

Zur Frage des UV-Schutzes (§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII) für einen Eigenbauhelfer - Abgrenzung: arbeitnehmer- und unternehmer-ähnliche Tätigkeit - freier Dienstvertrag;  
hier: Rechtskräftiges Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg vom 9.5.2001 - L 2 U 941/00 -

Das LSG Baden-Württemberg hat mit Urteil vom 9.5.2001 - L 2 U 941/00 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### **Leitsatz**

Ein Eigenbauhelfer, der seine Leistung im Gegenzug für die Mithilfe des Bauherrn am eigenen Bauvorhaben erbringt, der im Verhältnis zum Bauherrn allein über die spezifischen Fachkenntnisse verfügt, Aufmaß und erforderlichen Materialbedarf selbständig errechnet, Baumaterial selbst beschafft und eigenes Arbeitsgerät zur Verfügung stellt, wird nicht arbeitnehmer-, sondern unternehmerähnlich tätig: er steht daher nach § 2 Abs 2 S 1 SGB 7 nicht unter Versicherungsschutz.

#### Anlage

Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 9.5.2001 - L 2 U 941/00 -

#### Tatbestand

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger einen entschädigungspflichtigen Arbeitsunfall erlitten hat.

Der 19 geborene Kläger verunfallte am 17. April 1997 als Eigenbauhelfer auf der Baustelle Sch. (Sch.) - einem nicht öffentlich geförderten Bauvorhaben - und erlitt dabei durch ein herabstürzendes Kranteil ein offenes Schädel-Hirn-Trauma, das eine stationäre Behandlung bis Anfang November 1997 erforderlich machte (s. hierzu Berichte des Dr. P. / Kreiskrankenhaus E. vom 13. Mai 1997, des Prof. Dr. B. / Dr. S., Chirurgische Universitätsklinik F. vom 13. Mai 1997, der PD Dr. N. -S. / Dr. S., Anästhesiologische Universitätsklinik F. vom 12. Mai 1997, des Prof. Dr. S. / Dr. Z., Neurochirurgische Universitätsklinik F. vom 16. September 1997, des Dr. P. / Facharzt für HNO, St. J. F. vom 18. August 1997 und der Neurologischen Klinik E. vom 02. Juli, 05. September und 18. November 1997).

Der Technische Aufsichtsdienst (TAD) ermittelte durch Befragung der Bauherren Sch. und nach Rücksprache mit dem Polizeiposten W. /PHK B. zum Unfallhergang, daß der Kläger - von Beruf Maurerpolier - bis zum Unfalltag ca. 10 bis 12 Stunden Vorbereitungsarbeiten zur Betonierung der Kellerplatte geleistet hatte, am Unfalltag selbst gegen 19.30 Uhr auf die Baustelle gekommen war, um den erforderlichen Beton für die Herstellung der Kellerplatte zu berechnen. Er arbeitete insoweit selbständig auf der Baustelle, von den Bauherren war zum Unfallzeitpunkt keiner anwesend. Der zur Nutzung vorgesehene Kran war zwei Tage vor dem Unfall von J. D. (D.) und einem Helfer aufgestellt worden. D. war am Unfallabend mit Arbeiten am Kran beschäftigt.

Auf Anfrage gab der Kläger im Oktober 1997 an, er habe mit dem Bauherrn - ohne förmlichen Arbeitsvertrag - die Anleitung und Mithilfe bei der Erstellung des Rohbaus vereinbart, die einzelnen Arbeiten in Absprache mit dem Bauherrn übernommen, das Eisen für das Fundament selbst besorgt und seine Arbeitszeiten auch selbst eingeteilt.

Die Bauherrin Sch. bestätigte im November 1997, daß mit dem Kläger kein Arbeitsvertrag geschlossen, jedoch vorgesehen war, daß er sich die einzelnen Arbeiten und seine Arbeitszeit selbst einteilen konnte. Aufgabe des Klägers sei es gewesen bzw. hätte sein sollen, neue

Arbeitsgänge zu zeigen, zu überwachen bzw. mitzuhelfen. Hinsichtlich des Baumaterials habe der Kläger "vorbereitende Besorgungen getätigt", beispielsweise das ihm gehörende Schalungsholz zur Verfügung gestellt und selbst angeliefert.

