

Berechnung des Verletztengeldes bei beschäftigungsähnlicher Tätigkeit (§ 539 Abs. 2 RVO = § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII) - kurzfristige Beschäftigungsverhältnisse (vgl. dazu auch VB 12/2001 = HVBG-INFO 2001, 362);  
hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Baden-Württemberg vom 22.1.2003  
- L 2 U 3057/99 -

In der Anlage wird das Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 22.1.2003 - L 2 U 3057/99 - bekannt gegeben. Das LSG hatte über die Berechnung von Verletztengeld zu entscheiden.

Der Kläger war zunächst als landwirtschaftlicher Unternehmer selbständig tätig und hatte zugleich eine freiwillige Versicherung bei der Berufsgenossenschaft für den Einzelhandel abgeschlossen. Aus beiden Tätigkeiten konnte er zunächst kein Einkommen nachweisen, bzw. nach Vorlage der Einkommenssteuerbescheide ergaben sich negative Einkünfte.

Neben seiner Selbständigkeit arbeitete er im Jahr vor dem Unfall von Mai bis September 1995 im Umfang von insgesamt 27 Stunden im Namen der Nachbarschaftshilfe als Helfer bei Aufräumarbeiten und Schuttbeseitigung bei der Familie B. in S. zu einem Stundenlohn von DM 19,-. Am 18.10.95 verunglückte der Kläger gegen 17.30 Uhr, als er im Zusammenhang mit der Errichtung eines nicht mit öffentlichen Mitteln geförderten Eigenheimes der Familie H. unentgeltlich beim Aufbau einer Schalung half, und eigenen Angaben zufolge aus etwa 3 m Höhe rückwärts von der Leiter stürzte.

Strittig war die Berechnung des Verletztengeldes. Das Verletztengeld wurde aus dem Einkommen berechnet, das bei der Familie B. erzielt wurde. Bei der Berechnung des Verletztengeldes wurde das Einkommen durch 360 geteilt und somit ein kalendertäglicher Betrag von 1,14 DM x 73 Kalendertage errechnet, insg. kamen DM 83,22 zur Auszahlung.

#### Anlage

Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 22.1.2003 - L 2 U 3057/99 -

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 29. Juni 1999 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Instanzen nicht zu erstatten.

#### Tatbestand

Zwischen den Beteiligten ist die Höhe des Verletztengeldes (VG) streitig.

Der im Juli 1949 geborene Kläger ist selbständiger Unternehmer des Unternehmens „Antik und Klassik, [REDACTED]“ in [REDACTED], er ist als solcher seit 1. August 1992 bei der Berufsgenossenschaft (BG) für den Einzelhandel pflichtversichert - Vers.Nr. 2121-02406 -; ferner ist der Kläger seit 1991 Pflichtmitglied bei der Landwirtschaftlichen BG Baden-Württemberg (Vers.Nr. 1817797602/4.16.2.05). Neben seiner selbständigen Tätigkeit arbeitete er im Jahr vor dem Unfall von Mai bis September 1995 im Umfang von insgesamt 27 Stunden im Rahmen der Nachbarschaftshilfe als Helfer bei Aufräumarbeiten und Schuttbeseitigung bei der Familie [REDACTED] in S. [REDACTED] zu einem Stundenlohn von 19,00 DM.

Am 18. Oktober 1995 verunglückte der Kläger gegen 17.30 Uhr, als er im Zusammenhang mit der Errichtung eines nicht mit öffentlichen Mitteln geförderten Eigenheims der Familie [REDACTED] unentgeltlich beim Aufbau einer Schalung half und eigenen Angaben zufolge aus etwa 3m Höhe

rückwärts von einer Leiter stürzte. Dabei zog er sich eine Schulterreckgelenkssprengung Tossy III rechts sowie multiple Prellungen an Rumpf und rechter Schulter zu, derentwegen er bis 30. Januar 1996 arbeitsunfähig war (vgl. Durchgangsarztbericht vom 18. Oktober 1995, Arztbrief vom 14. November 1995 und Zwischennachricht vom 30. Januar 1996 des Chefarztes der Chirurgischen Abteilung des Kreiskrankenhauses Tuttlingen Dr. [REDACTED]).

