

Ein Transportfahrer kann auch bei Benutzung eines eigenen KfZ und damit einhergehender Lastentragung Beschäftigter sein.

Es ist zweifelhaft, ob die im Handelsrecht enthaltenen Wertungen zur Selbstständigkeit - z.B. §§ 425 ff HGB - auf das Sozialversicherungsrecht übertragbar sind.

§ 7 SGB IV

hier:

Urteil des BSG vom 22.6.2005 – B 12 KR 28/03 R –

Bestätigung Urteil des LSG Rheinland-Pfalz vom 17.4.2003 - L 5 KR 55/02

Die Nutzung eines eigenen KfZ spricht nach Auffassung des BSG für die Unternehmereigenschaft eines Transportfahrers, da er dadurch ein Risiko trägt (vgl auch BSG Urteil v. 19.8.2003 - B 2 U 38/02, [HVBG-INFO 31/2003](#), S. 2857-2868). Das BSG stellt aber auch fest, dass dieser Umstand allein zur Abgrenzung Selbstständigkeit/ Beschäftigung nicht ausreicht. Da der Fahrer im vorliegenden Fall mit seinem Fahrzeug einengenden Auflagen des Auftraggebers unterlag, habe das LSG zu Recht das Kriterium "Betriebsmittel PKW" als nachrangig behandeln können (ebenso im Falle BSG B 2 U 38/02, a.a.O.). Das BSG bestätigt das LSG auch insoweit, als es bei seiner Gesamtwürdigung dem Umstand besonderes Gewicht beigemessen hat, dass dem Transportfahrer eine Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und eine frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit nicht gegeben war (insbesondere weil die Tourenfahrten vollschichtig 7 bis 8 Stunden täglich dauerten ohne Freiraum für anderweitige, fremde Transportaufträge).

Im Hinblick auf §§ 425 ff HGB, die einen Frachtführer als Gewerbetreibenden und insoweit als Selbstständigen einordnen, erklärt das BSG, es halte eine Übertragung der Wertungen der §§ 425 ff HGB auf das Sozialversicherungsrecht für grundsätzlich zweifelhaft. Da sich die Selbstständigkeit im Handelsrecht ausschließlich nach den Gegebenheiten dieses Rechtsgebiets richten würde, fänden sozialversicherungsrechtliche Wertungen dort keinen Niederschlag.

Das **Bundessozialgericht** hat mit **Urteil vom 22.6.2005 – B 12 KR 28/03 R –** wie folgt entschieden:

Tatbestand

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger bei der beigeladenen S-GmbH und deren Rechtsvorgängerin (im Folgenden einheitlich: S-GmbH) versicherungs- und beitragspflichtig beschäftigt war.

Die S-GmbH bietet Dienstleistungen im Bereich der medizinischen Labordiagnostik und in diesem Zusammenhang auch Transporte an, die sie durch Fahrer ausführen lässt. Der Kläger, der bis zum 30. Juni 1994 bei der Beklagten gesetzlich krankenversichert und in der Folgezeit privat krankenversichert war, arbeitete auf der Grundlage eines "Transportvertrages" bis zum 31. Oktober 1998 als "Abholer" für die S-GmbH. Er übernahm Transporte medizinischen Untersuchungs- und Versandmaterials sowie von Befunden zwischen Ärzten, die mit der S-GmbH vertraglich verbunden waren, und dem von ihr unterhaltenen Labor in K. Die ursprünglich getroffene Vereinbarung lautete wie folgt:

"Der Abholer erklärt sich bereit, bei bestimmten Einsendern im Raum K. (Tour Nr. 67308) medizinisches Untersuchungsmaterial abzuholen und die Befunde sowie Versandmaterial u.a. bei den Ärzten anzuliefern.

Verpflichtungserklärung Der Abholer verpflichtet sich 1. das Probenmaterial ordnungsgemäß im Fahrzeuginnenraum in einem dafür vorgesehenen Sammelbehälter zu transportieren, 2. die Befunde direkt auszufahren, nie mit der Post zu versenden, 3. das Adressenmaterial der Einsender nicht unbefugt zu einem als zu dem zur Aufgabenerfüllung gehörenden Zweck bekannt zu geben, zugänglich zu machen oder sonst zu nutzen, 4. für kein anderes Labor oder eine andere Laborgemeinschaft Abholungen vorzunehmen, 5. die Einsender zeitlich und streckenmäßig auf dem kürzesten Weg anzufahren.