Die Angaben hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse am Kran sind nach den polizeilichen Vernehmungsprotokollen unterschiedlich (vgl. Auszüge aus der Akte der Staatsanwaltschaft Freiburg - AZ 33-JS 634/97 -). Während D. angab, den Kran an den Kläger verkauft zu haben, schilderte dieser, er habe mit seinem Nachbarn R. (R.) den Kran nach TÜV-Abnahme von D. erwerben wollen. Dies bestätigte R. schriftlich gegenüber PHK B.

Mit Bescheid vom 25. Februar 1998 lehnte die Beklagte die Anerkennung des Ereignisses vom 17. April 1997 als Arbeitsunfall ab, weil der Kläger zum Unfallzeitpunkt nicht zum versicherten Personenkreis gehört habe. Er sei nicht arbeitnehmer-, sondern unternehmerähnlich tätig geworden.

Den Widerspruch des Klägers, mit dem dieser geltend machte, er sei nicht unternehmerähnlich tätig geworden, es sei keinerlei Vergütung vereinbart gewesen, vielmehr sei die Mithilfe als Ausgleich der vom Bauherrn beim Hausbau des Klägers eingebrachten Arbeitsleistung zu sehen und darüber hinaus sei er hinsichtlich seiner bisher erbrachten Arbeit den "ganz normalen arbeitsvertraglichen Pflichten eines Vorarbeiters und erst recht eines Poliers" nachgekommen, wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 14. April 1998 zurück.

Dagegen hat der Kläger am 31. Juli 1998 Klage zum Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben und ergänzend vorgetragen, sämtliche Tätigkeiten hätten nach Absprache mit den Bauherren vorgenommen werden sollen. Der Kran habe dem Kläger - noch - nicht gehört und habe nur noch auf der zukünftigen Baustelle des R. eingesetzt werden sollen. Abgesehen davon sei die Beklagte unter dem Gesichtspunkt des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs zur Entschädigung verpflichtet, da sie gegenüber der Bauherrin erklärt habe, alle mithelfenden Personen stünden unter Versicherungsschutz. Das SG hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 1999 die Bauherrin Sch. als Zeugin vernommen. Diese hat ausgesagt, ihr Mann, von Beruf Malermeister, habe mit dem Kläger eine wechselseitige Hilfe und Unterstützung bei den beiderseitigen Bauvorhaben vereinbart. Da ihr Mann zwar selbst mauern, aber nicht unbedingt betonieren könne, habe er großen Wert auf die Mithilfe des Klägers gelegt, dessen Aufgabe auch die Feststellung des benötigten Materials und der Aufmaße sein sollte. Hinsichtlich des Kranes habe man zunächst überlegt, einen solchen zu

mieten, davon jedoch wegen der hohen Kosten Abstand genommen. Man habe dann den Vorschlag des Klägers, den Kran, den dieser nach TÜV-Abnahme zusammen mit einem Nachbarn habe erwerben wollen, auf dem Grundstück aufzustellen und bei dem Bauvorhaben zu nutzen, angenommen. Die Aufstellung des Krans sei mit ihrer Zustimmung erfolgt. Hinsichtlich der Betonarbeiten hätte die fachliche Leitung wohl beim Kläger gelegen. Vor dem Unfall habe der Kläger die Baustelle vermessen, den Betonbedarf geschätzt, das eigene Schalmaterial angeboten und auch zur Baustelle transportiert.

Mit Urteil vom 14. Dezember 1999 hat das SG die Beklagte zur Anerkennung des Ereignisses vom 17. April 1997 als Arbeitsunfall und zur Erteilung eines rechtsbehelfsfähigen Bescheides über die Gewährung von Verletztengeld und -rente verurteilt.