Die Unfallanzeige des Bauherrn [REDACTED] ging am 13. November 1995 bei der Württembergischen Bau-BG, Böblingen, ein. Im Rahmen der daraufhin eingeleiteten Ermittlungen erstellte der Technische Aufsichtsbeamte (TAB) [REDACTED] den Bericht vom 14. November 1995, der von den Angaben des Klägers nur hinsichtlich der Absturzhöhe (angegeben 1,40m) abwich. Auf Anfrage teilte der Bauherr mit (Schreiben vom 18. Dezember 1995), er habe am Unfalltag von der Fa. [REDACTED] Schalungsverleih eine Schalung mit Fachkraft ausgeliehen, zu deren Aufstellen neben der Fachkraft ein vom Bauherrn zu stellender Helfer erforderlich gewesen sei. Deshalb habe er den Kläger beigezogen. Unter dem 28. Februar 1996 gab die Württembergische Bau-BG den Vorgang an die beklagte Tiefbau-BG ab (eingegangen dort am 6. März 1996), weil der bauseits zu stellende Helfer gegenüber der Fachkraft der Fa. [REDACTED] weisungsgebunden gewesen sei. Zuvor hatte die Württembergische Bau-BG dem Kläger mit Schreiben vom 5. Februar 1996 mitgeteilt, dass sie den Betrag von 83,22 DM (VG vom 19. Oktober bis 31. Dezember 1995) angewiesen habe. Ergänzend war erläutert, das VG berechne sich aus dem Einkommen, das bei der Familie [REDACTED] erzielt worden sei; sobald die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 1994 und 1995 sowie die Antwort der Landwirtschaftlichen BG vorlägen, werde eine Überprüfung vorgenommen. Die Berechnung des VG war von der Beklagten wie folgt vorgenommen worden:  $513,00 \text{ DM} : 360 = 1,43 \text{ DM}$ ;  $80\% \text{ von } 1,43 \text{ DM} = 1,14 \text{ DM}$ ;  $1,14 \text{ DM} \times 73 \text{ Kalendertage} = 83,22 \text{ DM}$ . Mit Schreiben vom 15. Februar 1996 gab sie dem Kläger die Anweisung des Verletztengeldes vom 1. bis 30. Januar 1996 in Höhe von 34,20 DM bekannt mit dem Vermerk, Arbeitsunfähigkeit könne lediglich bis 30. Januar 1996 anerkannt werden.

Die Beklagte prüfte zunächst ihre Zuständigkeit, die sie im Hinblick darauf, dass der Kläger den Weisungen des Inhabers ihres Mitgliedsbetriebes [REDACTED] unterworfen gewesen sei, am 9. April 1996 (s. Vermerk vom gleichen Tag) bejahte. Mit Fax vom 11. April 1996 und Schreiben des - zwischenzeitlich eingeschalteten - Prozessbevollmächtigten vom 14. Mai 1996 beantragte der Kläger die Gewährung eines Vorschusses auf das zu erwartende Verletztengeld, den er - zuletzt - mit 6.644,58 DM bezifferte. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 30. April und 20. Mai 1996 ab.

Der Kläger erhob mit Schreiben vom 23. Mai 1996, welches am 28. Mai 1996 eingegangen ist, Klage zum Sozialgericht Reutlingen (SG - S 4 U 1102/96 -), die er zunächst auf § 42 Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil - (SGB I) gestützt hat. Nach dem Hinweis der Beklagten (s. Klagerwiderrung vom 24. Juni 1996), der Verwaltungsakt vom 20. Mai 1996 habe nur mit dem Rechtsbehelf des Widerspruchs angefochten werden können, sie betrachte - das Einverständnis des Klägers vorausgesetzt - das Schreiben vom 23. Mai 1996 als Widerspruch, gab das SG die Akten mit Schreiben vom 8. Juli 1996 zur Durchführung des Vorverfahrens an die Beklagte zu-

rück. Am 19. Dezember 1996 erließ die Beklagte den zurückweisenden Widerspruchsbescheid und führte in den Gründen aus, nach § 561 Abs. 3 Reichsversicherungsordnung (RVO) erhielten Verletzte, die nicht Arbeitnehmer seien, den 450-ten Teil des Jahresarbeitsverdienstes (JAV) als kalendertägliches VG. Das VG habe Lohnersatzfunktion und richte sich nach dem tatsächlich erzielten Arbeitseinkommen auf der Grundlage der Einkommensteuerbescheide (EStB); § 575 RVO finde keine Anwendung. Könnten die EStB erst zu einem späteren Zeitpunkt vorgelegt werden, sei das VG - wie hier geschehen - nach dem bisher nachgewiesenen JAV zu berechnen.