Vergütung Der Abholer erhält vom Auftraggeber täglich pro gefahrenen Kilometer DM 0,62 zuzüglich der jeweils geltenden Mehrwertsteuer, wobei Start- und Endpunkt der Tour jeweils das Labor in K. ist.

Rechnungstellung Die Rechnungstellung erfolgt jeweils zum 1. des Folgemonats mit 14-tägigem Zahlungsziel. Der Abholer bestätigt, dass sämtliche dem Auftraggeber in Rechnung gestellten Beträge bei dem für ihn zuständigen Wohnfinanzamt als Einkommen gemeldet sind und die in Rechnung gestellte Mehrwertsteuer ebenfalls an das zuständige Finanzamt abgeführt wird. Eventuelle Haftungsansprüche gehen zu Lasten des Abholers.

Kündigung Es wird eine Kündigungsfrist von 4 Wochen zum Monatsende vereinbart. Bei Verstößen gegen die in diesem Vertrag vereinbarten Modalitäten behält sich der Auftraggeber eine fristlose Kündigung bzw. Regressansprüche vor.

Regress Regressansprüche, die auf Mängel bei der Abholung zurückzuführen sind, gehen zu Lasten des Abholers. Falls Proben oder Befunde vom Abholer vergessen werden, muss der entsprechende Einsender am selben Tag vom Abholer nochmals auf eigene Kosten angefahren und das Material auf dem kürzesten Wege zum Bestimmungsort transportiert werden, bei Einsatz von Dritten gehen die Kosten ebenfalls zu Lasten des Abholers."

Im Februar 1999 beantragte der Kläger zu prüfen, ob er in seiner Tätigkeit als Abholer für die S-GmbH in der Zeit vom 27. Juni 1994 bis zum 31. Oktober 1998 versicherungs- und beitragspflichtig beschäftigt war. Mit Bescheid vom 8. September 1999 stellte die Beklagte als Einzugsstelle fest, er sei selbständiger Transportunternehmer gewesen. Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 17. Dezember 1999 zurück.

Das Sozialgericht (SG) hat den Kläger zu seiner Arbeit bei der S-GmbH befragt und zwei ehemalige und einen aktiven Fahrdienstleiter der S-GmbH als Zeugen vernommen. Mit Urteil vom 29. Januar 2002 hat das SG den angefochtenen Bescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger bei der S-GmbH und deren Rechtsvorgängerin vom 8. Oktober 1997 bis zum 31. Oktober 1998 bzw vom 27. Juni 1994 bis zum 7. Oktober 1997 versicherungspflichtig beschäftigt war. Mit Urteil vom 17. April 2003 hat das Landessozialgericht (LSG) die Berufung der S-GmbH gegen

das Urteil des SG zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände sei der Kläger als abhängig Beschäftigter und nicht als selbständiger Frachtführer tätig geworden. Im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber den Frachtführer im Handelsgesetzbuch (HGB) trotz seiner starken Weisungsabhängigkeit als Selbständigen eingeordnet habe, dürften die im HGB geregelten und damit gesetzlich angeordneten bzw. zugelassenen Abhängigkeiten zur Begründung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht herangezogen werden. Indessen lägen über die jeden Frachtführer treffenden Verpflichtungen hinaus weitere Gesichtspunkte vor, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen. Eine Tätigkeit für andere Labors oder Laborgemeinschaften sei vereinbarungsgemäß ausgeschlossen gewesen. Soweit dem Kläger vertraglich der Transport sonstigen Frachtguts offen gestanden habe, habe ein solcher wegen der mit der S-GmbH vereinbarten Transportbedingungen realistischerweise nicht durchgeführt werden können und sei auch tatsächlich nicht durchgeführt worden. Die kurzen zeitlichen Intervalle zwischen den Haltepunkten, die enge räumliche Routenplanung, die Abrechnung nach der gefahrenen Kilometerstrecke und die gelegentlichen Kontrollen durch die Fahrdienstleiter hätten Transporte für andere Auftraggeber unmöglich gemacht. Für eine selbständige Tätigkeit spreche nicht, dass der Kläger Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt habe und ein Urlaubsanspruch sowie ein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nicht vereinbart worden seien. Letztlich lägen drei der fünf in § 7 Abs 4 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) genannten Kriterien für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung vor.