Gegen das ihr am 29. Februar 2000 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 10. März 2000 Berufung eingelegt. Unter Hinweis auf Entscheidungen des Bundessozialgerichtes (BSG Urt. vom 27. Oktober 1987 - 2 RU 9/87 -), des Landessozialgerichtes Rheinland-Pfalz (Urt. vom 24. April 1991 - L 3 U 173/90 -; vom 03. April 2000 - L 7 U 379/99-), des Landessozialgerichtes Niedersachsen (Urt. vom 13. März 1997 - L 6 U 348/96-) und des Landessozialgerichts Baden-Württemberg (Urteil vom 23. November 2000 - L 10 U 311/00 -) sei entgegen der Auffassung des SG nach Abwägung aller Merkmale des vorliegenden Rechtsstreites eine unternehmerähnliche Tätigkeit des Klägers anzunehmen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 14. Dezember 1999  
aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die angefochtene Entscheidung, insbesondere die vom SG vorgenommene Beweiswürdigung der Aussage der Zeugin Sch. für zutreffend.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die bei der Beklagten geführte Verwaltungsakte sowie die Prozeßakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

### Entscheidungsgründe

Die frist- und formgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist zulässig und in der Sache begründet. Das SG hat die Beklagte zu Unrecht zur Anerkennung eines Arbeitsunfalles vom 17. April 1997 und zur Erteilung eines rechtsbehelfsfähigen Bescheides über die Gewährung von Entschädigungsleistungen verurteilt. Denn der Kläger hat gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung, da er bei der zum Unfall führenden Tätigkeit nicht unter Versicherungsschutz stand.

Der Kläger hat (siehe Protokoll vom 14. Dezember 1998) in der mündlichen Verhandlung mit dem Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Bescheide und Verurteilung der Beklagten zum Erlaß eines rechtsbehelfsfähigen Bescheides eine Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gemäß § 54 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) erhoben. Diese kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist jedoch nach allg.M. unzulässig (vgl. Meyer-Ladewig Sozialgerichtsgesetz mit Erläuterungen § 54 Rdn. 39 m.H. auf Rechtsprechung und Literatur), wenn ein Leistungsanspruch besteht. Da das Begehren des Klägers in der Sache unter Anerkennung des Ereignisses vom 17. April 1997 als Arbeitsunfall auf Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung gerichtet war, ist sein Klageantrag unter Berücksichtigung der Vorschriften der §§ 106 Abs. 1, 123 SGG in eine - zulässige - Anfechtungs- und Leistungsklage gemäß § 54 Abs. 4 SGG umzudeuten.

Vorliegend finden die Vorschriften des Siebten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VII) Anwendung, da der geltend gemachte Arbeitsunfall nach Inkrafttreten des SGB VII am 01. Juli 1997 eingetreten ist (§ 212 SGB VII).

Nach § 7 Abs. 1 SGB VII sind Versicherungsfälle Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten. Arbeitsunfälle sind Unfälle von Versicherten infolge einer den Versicherungsschutz nach den §§ 2, 3 oder 6 begründenden Tätigkeit (versicherte Tätigkeit - § 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VII). Gemäß § 2 Abs. 1 SGB VII sind kraft Gesetzes versichert "Beschäftigte" (Nr. 1) und die unter Nr. 2 bis 17 genannten Personen. Nach Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift sind ferner Personen versichert, die wie nach Abs. 1 Nr. 1 Versicherte tätig werden.

Der Kläger stand bei der zum Unfall führenden Tätigkeit weder nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII (Versicherungsschutz nach § 1 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII kommt mangels öffentlicher

Förderung des Bauvorhabens nicht in Betracht) noch nach Abs. 2 Satz 1 SGB VII unter Versicherungsschutz.