Eine Neuberechnung setze den Nachweis eines höheren Arbeitseinkommens durch Vorlage der EStB für die Jahre 1994 und 1995 voraus.

Mit Schreiben vom 14. April 1997 legte der Kläger den EStB für 1994 des Finanzamtes Tuttlingen (Einkünfte aus Gewerbebetrieb: -15.168,00 DM) sowie die Einkommenssteuererklärung für 1995 (Einkünfte aus Gewerbebetrieb: -7.997,00 DM) vor und machte geltend, der Bescheid bzw. die Steuererklärung könnten nicht ausschließlich zur Bestimmung des Arbeitseinkommens herangezogen werden, denn der Kläger habe im Zeitraum vom 1. September 1994 bis 31. Oktober 1995 Arbeiten (im Betrieb, am Betriebsgebäude, an Wohnung und Haus, im eigenen Forst und bei der Pflege der Mutter) ausgeführt, für die ein fiktives Arbeitsentgelt in Höhe von (gerundet) 85.000,- DM anzusetzen sei. Darüber hinaus habe er vor 1994/1995, als er noch mit seiner - inzwischen von ihm geschiedenen - Ehefrau zusammengelebt habe, sehr gut verdient, was berücksichtigt werden müsse. Auf Vorschlag des SG schlossen die Beteiligten im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 25. April 1997 die Vereinbarung, nach der sich der Kläger u.a. zur Vorlage von Einkommensunterlagen für das Jahr vor dem Arbeitsunfall und die Beklagte sich zur unverzüglichen rechtsbehelfsfähigen Feststellung der Höhe des VG nach Eingang dieser Unterlagen verpflichtete.

Mit Schreiben vom 26. Juni 1997 gab der Kläger gegenüber der Beklagten ergänzend an, anlässlich der finanziellen Auseinandersetzung im Rahmen der Ehescheidung (Dezember 1990) habe er 170.000,00 DM erhalten; mit einem Teil dieses Betrags (100.000,00 DM) habe er ab April 1992 den Aufbau der gewerblichen Halle für sein Unternehmen begonnen, mit dem Rest die Wohnung im elterlichen Haus hergerichtet und davon seinen Lebensunterhalt bestritten. Dies müsse unter Billigkeitsgesichtspunkten berücksichtigt werden, sodass entsprechend seinem Schriftsatz vom 14. April 1997 der Berechnung des VG ein JAV von ca. 85.000,00 DM zu Grunde zu legen sei.

In Ausführung des vor dem SG geschlossenen Vergleichs erließ die Beklagte den Bescheid vom 25. Juli 1997, mit dem sie die Erhöhung des VG ablehnte. Zur Begründung führte sie aus, der JAV gem. § 571 Abs. 1 RVO betrage für die Zeit vom 1. Oktober 1994 bis 30. September 1995 513,00 DM. Eine Erhöhung auf den Mindest-JAV (§ 575 RVO) komme aus den bereits im Widerspruchsbescheid vom 19. Dezember 1996 genannten Gründen nicht in Betracht. Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde mit Widerspruchsbescheid vom 14. Oktober 1997 zurückgewiesen mit der Begründung, der Arbeitsunfall habe sich bei einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit ereignet mit der Folge, dass als Berechnungsgrundlage ausschließlich das vor Beginn der

Arbeitsunfähigkeit erzielte Arbeitsentgelt zu Grunde zu legen sei; aus der Unfallversicherung als Unternehmer seien keine Leistungen zu erbringen. Nachdem ein weiteres Einkommen aus einer nichtselbstständigen Tätigkeit nicht nachgewiesen sei, komme eine Erhöhung des VG nicht in Betracht. Selbst wenn aber ein Arbeitseinkommen aus selbstständiger Tätigkeit für die Berechnung des VG zusätzlich zu berücksichtigen wäre, sei eine Erhöhung des VG nicht möglich, weil ausweislich der vorgelegten Unterlagen kein Gewinn aus der selbstständigen Tätigkeit erzielt worden und somit auch kein zusätzlicher Einkommensverlust entstanden sei.