Die S-GmbH hat Revision eingelegt und rügt eine Verletzung von § 7 Abs 1 und 4 SGB IV. Das LSG habe im Rahmen seiner Gesamtschau Umstände fehlerhaft gewichtet bzw. aus ihrem Vorliegen fehlerhafte Schlüsse gezogen. Dem Kläger sei es möglich gewesen, auf seiner Tour weitere Transporte für andere Auftraggeber durchzuführen. Die Transporttätigkeit sei planbar gewesen. Die vorhandenen Zeitpuffer von bis zu 10 Minuten hätten hierzu ausgereicht. Dass er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht habe, spiele für die Abgrenzungsfrage keine Rolle. Für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit spreche, dass dem Kläger ein Frachtauftrag erteilt worden sei und seine Tätigkeit damit nicht bloß dienst-, sondern werkvertragliche Elemente enthalten habe. Dass der Kläger keinen Urlaub habe beantragen müssen und keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung gehabt habe, habe das LSG fehlerhaft bewertet. Das vertragliche Verbot, für andere Labors oder Laborgemeinschaften zu fahren, spreche nicht gegen die Selbständigkeit des Klägers, sondern sei im Hinblick auf die Gefahr der Verwechslung von Untersuchungsmaterial sachlich geboten gewesen. Bei seiner Abwägung unberücksichtigt gelassen habe das LSG den persönlichen finanziellen Einsatz des Klägers durch Vorhalten eines Fahrzeugs, die fehlende Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringung und die fehlende Eingliederung in die Arbeitsorganisation der beigeladenen S-GmbH. Schließlich habe sich das LSG mit seiner Entscheidung zu den Urteilen des Bundessozialgerichts (BSG) über Zeitungsausfahrer und Ringtourenfahrer in Widerspruch gesetzt.

Die beigeladene S-GmbH beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 17. April 2003 - L 5 KR 55/02 - und das Urteil des Sozialgerichts Speyer vom 29. Januar 2002 - S 7 KR 105/00 - aufzuheben sowie die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er und die beigeladene Bundesagentur für Arbeit halten das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die Beklagte und die übrigen Beigeladenen haben sich nicht geäußert.

Entscheidungsgründe

Die Revision der beigeladenen S-GmbH ist unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 8. September 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Dezember 1999 ist rechtswidrig. Zutreffend hat das SG der Anfechtungs- und Feststellungsklage stattgegeben und das LSG die Berufung der S-GmbH zurückgewiesen. Der Kläger war vom 27. Juni 1994 bis zum 31. Oktober 1998 bei der S-GmbH als abhängig Beschäftigter in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungs- und beitragspflichtig.

1. In den Jahren 1994 bis 1998, um die es hier geht, unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung (§ 5 Abs 1 Nr 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Krankenversicherung; § 1 Satz 1 Nr 1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Rentenversicherung; § 168 Abs 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes bis 31. Dezember 1997; ersetzt durch § 25 Abs 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung) und - ab 1. Januar 1995 - in der Pflegeversicherung (§ 20 Abs 2 Satz 1 Nr 1 des Elften Buches Sozialgesetzbuch - Soziale Pflegeversicherung) der Versicherungs- und Beitragspflicht. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs 1 SGB IV in seiner bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung (aF; jetzt § 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV). § 7 Abs 1 Satz 2 und Abs 4 SGB IV finden auf den hier zu entscheidenden Fall (noch) keine Anwendung.

Nach § 7 Abs 1 SGB IV aF ist Beschäftigung die nichtselbständige 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 selbständige 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 selbständig 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, Urteil vom 1. Dezember 1977 - 12/3/12 RK 39/74 - BSGE 45, 199, 200 ff = SozR 2200 § 1227 Nr 8; BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 - B 12 KR 5/97 R - SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 31 f; zuletzt BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 - B 12 KR 10/01 R - SozR 3-2400 § 7 Nr 20 S 78; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - 1 BvR 21/96 - SozR 3-2400 § 7 Nr 11).

