältere Entscheidungen mit bedingt vergleichbarem Sachverhalten (beide vom 27.11.1980 - 8 a RU 74/79 und 8 a RU 26/80 - Ringtourenerfahrer-, veröffentlicht soweit ersichtlich nur in USK 80242 und 80246) zur Frage vor, unter welchen Voraussetzungen solche Personen abhängig beschäftigt und deshalb versicherungspflichtig sind. Außerdem ist der 8a - Senat des BSG in den zitierten Entscheidungen, in denen er jeweils eine selbstständige Tätigkeit bejaht hat, nicht auf die damals schon vorliegende Entscheidung des 12. Senats des BSG in SozR 2200 § 1227 Nr. 17 eingegangen.