Dagegen hat der Kläger am 20. Oktober 1997 Klage zum SG erhoben. Er hat sein bisheriges Vorbringen wiederholt (s. insbesondere das Schreiben vom 14. April 1997), ergänzend auf § 575 RVO hingewiesen und auf dessen Grundlage unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Zahlungen von insgesamt 117,42 DM einen Mindest-Vorschussbetrag von 6.644,58 DM errechnet. Mit Urteil vom 29. Juni 1999 hat das SG die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide verurteilt, dem Kläger zusätzlich VG in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem kalendertäglich gezahlten VG und dem kalendertäglichen VG von 64,96 DM zu gewähren; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 12. Juli 1999 zugestellte Urteil am 29. Juli 1999 Berufung eingelegt und sich gegen die Anwendung des § 575 RVO gewendet.

Im Termin zur Erörterung des Sachverhalts vom 27. September 2000 hat der Kläger angegeben, dass er am Unfalltag mit dem Bauherrn vereinbart habe, ihm ab 13.00 Uhr oder 14.00 Uhr zu helfen. Für ihn sei eigentlich klar gewesen, dass er nicht umsonst helfe, wobei nicht unbedingt in Geld hätte entlohnt werden müssen; andererseits sei er nicht davon ausgegangen, dass der Bauherr ihm gegenüber eine Rechtsverpflichtung auf Gegenleistung eingegangen sei. Mit Fax vom 21. Januar 2003 hat der Kläger den EStB für 1995 vorgelegt (Einkünfte aus Gewerbebetrieb: - 7.696,00 DM). Die Beklagte hat vorgetragen, der Kläger sei im Unfallzeitpunkt im Rahmen eines faktischen Arbeitsverhältnisses tätig geworden, sodass die Berechnung des VG nach § 561 Abs. 1 RVO zu erfolgen habe und für die Anwendung der JAV-Vorschriften kein Raum bleibe. Ergänzend hat sie in Kopie die Ergebnisniederschrift der Sitzung des Verwaltungsausschusses „Rechtsfragen der Unfallversicherung“ am 13./14. November 2000 zu Top 9 vorgelegt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 29. Juni 1999 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung gem. § 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz - SGG - einverstanden erklärt.

Zur weiteren Darstellung wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten, die Akte des SG S 4 U 1102/96 sowie die Prozessakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung der Beklagten hat Erfolg.

Die Berufung ist gemäß § 143 SGG statthaft, da die Beschränkungen des § 144 SGG nicht eingreifen; sie ist form- und fristgerecht eingelegt (§ 151 SGG) und somit zulässig. Sie ist in der Sache auch begründet. Das SG hat die Beklagte zu Unrecht zur Gewährung eines höheren VG verurteilt, denn der Kläger hat hierauf keinen Anspruch.

Gemäß § 212 i.V.m. § 214 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Siebtes Buch (Gesetzliche Unfallversicherung) - SGB VII - kommen vorliegend die bis 31. Dezember 1996 geltenden Vorschriften der Reichsversicherungsordnung (RVO) zur Anwendung, da der Versicherungsfall vor dem 1. Januar 1997 eingetreten und über die Gewährung von VG vor Inkrafttreten des SGB VII zu entscheiden ist.

Zunächst ist das SG zutreffend von der sachlichen Zuständigkeit (§ 646 RVO) der Beklagten ausgegangen; diese richtet sich grundsätzlich nach Art und Gegenstand des Unternehmens, in dem sich der Unfall ereignet hat. Ist - wie vorliegend - Versicherungsschutz gem. § 539 Abs. 2 RVO gegeben, muss die beschäftigtenähnlich ausgeübte Tätigkeit in einem inneren Zusammenhang mit dem unterstützten Unternehmen stehen, der wiederum entscheidend von der (objektiven) Handlungstendenz - nicht den subjektiven Beweggründen - des Versicherten bestimmt wird (Bundessozialgericht - BSG -, Urteil vom 5. März 2002 - B 2 U 9/01 R - <nicht veröffentlicht>). Die Tätigkeit des Klägers diene objektiv und in erster Linie der Fa. [REDACTED] Schalungsverleih, die ohne Helfer die übernommenen Schalungsarbeiten nicht hätte ausführen können. Deshalb war der Kläger auch an die Weisungen der Fachkraft der Fa. [REDACTED] gebunden. Dementsprechend hat die Beklagte ihre sachliche Zuständigkeit zu Recht anerkannt.

Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch ist § 560 Abs. 1 RVO. Danach erhält der Verletzte VG, solange er infolge des Arbeitsunfalls arbeitsunfähig im Sinne der Krankenversicherung ist und keinen Anspruch auf Übergangsgeld nach den §§ 568 und 568a Abs. 2 oder 3 RVO hat (Satz 1). Arbeitsunfähigkeit i.S. der Krankenversicherung ist gegeben, wenn der Verletzte nicht (oder nur unter der Gefahr, dass sich sein Gesundheitszustand verschlimmert) in der Lage ist, der bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit nachzugehen (ständige Rechtsprechung des BSG, BSGE 19, 179 <182>; 26, 288 <292>; 32, 18 <20>; 57, 227; vgl. zur Arbeitsunfähigkeit Nichterwerbstätiger: Lauterbach, Unfallversicherung, § 560 RVO Rdnr. 6 m.w.H auf Rechtsprechung und Schrifttum). Weitere Grundvoraussetzung für die Gewährung von VG ist - neben der Arbeitsunfähigkeit -, dass vor deren Beginn Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt worden ist. Das folgt aus § 560 Abs. 1 i.V.m. § 561 Abs. 3 RVO, der die „übrigen Verletzten“ nur insoweit erfasst, als sie vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt haben, ferner aus § 580 Abs. 4 RVO, der die Verletztenrente (bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen) mit dem Tag nach dem Arbeitsunfall beginnen lässt, wenn bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit kein Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt worden ist, sowie aus der Funktion des VG, dem Ersatz von unfallbedingtem Entgeltausfall (vgl. BSGE 39, 63, 67; Ricke in Kasseler Kommentar, § 561 RVO Rdnr. 2, § 45 SGB VII Rdnr. 2; Lauterbach, a.a.O., § 560 RVO Nr. 2, § 45 Rdnr. 5; Hauck, Unfallversicherung, K § 45 SGB VII Nr. 1 und 8; Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, § 45 SGB VII Rdnr. 3). Einen diesen Grundsatz unterstreichenden Ausnahmetatbestand stellt insoweit § 561 Abs. 2 RVO - VG für Arbeitslose - dar. Dem Grundsatz steht auch die Vorschrift des § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO nicht entgegen. Ausgehend