2. Im vorliegenden Verfahren ist das LSG auf Grund dieser Rechtsprechung in seiner Gesamtwürdigung rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger bei der S-GmbH abhängig beschäftigt war. Zur Ausgestaltung der Beziehungen zwischen dem Kläger und der S-GmbH hat das LSG neben dem Inhalt des "Transportvertrages" im Wesentlichen festgestellt: Der Kläger führte die Transporte auf einer täglich gleich bleibenden Tour durch, die in der streitgegenständlichen Zeit lediglich einmal gewechselt wurde. Diese Tour befuhr der Kläger täglich durchgehend etwa 7 bis 8 Stunden. Das ist vom LSG auch hinsichtlich der Dauer der Touren festgestellt. Denn es hat sich die entsprechenden Feststellungen des SG zu Eigen gemacht. Start- und Endpunkt der Tour war das Labor in K. Abholungs- und Anlieferungszeitpunkte bei den zur Tour "gehörenden" Ärzten waren, ein geringer Zeitpuffer eingerechnet, genau vorgegeben. Die je Tour gefahrene Kilometerstrecke wurde vom Fahrdienstleiter kontrolliert. Gelegentlich begleitete jener den Kläger auf seiner Tour zu Kontrollzwecken. Der Kläger benutzte für die Tour sein eigenes Kraftfahrzeug. Wie im "Transportvertrag" vereinbart, übernahm der Kläger Transporte für andere Labors oder Laborgemeinschaften nicht. Obwohl vertraglich nicht ausgeschlossen, führte der Kläger auch keine Fahrten für sonstige Arbeitgeber durch. Hierfür stand während der Tour wegen des engen Zeitrahmens keine Zeit zur Verfügung. Im Zusammenhang mit seinen Transporten beschäftigte er regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer. Die Vergütung des Klägers orientierte sich an der je Tour gefahrenen Kilometerstrecke und der Anzahl der Abholstellen. Vereinbarungsgemäß stellte der Kläger bei seinen monatlichen Abrechnungen Mehrwertsteuer in Rechnung und führte diese an das Finanzamt ab. Urlaubsansprüche oder Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall waren vertraglich nicht vereinbart.

Das BSG ist an diese Feststellungen gebunden, weil insofern zulässige und begründete Revisionsgründe nicht vorgebracht sind (vgl. § 163 des Sozialgerichtsgesetzes <SGG>). Bei seiner Gesamtwürdigung hat das LSG dem Umstand besonderes Gewicht beigemessen, dass im Hinblick auf die Bedingungen, unter denen die Transporte stattfanden, eine Verfügungsmöglichkeit des Klägers über die eigene Arbeitskraft und eine frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit nicht mehr gegeben waren. Dass dem Kläger vertraglich ein Urlaubsanspruch oder ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nicht zustehen sollte, hat das LSG demgegenüber zurücktreten lassen, ebenso, dass der Kläger Mehrwertsteuer berechnete. Diese Würdigung des Sachverhalts durch das LSG ist nicht zu beanstanden.

a) Indessen lässt der Senat offen, ob er dem LSG in seiner Rechtsansicht folgt, dass die einen Frachtführer iS des § 425 HGB (seit dem 1. Juli 1998: § 407 HGB) treffenden gesetzlichen Verpflichtungen, sich Weisungen des Spediteurs, des Absenders und des Empfängers zu unterwerfen und entsprechende Kontrollen des Spediteurs zu dulden, ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis (allein) nicht begründen können, es zu dessen Annahme vielmehr einer weitergehenden Einengung des Gestaltungsfreiraums des Transportfahrers bedarf. Das LSG hat hierfür auf ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 19. November 1997 (5 AZR 653/96 - BAGE 87, 129 = AP Nr 90 zu § 611 BGB) Bezug genommen, das in einem Rechtsstreit über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses aus Anlass einer Kündigungsschutzklage ergangen ist. Darin hat das BAG ausgeführt, dass die Rechtsbeziehung zwischen einem Spediteur und einem Frachtführer für sich allein selbst dann nicht zur Arbeitnehmereigenschaft führt, wenn sie in einem entsprechenden Rahmenvertrag auf Dauer angelegt ist (BAG, aaO, 137). Es hat darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber den Frachtführer als Gewerbetreibenden und insoweit als Selbständigen einordnet, obwohl er sich schon von Gesetzes wegen weitreichenden Wei-