Ein Beschäftigungsverhältnis nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII ist in doppelter Hinsicht zu verneinen. Zunächst läßt sich ein Versicherungsschutz des Klägers nicht über sein Beschäftigungsverhältnis zur Fa. M. GmbH & Co. begründen, denn nach der Aussage der Bauherrin und auch der Stellungnahme der Fa. M. war er nicht als Beschäftigter dieser Fa. auf der Baustelle Schindler tätig. Der Kläger stand aber auch nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zu der Bauherrin Sch. Denn insoweit mangelt es bereits an einem Abhängigkeitsverhältnis des Klägers zur Bauherrin und/oder deren Ehemann. Maßgeblich für das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses ist, ob der Beschäftigte einem nach Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Arbeit umfassenden Weisungsrecht unterliegt (BSG, Urteil vom 27. Oktober 1987 - 2 RU 9/87 -; ebenso Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung Handkommentar § 2 Rdn. 6.3 S.A 206; Seewald in Kasseler Kommentar § 7 Rdn. 50 ff.). Nach den Angaben des Klägers und der Zeugin Sch. kann ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihm und der Bauherrin mangels eines umfassenden Weisungsrechts hinsichtlich Zeit, Dauer und Art der Ausführung der von ihm übernommenen Tätigkeiten nicht festgestellt werden. Letzteres schon deswegen nicht, weil weder Sch. als Lehrerin noch ihr Ehemann als Malermeister über Fachkenntnisse verfügten, die dem Kläger gegenüber Weisungen erlaubt hätten. Vielmehr war der Kläger derjenige, der die notwendigen fachspezifischen Kenntnisse besaß und daher dem Ehemann der Bauherrin (und ggf. deren Söhnen) mit Rat und Tat zur Seite stehen sollte. Er hätte daher bei den übernommenen Arbeiten - wie die Zeugin Sch. in der mündlichen Verhandlung vor dem SG ausgesagt hat - "in fachlicher Seite ... wohl die Leitung übernommen".

Es liegen aber auch die Voraussetzungen für einen Versicherungsschutz gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 SGB VII nicht vor. Im Gegensatz zu § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII ist bei der Anwendung des Abs. 2 Satz 1 SGB VII kein persönliches Abhängigkeitsverhältnis zu einem Unternehmer erforderlich. Es genügt, daß eine ernstliche, dem anderen Unternehmen dienende Tätigkeit verrichtet wird, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht und die zudem ihrer Art nach von Personen verrichtet werden kann, die in einem dem allgemeinen Arbeitsmarkt zuzurechnenden Beschäftigungsverhältnis stehen. Die Tätigkeit muß unter solchen Umständen geleistet werden, daß sie nach Art und Umständen einer Tätigkeit aufgrund eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ähnlich ist (BSGE 5, 168, 174; 42, 126, 129; 43, 10, 11; Bereiter-Hahn/Mehrtens aaO § 2 Rdn. 34.10

S.A 273/274). Arbeitnehmerähnlich ist eine Person nicht tätig, die als Unternehmer oder wie ein Unternehmer tätig wird. Die Abgrenzung zwischen beiden Arten der Tätigkeit erfolgt nach den rechtlichen und tatsächlichen Umständen im Einzelfall, wobei die isolierte Betrachtung einzelner Verrichtungen nicht ausreicht, um die Tätigkeit als arbeitnehmer- oder unternehmerähnlich zu qualifizieren (BSGE 31, 275/277; 42, 1/4). Unternehmerähnlich sind Tätigkeiten, die eher mit einem anderen Vertragstyp (z.B.: Auftrag <§ 662 Bürgerliches Gesetzbuch - BGB ->, Werk-<§ 631 Abs. 1 BGB>, Werklieferungs-<§ 651 BGB> oder Dienstvertrag <§ 611 BGB>) als mit einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis vergleichbar sind. Für unternehmerähnliche Tätigkeit spricht, wenn der Tätigwerdende über spezifische Fachkenntnisse verfügt, die Leitung über die Tätigkeit innehat und bei der Ausführung in keinem wesentlichen Umfang Weisungen ausgesetzt ist. Weitere bedeutsame Kriterien für eine unternehmerähnliche Tätigkeit sind eine weitgehend freie Bestimmung der Arbeitszeit und das Zurverfügungstellen von eigenem Arbeitsgerät (vgl. Bereiter-Hahn/Mehrtens aaO Rdn. 34.14 S.A 275/276).