von der Regelung in § 571 Abs. 1 Satz 1 RVO, die voraussetzt, dass der Verletzte während des vor dem Unfall liegenden Jahres - ununterbrochen - Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen bezogen hat, regelt Satz 2 den Fall, in dem der Verletzte nur eine bestimmte Zeit innerhalb des Jahres vor dem Unfall ein Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen gehabt hat und in dem er früher, d.h. vor der einkommenslosen Zeit (Ausfallzeit), schon tätig gewesen war (vgl. Lauterbach, Unfallversicherung, § 571 RVO Rdnr. 4). § 571 Abs. 1 Satz 2 RVO ist demnach nur anwendbar, wenn in dem Jahr vor dem Unfall zumindest zeitweise Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt worden ist (vgl. BSGE 28, 274, 275, 278 = SozR Nr. 1 zu § 571 RVO; BSGE 51, 178, 180 = SozR 2200 § 571 Nr. 20; SozR 2200 § 571 Nr. 23). Auch aus § 571 Abs. 1 Satz 3 RVO kann nicht gefolgert werden, dass auf das Erfordernis der Entgelt- bzw. Einkommenserzielung im Gegensatz zum Wortlaut des § 561 Abs. 3 RVO verzichtet werden kann, denn § 571 Abs. 1 Satz 3 RVO erfasst nur diejenigen Versicherten, die vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit nicht erwerbstätig, also weder abhängig beschäftigt noch selbstständig tätig, waren. In diesem Zusammenhang hat das BSG auch solchen Versicherten einen Verletztengeldanspruch zugesprochen, die - bei vorheriger Erwerbslosigkeit - bei einer nur sehr kurzfristigen Beschäftigung einen Unfall erlitten hatten (vgl. BSGE 27, 188 = SozR Nr. 1 zu § 560 RVO; BSG, Urteil vom 23. März 1999 - B 2 U 16/98 R - = BSG 84, 41 bis 48 = SozR 3-2200 § 561 Nr. 2). Maßgebender Gesichtspunkt hierfür war - so die frühere Entscheidung -, dass die dortige Klägerin nicht zur Kategorie derjenigen Versicherten zählte, die einen Arbeitsunfall völlig außerhalb jeglicher Erwerbstätigkeit (§ 539 Abs. 1 Nr. 9 und 10 RVO) oder bei vorübergehenden Hilfeleistungen (§ 539 Abs. 2 RVO) erlitten haben, sondern der Unfall sich in Ausübung eines - wenn auch kurzfristigen - Arbeitsverhältnisses ereignete, aus dem ein bereits erworbener Anspruch auf Arbeitsentgelt resultierte. Es muss daher vor Beginn - spätestens zum Zeitpunkt - der Arbeitsunfähigkeit ein Anspruch auf Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen bestanden haben (vgl. BSGE 39, 63, 67; Lauterbach, a.a.O., § 561 RVO Rdnr. 10; Brackmann, a.a.O., § 45 SGB VII Rdnr. 20; zur Frage, ob mit Blick auf § 19 Abs. 2 SGB V ein nahtloser Übergang erforderlich ist, vgl. Brackmann, a.a.O., § 45 SGB VII, § 45 Rdnr. 20). Der Gesetzgeber hat an dieser Voraussetzung auch in dem ab 1. Januar 1997 geltenden SGB VII festgehalten; so erhalten nach § 47 Abs. 1 Satz 1 SGB VII „Versicherte, die Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt haben, VG“ nach Maßgabe der dort genannten Vorschrift. Der Verletztengeldanspruch ist nicht beschränkt auf abhängig Beschäftigte, was bereits aus der Bezugnahme auf das Arbeitseinkommen in § 561 Abs. 3 RVO ersichtlich ist. Im Schrifttum wird die Frage, ob ein Unternehmer VG erhalten kann, bejaht (vgl. Lauterbach, a.a.O., § 560 RVO Rdnr. 17 m. w. H.). Das BSG hat in BSGE 36, 98 und 133 bis 136 einem

(freiwillig versicherten) Unternehmer VG zugebilligt, dessen Einkommen auf eigener Betriebstätigkeit beruhte, und bei dem deswegen bei unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit für einen nicht unbedeutenden Zeitraum von einem - dem Ausfall des Arbeitsentgelts eines Arbeitnehmers gleich zu erachtenden - Einkommensverlustes auszugehen ist. Hat der Verletzte mehrere abhängige Beschäftigungen und/oder (versicherte) selbstständige Tätigkeiten vor Beginn der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgeübt und daraus Arbeitsentgelt und/oder Arbeitseinkommen erzielt, ist der Entgelt- und Einkommensverlust aus allen Beschäftigungen bzw. Tätigkeiten zu ersetzen (vgl. BSGE 37, 189 <190/191> = SozR 2200 § 560 Nr. 1; BSGE 40, 134 <135/136> = SozR 2200 § 780 Nr. 2 m.w.H.; BSGE, Urteil vom 4. Dezember 1991 - 2 RU 76/90 - = SozR 3-2200 § 560 Nr. 1). Allerdings kommt es auf den im Rahmen der Unternehmerversicherung versicherten JAV nur dann an, wenn der Arbeitsunfall bei der versicherten Unternehmertätigkeit eingetreten ist (vgl. BSG, Urteil vom 18. März 1999 - 8 KN 2/98 U R - <nicht veröffentlicht>). Das VG wird von dem Tag an gewährt, an dem die Arbeitsunfähigkeit ärztlich festgestellt wird (§ 560 Abs. 1 Satz 5 RVO). Die Berechnung des VG erfolgt - je nach dem zu welcher Gruppe der Versicherte gehört - gem. § 561 Abs. 1 RVO (bei Arbeitnehmern), gem. Abs. 2 RVO (bei Beziehern von Arbeitslosengeld, Arbeitslosenhilfe oder Unterhaltsgeld) und gem. Abs. 3 RVO (bei den übrigen Verletzten, die bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen erzielt haben). Arbeitsentgelt sind nach § 14 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung; Arbeitseinkommen ist der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus einer selbstständigen Tätigkeit (§ 15 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Nach § 4 Einkommensteuergesetz (EStG - sowohl i. d. F. vom 21. Dezember 1993 <gültig ab 30. Dezember 1993 bis 20. Oktober 1995> als auch i. d. F. vom 11. Oktober 1995 <gültig ab 21. Oktober 1995 bis 31. Dezember 1995>) ist der Gewinn eines Selbständigen unterschiedlich zu ermitteln. Nach Abs. 1 a.a.O. ist Gewinn der Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des Wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres, vermehrt um den Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen. Nach Abs. 3 a.a.O. wird der Gewinn bei Steuerpflichtigen, die nicht auf Grund gesetzlicher Vorschriften verpflichtet sind, Bücher zu führen und regelmäßig Abschlüsse zu machen, und die auch keine Bücher führen und keine Abschlüsse machen, aus dem Überschuss der Betriebseinnahmen zu den Betriebsausgaben errechnet. Da nach § 571 Abs. 1 Satz 1 RVO die Bruttoarbeitsentgelte und -arbeitseinkommen maßgebend sind, sind Sonderausgaben und persönliche Werbungskosten nicht zu berücksichtigen (vgl. SozR 2200 § 1248 Nr. 23); dasselbe gilt nach