sungsrechten sowohl des Spediteurs als auch des Absenders und des Empfängers des Frachtgutes aussetzt (vgl §§ 433 ff HGB; seit dem 1. Juli 1998: § 418 HGB). Das BAG hat in diesem Zusammenhang auch die für den Spediteur unverzichtbaren Kontrollen des Frachtführers mit Rücksicht auf seine versicherungsrechtlichen Obliegenheiten hervorgehoben. Im Hinblick hierauf hat es für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses gefordert, dass ein Transportfahrer in weit höherem Maße als ein Frachtführer iS des § 425 HGB unfrei sein muss, seine Tätigkeit auszuüben und seine Arbeitszeit zu gestalten. Unabhängig davon, dass die Tätigkeit des Klägers für die beigeladene S-GmbH ihrem Wesen nach als Frachtgeschäft iS des HGB und der "Transportvertrag" als Frachtvertrag anzusehen sein müssten, damit die Möglichkeit einer Parallelwertung (überhaupt erst) eröffnet ist, erscheint dem Senat eine Übertragung der Wertungen der §§ 425 ff HGB auf das Sozialversicherungsrecht grundsätzlich zweifelhaft.

Als Sonderprivatrecht für den Rechtsverkehr unter Kaufleuten knüpft das HGB an den Kaufmannsbegriff an, dessen wesentliches Merkmal die Selbständigkeit ist. Das entspricht der speziellen Funktion des Kaufmannsbegriffs, die für Kaufleute geltenden besonderen Anforderungen und Erleichterungen des HGB nur auf Selbständige und nicht auch auf Unselbständige anzuwenden. Wann im Einzelnen Selbständigkeit anzunehmen ist, beurteilt das HGB unterschiedlich danach, ob aus handelsrechtlicher Sicht ein praktisches Bedürfnis hierfür besteht oder nicht. So ist Handelsvertreter mit Kaufmannseigenschaft nur, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs 1 Satz 2 HGB), während der kaufmännische Frachtführer bei seiner Tätigkeit starken zeitlichen und örtlichen Bindungen unterliegt. Bestimmt sich die Selbständigkeit im Handelsrecht begrifflich demzufolge (ausschließlich) nach den Bedürfnissen dieses Rechtsgebiets (nach Erweiterung der Privatautonomie, nach gesteigertem Verkehrs- und Vertrauensschutz, nach erhöhter Flexibilität, Schnelligkeit und Einfachheit des Rechtsverkehrs), so finden sozialversicherungsrechtliche Wertungen dort keinen Niederschlag. Das Sozialversicherungsrecht kann deshalb für die Frage, wie die Rechtsbeziehungen im Einzelnen ausgestaltet sind, an den Begriff der Selbständigkeit im HGB nur bedingt, nämlich nur dann anknüpfen, wenn er wie beim Handelsvertreter (st Rspr des Senats seit BSG, Urteil vom 29. Januar 1981 - 12 RK 63/79 - BSGE 51, 164, 166 ff = SozR 2400 § 2 Nr 16 S 19 f) einen gleichen Inhalt hat. Ob das auch bei Personen der Fall ist, die als kaufmännische Frachtführer in Betracht kommen, ist fraglich. Mit diesen Bedenken setzt sich der Senat im Ergebnis nicht zu dem Urteil des 2. Senats des BSG vom 19. August 2003 (2 BU 38/02 R - SozR 4-2700 § 2 Nr 1) in Widerspruch. Zwar hat in diesem Urteil auch der 2. Senat - unter Hinweis auf die oa Entscheidung des BAG vom 19. November 1997 und dessen spätere Rechtsprechung (BAG, Urteil vom 30. September 1998 - 5 AZR 563/97 - BAGE 90, 36, und Urteil vom 27. Juni 2001 - 5 AZR 561/99 - BAGE 98, 146) - bei der Beurteilung eines unfallversicherungsrechtlichen Sachverhalts angenommen, dass das dem Frachtführer des HGB immanente Leitbild des selbständigen Gewerbetreibenden im Sozialversicherungsrecht zu berücksichtigen ist. Er hat jedoch auch ausgeführt, dass eine mögliche Parallele mit dem Frachtführer für sich betrachtet nicht das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit belegen kann mit der Folge, dass (gleichwohl) durch eine Gesamtwürdigung aller tatsächlichen Umstände zu ermitteln ist, ob der Frachtführer nicht doch zu seinem Auftraggeber in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht. Der Senat braucht diese Frage nicht abschließend zu entscheiden. Denn der Kläger und die beigeladene S-GmbH haben sich jedenfalls nicht auf die jeden Frachtführer treffenden Bindungen beschränkt, sondern eine Vereinbarung getroffen und praktiziert, die den Kläger hinsichtlich der Gestaltung seiner Tätigkeit engeren Vorgaben unterworfen hat.