Bei Beachtung dieser rechtlichen Grundsätze ist - entgegen den Ausführungen des SG die vom Kläger verrichtete Tätigkeit als unternehmerähnlich zu beurteilen. Nach Aussage der Zeugin Sch., die im wesentlichen mit den Angaben des Klägers übereinstimmt, umfaßte die vereinbarte Tätigkeit die Rohbauausführung samt Anleitung und Mithilfe. Als "Entgelt" war die Mithilfe des Ehemannes der Zeugin Sch. beim Kläger zugesagt bzw. bereits erfolgt. Rechtlich ist diese Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Bauherrin und ihrem Ehemann geprägt durch Elemente des Dienstvertrages gemäß § 611 Abs. 1 BGB, und zwar des freien Dienstvertrages, da die vereinbarten Dienste - wie bereits oben dargelegt - nicht in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber der Bauherrin zu erbringen waren. Darüber hinaus sprechen auch die tatsächlichen Umstände, unter denen die vereinbarten Arbeiten ausgeübt wurden bzw. werden sollten, für ein unternehmerähnliches Tätigwerden des Klägers. Allein der Kläger verfügte über die spezifischen Fachkenntnisse im Hinblick auf die Erstellung des Rohbaus. Folglich berechnete er die Aufmaße und den erforderlichen Materialbedarf. Die Tatsache, daß er am Unfalltag in Abwesenheit der Bauherrin bzw. ihres Ehemannes diese Tätigkeiten vornahm, zeigt deutlich, daß ihm insoweit Leitung und Verantwortung oblag. So hat es die Zeugin Sch. auch bei ihrer polizeilichen Vernehmung am 21. April 1997 dargestellt. Als weiteres Indiz für eine unternehmerähnliche Tätigkeit des Klägers ist die - zumindest teilweise - Beschaffung des Arbeitsmaterials zu werten. So hat der Kläger angegeben, das Eisen für das Fundament selbst beschafft und auch das Schalungsholz zur Verfügung gestellt zu haben. In dieselbe Richtung zielen die Umstände bei der

Beschaffung und Aufstellung des Krans. Unabhängig von den Eigentumsverhältnissen am Kran hat der Kläger alle Absprachen getroffen, die zur Aufstellung führten und damit die Nutzung für das Bauvorhaben ermöglichten. Die Annahme des Nutzungsangebotes des Krans durch die Bauherrin und deren Einverständnis mit der Aufstellung ändern nichts an der Tatsache der Beschaffung dieses Arbeitsgerätes durch den Kläger. Auch hinsichtlich der Einteilung seiner Arbeitszeit war der Kläger - wie er selbst angegeben und die Zeugin Sch. bestätigt hat - im wesentlichen frei. Gegenüber diesen Gesichtspunkten, die alle für eine unternehmerähnliche Tätigkeit sprechen, ist dem Umstand, daß die vom Kläger erbrachten Arbeiten - wenigstens zum Teil - typische Arbeiten eines Poliers sind, keine entscheidende Bedeutung beizumessen.

Soweit die Prozeßbevollmächtigte des Klägers in der mündlichen Verhandlung maßgeblich auf die freund- und nachbarschaftlichen Beziehungen, die der Grund für das Tätigwerden des Klägers gewesen seien, abgestellt hat, ist darauf hinzuweisen, dass hieraus nicht zwangsläufig ein Versicherungsschutz folgt. Vielmehr steht ein derartiges Tätigwerden dem Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII grundsätzlich nicht entgegen; entscheidendes Kriterium ist aber auch insoweit, ob das Tätigwerden arbeitnehmerähnlichen Charakter aufweist (vgl. Bereiter-Hahn/Mehrtens, Handkommentar Gesetzliche Unfallversicherung § 2 Rdn. 34.22).

Für eine Entschädigungspflicht der Beklagten gegenüber dem Kläger unter dem Gesichtspunkt des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs ergeben sich keine Anhaltspunkte.

Damit kommt der Senat zu dem Ergebnis, daß sich die zum Unfall führende Tätigkeit des Klägers unternehmerähnlich gestaltete und somit Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII nicht bestand.

Auf die Berufung der Beklagten ist daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 160 Abs. 2 SGG) liegen nicht vor.