dem Zweck des § 571 Abs. 1 Satz 1 RVO hinsichtlich der Ausgaben für den Betrieb in Form von Investitionen (vgl. BSG SozR 2200 § 571 Nr. 1). Denn Beträge, die ein Unternehmer erwirtschaftet hat, die er aber wieder für betriebliche Zwecke verwendet, stehen nicht zu seiner Verfügung und mindern deshalb seinen einkommensabhängigen Status (vgl. BSGE 50, 264, 266 = SozR 2200 § 571 Nr. 19). Nach der Legaldefinition des § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV ist eine Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Gegebenheiten steht dem Kläger - jedenfalls - kein höheres als das von der Beklagten gewährte VG zu. Sein Anspruch ist schon deshalb unbegründet, weil er vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit, die bei ihm am Unfalltag (18. Oktober 1995) eingetreten ist, weder Arbeitsentgelt noch Arbeitseinkommen erzielt hat. Arbeitsentgelt hat er deshalb nicht erzielt, weil er vor dem Unfalltag und auch am Unfalltag in keinem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat. Im Verhältnis zur Familie [REDACTED] sind - neben fehlender arbeitsvertraglicher Absprache und einem dementsprechenden Bindungswillen - die charakteristischen Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses, wie beispielsweise persönliche Abhängigkeit, organisatorische Eingliederung in einen fremden Betrieb, umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers einerseits, Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers andererseits (vgl. hierzu Seewald in Kasseler Kommentar, § 7 SGB IV Rdnr. 50 ff. m.w.H.) nicht erkennbar. Diese hat auch - vom Kläger unwidersprochen - angegeben, er sei im Rahmen der Nachbarschaftshilfe für sie tätig geworden; dasselbe gilt für die Tätigkeit bei dem Bauherrn [REDACTED], bei der zudem nicht einmal eine Absprache über eine mögliche Entlohnung getroffen worden war. Aber auch nach den Angaben der Firma [REDACTED] war der Kläger nicht deren Beschäftigter, was objektiv bereits daraus ersichtlich ist, dass der zum Aufstellen der Schalung benötigte Helfer vom Bauherrn [REDACTED] zu stellen war. Dass dem Versicherungsschutz gem. § 539 Abs. 2 RVO ein beschäftigtenähnliches Verhältnis zur Firma [REDACTED] zu Grunde liegt, ändert hieran nichts. Arbeitsentgelt oder zumindest einen Anspruch auf Arbeitsentgelt hat dem Kläger somit vor Beginn der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit nicht zugestanden. Ferner hat der Kläger zu Beginn der Arbeitsunfähigkeit auch kein Arbeitseinkommen erzielt. Bei ihm ist der Gewinn gem. § 4 Abs. 3 EStG zu ermitteln, weil eine Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 EStG eine ordnungsgemäße Buchführung mit Jahresabschlüssen voraussetzt, wofür hier kein Anhalt besteht. Ausweislich der von ihm vorgelegten EStB für die Jahre 1994 und 1995 hat er keinen Gewinn aus seiner selbstständigen Tätigkeit, zu der auch eine selbstständige landwirtschaftliche Tätigkeit zählt, erwirtschaftet, da die Betriebsausgaben in beiden Jahren höher als die Betriebseinnahmen waren; so betrug die Ein-

künfte aus Gewerbebetrieb im Wirtschaftsjahr 1994 -15.168 DM und im Wirtschaftsjahr 1995 - 7.696,00 DM. Somit hat der Kläger zum Zeitpunkt der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit auch kein Arbeitseinkommen erzielt und, weil er die Voraussetzungen des § 561 Abs. 3 RVO nicht erfüllt, keinen Anspruch auf Verletztengeld

Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu den bisher im Rahmen der Vorschriften über das VG ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen; soweit ersichtlich handelte es sich in allen Entscheidungen um Verletzte, die entweder aus abhängiger Beschäftigung zumindest einen Anspruch auf Arbeitsentgelt im Zeitpunkt der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeiten erworben (vgl. u.a. die o.g. Entscheidungen zum kurzfristigen Beschäftigungsverhältnis) oder aus selbstständiger Tätigkeit einen Gewinn und damit Arbeitseinkommen erzielt hatten (vgl. u.a. BSGE 50, 264 = SozR 2200 § 571 Nr. 19; SozR 2200 § 571 Nr. 23). Demgegenüber hat das BSG in BSGE 39, 63, 67 einen Verletztengeldanspruch bereits dem Grunde nach verneint, weil durch die unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit kein Einkommensverlust eingetreten war; ebenso hat es in SozR Nr. 4 zu § 560 RVO einem Unternehmer einen Verletztengeldanspruch lediglich für den „erlittenen Einkommensverlust“ zugesprochen (wobei in diesem Fall das Vorliegen eines Einkommensausfalls unstreitig war), desgleichen wurde in SozR Nr. 5 zu § 560 RVO ein - wenn auch fiktiv zu ermittelnder - Einkommensverlust als notwendige Voraussetzung für die Gewährung von Verletztengeld angesehen, weil das VG „den Ersatz eines Schadens“ bezwecke, der jedenfalls bei einem im Betrieb voll mitarbeitenden Unternehmer durch seine Arbeitsunfähigkeit eintreten kann. Aus dem Gesamtzusammenhang dieser Entscheidung ergibt sich deutlich, dass der dortige als Unternehmer bei der beklagten BG (freiwillig) unfallversicherte Kläger ein Einkommen aus seiner selbstständigen Tätigkeit erzielte, was die BG nur insoweit in Abrede stellte, weil dieses Einkommen nicht überwiegend auf der eigenen Tätigkeit des Klägers beruhe. Da der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit seinen eigenen Angaben und den vorgelegten Einkommensteuerbescheiden zufolge bis 1995 aus seiner selbstständigen Tätigkeit keinen Gewinn erzielt hat, steht ihm nach Auffassung des Senats bereits dem Grunde nach kein Verletztengeldanspruch zu. Die Zubilligung eines Verletztengeldanspruchs an den Kläger würde bedeuten, dass nicht ein konkreter Einkommensverlust, sondern eine auf dem Einsatz seiner Arbeitskraft beruhende Gewinnerwartung entschädigt würde. Dies entspricht nicht dem Zweck des VG.

Der Senat vermag auch keine Ungleichbehandlung des Klägers zu den kurzfristig Beschäftigten zu erkennen. Ein Vergleich mit dieser Gruppe verbietet sich einmal, weil der Versicherungsschutz kurzfristig Beschäftigter auf § 539 Abs. 1 RVO, also auf Grund eines Arbeitsverhältnis-

ses, der des Klägers dagegen auf § 539 Abs. 2 RVO beruht und ferner, weil kurzfristig Beschäftigte im Zeitpunkt der unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit zumindest einen Anspruch auf Arbeitsentgelt erworben haben, dessen Ausfall mit der Gewährung von VG als Lohnersatz begründet werden kann.

Auf die von den Beteiligten aufgeworfene Frage, ob im Rahmen der Berechnung des VG nach § 561 Abs. 3 RVO die Vorschrift über den Mindest- und Höchst-JAV (§ 575 RVO) anzuwenden ist, ferner, ob das vom Kläger dargelegte fiktive Jahreseinkommen von ca. 85.000,00 DM zu berücksichtigen ist, braucht der Senat danach nicht einzugehen.

Auf die Berufung der Beklagten ist das Urteil des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die gesetzlichen Gründe für die Zulassung der Revision (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG) liegen nicht vor.