b) Die Feststellungen des LSG rechtfertigen seine Annahme, der Kläger sei bei der Ausübung seiner Tätigkeit und der Gestaltung seiner Arbeitszeit in weit höherem Maße als ein Frachtführer iS des § 425 HGB unfrei gewesen. So waren dem Kläger Start- und Endpunkt seiner täglich gleichbleibenden, jeweils etwa 7 bis 8 Stunden dauernden Tour sowie die Abholungs- und Anlieferungszeitpunkte bei den Ärzten von der S-GmbH vorgegeben. Die dem Kläger zugestandenen Zeitpuffer waren so eng kalkuliert, dass die S-GmbH in der Zeit zwischen der Abfahrt aus K. und der Rückkehr nach K. gleichsam vollständig über die Arbeitskraft des Klägers verfügte, sodass ihm keinerlei Gestaltungsspielraum verblieb. Mit Rücksicht darauf war die dem Kläger vertraglich eingeräumte Möglichkeit, Transporte auch für weitere eigene Kunden auf eigene Rechnung durchzuführen, nur eine theoretische, weil dieses vorausgesetzt hätte, dass dem Kläger während seiner Tour oder danach genügend Zeit verblieben wäre und/oder sich andere Kunden auf oder in der Nähe der vorgegebenen Route befunden hätten.

c) Das Vorbringen der Revision greift demgegenüber nicht durch. Das gilt zunächst für ihren Einwand, die dem Urteil des BAG vom 19. November 1997 zu Grunde liegenden Tatsachen und Vertragsumstände (Tag für Tag neue Fahrten; Einhaltung stündlicher Meldezeiten; kein Einfluss des Transportfahrers auf die Fahrtroute; Ausführung diverser Frachtaufträge) könnten mit dem vorliegenden streitgegenständlichen Sachverhalt nicht in Einklang gebracht werden, weil die Transporttätigkeit des Klägers anders als dort klar und planbar gewesen sei. Hierbei verkennt die Revision, dass das LSG einen Vergleich mit den der Entscheidung des BAG zur Arbeitnehmereigenschaft eines Transportfahrers zu Grunde liegenden Sachumständen gar nicht vorgenommen, dessen Urteil (vielmehr) nur insoweit herangezogen hat, als dieses die Wertungen des HGB als für das Arbeitsrecht maßgebend erachtete. Soweit mit dem Einwand, der Kläger habe in den vorgesehenen Zeitpuffern Aufträge für andere Auftraggeber ausführen können, geltend gemacht werden soll, die Übernahme von anderen Aufträgen sei auch praktisch in nennenswertem Umfang möglich gewesen, wird die Beweiswürdigung des LSG angegriffen, das die Übernahme solcher Aufträge als nur theoretische Möglichkeit angesehen hat. Aus dem Revisionsvorbringen ergibt sich jedoch nichts dafür, dass das LSG § 128 Abs 1 SGG verletzt hat. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang vorträgt, dass die Abrechnung der Vergütung des Klägers nach der gefahrenen Kilometerstrecke und der Anzahl der Abholstellen etwaige Abweichungen von der Fahrtroute nicht wahrhaft gehindert hätte, weil Umwege hätten herausgerechnet werden können, übersieht sie, dass das LSG sich hierauf nur ergänzend gestützt und seine Ansicht über das Fehlen eines Gestaltungsspielraums maßgeblich mit dem engen Routenplan und den Transportbedingungen begründet hat. Der Einwand, dass das vereinbarte und praktizierte Verbot, für andere Labors oder Laborgemeinschaften Fahrten vorzunehmen, lediglich der Gefahr einer Verwechslung von Untersuchungsmaterialien habe vorbeugen sollen und deshalb zur Begründung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht herangezogen werden dürfe, greift nicht durch. Maßgeblich ist die Wirkung des Verbots. Diese ging jedenfalls dahin, dass die Übernahme der Beförderung für andere Labors oder Laborgemeinschaften unzulässig war und damit eine denkbare Übernahme von Transporten für während der Route aufzusuchende oder auch andere Ärzte ohnehin ausschied. Nicht zu beanstanden ist auch die Würdigung des LSG, dass nach Beendigung eines achtstündigen Arbeitstages Transporte des Klägers für andere Auftraggeber in relevantem Umfang ausgeschlossen waren. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit, nach dem Ende einer vollen Arbeitsschicht von 7 oder 8 Stunden noch selbständig tätig zu sein, auch Arbeitnehmern offen steht. Dies ist bisher aber nicht als Indiz dafür angesehen worden, dass der Arbeitnehmer in seiner Tätigkeit selbständig sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass dann, wenn eine Tätigkeit für einen

Auftraggeber regelmäßig vollschichtig oder annähernd vollschichtig ausgeübt wird, nur die Umstände dieser Tätigkeit maßgebend sind für die Beurteilung, ob es sich um eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit handelt.

Der Revision kann ferner nicht darin gefolgt werden, dass das LSG das Fehlen eines vertraglichen Urlaubsanspruchs und eines vertraglichen Anspruchs auf Entgeltfortzahlung als Indizien für ein Unternehmerrisiko hätte werten müssen. Soweit das LSG diesen Umständen eine Indizwirkung für eine selbständige Tätigkeit abgesprochen und seine Auffassung damit begründet hat, dass solche Vertragsgestaltungen als typisch angesehen werden könnten, wenn beide Seiten eine Subunternehmertätigkeit wollten, hat es nichts anderes getan als darauf hinzuweisen, dass es auf die getroffenen Vereinbarungen letztlich nicht ankommt, sondern das Gesamtbild der Arbeitsleistung nach den tatsächlichen Verhältnissen maßgebend ist. Deshalb ist entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung nicht entscheidend, ob solche Vereinbarungen ggf als rechtsmissbräuchlich und deshalb als rechtlich unbeachtlich zu bewerten wären. Dass sich der Kläger während seines Urlaubs auf seine Kosten vertreten lassen durfte und damit jedenfalls in dieser Zeit nicht persönlich tätig zu werden hatte, hat das LSG entgegen der Ansicht der Revision, die darin einen wesentlichen Aspekt für die Annahme von Selbständigkeit sieht, berücksichtigt. Das LSG hat auf diese Möglichkeit des Klägers im Tatbestand seines Urteils hingewiesen, in den Entscheidungsgründen aber angemerkt, dass er im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt hat. Im Hinblick darauf, dass von der Delegationsmöglichkeit der eigenen Arbeitsleistung tatsächlich nur im Urlaubsfall Gebrauch gemacht wurde und die persönliche Leistungserbringung damit die Regel war, hat das LSG diesen Gesichtspunkt, was nicht zu bestanden ist, zurücktreten lassen.

Die Revision weist indessen zutreffend darauf hin, dass das LSG den persönlichen finanziellen Einsatz des Klägers durch die Gestellung eines für die Ausführung der Transporte notwendigen Fahrzeugs in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich erwähnt hat. So hat das LSG im Tatbestand seines Urteils lediglich festgestellt, dass der Kläger das Untersuchungsmaterial mit einem eigenen Fahrzeug transportiert hat. In den Entscheidungsgründen hat es nur allgemein dargelegt, dass die Tätigkeit des Klägers typische Merkmale unternehmerischen Handelns nicht erkennen lässt. Diese Ausführungen lassen nur die Deutung zu, dass das LSG das Kriterium "Betriebsmittel Pkw" im Rahmen seiner Gesamtwürdigung als nachrangig angesehen hat. Die Benutzung eines eigenen Kraftfahrzeugs und die damit einhergehende Lastentragung können in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten für eine selbständige Tätigkeit sprechen (BSG, Urteil vom 19. August 2003 - B 2 U 38/02 R - SozR 4-2700 § 2 Nr 1 RdNr 14 mwN). Dadurch, dass der Kläger mit seinem Fahrzeug aber unter der Kontrolle der S-GmbH stand, deren Fahrdienstleiter den Kläger hin und wieder in dessen Fahrzeug begleiteten und die S-GmbH Vorschriften für die Beladung des Fahrzeugs machte, unterlag der Kläger auch in diesem Bereich einengenden Auflagen.

Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung hat das LSG die von ihr im Verfahren herangezogenen Urteile des BSG vom 27. November 1980 (8a RU 26/80 = USK 80246 und 8a RU 74/79 = USK 80242) nicht unberücksichtigt gelassen, sondern ausdrücklich erwähnt. Darin hatte der 8a-Senat des BSG sog Zeitungsfahrer (Charterfahrer) und sog Ringtourenfahrer als selbständig Tätige angesehen. Indessen trifft es nicht zu, dass jene Entscheidungen, wie das LSG ausführt, noch im Wesentlichen auf die vertraglichen Vereinbarungen abgestellt haben, was nicht mehr der heutigen Rechtsansicht entspreche. In beiden Urteilen ist auf die schon seinerzeit bestehende Rechtsprechung des BSG Bezug genommen worden, dass regelmäßig die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend sind, wenn sie von den vertraglichen Vereinbarungen abweichen, letztere jedoch dann beachtet werden müssen, wenn die tatsächlichen Verhältnisse weder in die eine noch in die andere Richtung deuten. In nicht zu beanstandender Weise hat das LSG aber die den vorliegenden Fall prägenden tatsächlichen Verhältnisse als in einem entscheidenden Gesichtspunkt nicht vergleichbar mit den damals zu beurteilenden Sachverhalten angesehen. Beide Personengruppen hatten nur in begrenzter Stundenzahl für ihre Auftraggeber zu arbeiten und hatten somit die - nicht nur theoretische - Möglichkeit, für andere Auftraggeber tätig zu werden. Während jene zwar stets wiederkehrend, aber nur einmal wöchentlich in der Nacht von Samstag auf Sonntag oder in den frühen Morgenstunden des Sonntag bzw sechsmal wöchentlich, aber schon ab vier Uhr morgens tätig wurden, verrichtete der Kläger (wie ein typischer Arbeitnehmer) von Montag bis Freitag jeweils über einen vollen normalen Arbeitstag seinen Dienst. Bei dieser Sachlage durfte das LSG den von der Revision hervorgehobenen Gesichtspunkt vernachlässigen, dass der Kläger wie die Zeitungs- und Ringtourenfahrer im Falle seiner Verhinderung selbst für einen Vertreter und/oder ein Ersatzfahrzeug zu sorgen hatte.

Die Revision weist schließlich unzutreffend darauf hin, dass das LSG die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses rechtsfehlerhaft aus der Vermutungsregelung des § 7 Abs 4 SGB IV hergeleitet hat, obwohl dessen Anwendungsbereich nur bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten eröffnet sei. Zwar galt die Vermutungsregelung des § 7 Abs 4 SGB IV (idF des Art 1 Nr 1 Buchst b des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999, BGBl I 2000, 2) in den Jahren 1994 bis 1998 noch nicht. Auch hat das LSG nicht festgestellt, dass der Kläger ihm obliegende Mitwirkungspflichten nicht erfüllt hat. Jedoch hat das LSG den in § 7 Abs 4 SGB IV enthaltenen Kriterienkatalog lediglich als - nicht abschließende - Zusammenfassung von Merkmalen angesehen, die die Rechtsprechung für die Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit entwickelt hat, und die vorliegende Fallgestaltung hypothetisch bzw iS einer "Gegenprobe" an diesen Kriterien geprüft. Das ist nicht zu beanstanden.

Dass der Kläger gegen Arbeitsentgelt (§ 14 SGB IV) und nicht nur geringfügig (§ 8 SGB IV) beschäftigt war, ergibt sich aus den Feststellungen des LSG ebenfalls.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.