

Für die Abgrenzung zwischen einer arbeitnehmerähnlichen Wie-Beschäftigung i.S.d. § 2 Abs 2 SGB VII und einer unternehmerähnlichen Tätigkeit ist - mit gewissen Abstrichen - von der Abgrenzung zwischen Beschäftigtem und Unternehmer auszugehen.

§ 2 Abs 2 SGB VII

hier:

Urteil des BSG vom 31.5.2005 – B 2 U 35/04 R –

Bestätigung Urteil des Hess. LSG vom 1.9.2004 - L 3 U 1471/01

Das BSG konkretisiert ein weiteres Mal die Kriterien für das Vorliegen einer Unternehmereigenschaft. Danach ist "eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich gekennzeichnet durch das eigene Unternehmerrisiko - das Tätigwerden auf eigene Rechnung ..., das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte und eigener Betriebsmittel, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit." Bei der Prüfung des § 2 Abs 2 S 1 SGB VII und der Abgrenzung zwischen arbeitnehmerähnlicher und unternehmerähnlicher Tätigkeit sei zu beachten, dass nicht alle Merkmale eines Unternehmers erfüllt sein müssen. So sei für Unternehmerähnlichkeit "kein Geschäftsbetrieb oder auf Erwerb gerichtete Tätigkeit erforderlich". Ein Indiz für unternehmerische Tätigkeit sei der Einsatz eigener Arbeitsmittel.

Das **Bundessozialgericht** hat mit **Urteil vom 31.5.2005 – B 2 U 35/04 R –** wie folgt entschieden:

Tatbestand

Der Kläger begehrt die Anerkennung eines Unfalls als Arbeitsunfall.

Er ist im Jahre 1946 geboren und von Beruf selbstständiger, nicht bei einer Berufsgenossenschaft versicherter Hochbautechniker mit einem Büro in seinem Wohnhaus. Das Haus ist auf einem mittlerweile verselbstständigten Teil des Grundstücks, auf dem sein Elternhaus steht, erbaut worden. Die Grundstücke sind nicht durch einen Zaun, aber eine optisch erkennbare Grenze getrennt. Der Vater des Klägers verstarb im Jahre 1993, seitdem lebte die im Juli 1996 noch rüstige und ihren Haushalt selbstständig führende Mutter des Klägers allein in dessen Elternhaus. Lediglich zum Einkaufen wurde sie hin und wieder von der Ehefrau des Klägers in den Ort gefahren. Die im Haus der Mutter anfallenden kleineren Reparaturen und Tapezierarbeiten führten der Kläger und seine Ehefrau durch. Bei größeren und technisch schwierigeren Reparaturen bestellten sie einen Handwerker und sorgten dafür, dass die Reparatur gemacht wurde. Außerdem erledigten sie schwere Gartenarbeiten, wie Rasenmähen und Umgraben. Einfache Gartenarbeiten, wie Blumenpflege, verrichtete die Mutter. Eine direkte Bezahlung erhielten der Kläger und seine Ehefrau nicht, jedoch bezahlte die Mutter die einmal im Jahr anfallende Ölrechnung.

Nachdem der Kläger von seiner Mutter gebeten worden war, die undichte Regenrinne einer Dachgaube zu erneuern, ließ er eine neue Regenrinne liefern. Am Donnerstag, den 18. Juli 1996 begann er gegen 8:00 Uhr mit den Arbeiten: Er entfernte die Ziegel unter der Gaube, brachte dort Stützen an, baute auf diesen ein Gerüst auf, nahm die alte Dachrinne ab und brachte die neue an. Als er das Gerüst bereits abgebaut hatte, bemerkte er, dass die Dachziegel unter der Gaube nicht richtig lagen. Er stieg deshalb auf einer Leiter nach oben, um die Dachziegel zu richten. Dabei fiel die Leiter um, der Kläger stürzte herab und



ist seitdem unterhalb des Lendenwirbelkörpers L3 querschnittsgelähmt. Der Unfall ereignete sich gegen 15:30 Uhr nach einer zweistündigen Mittagspause. Die Dachrinne ist von der Mutter bezahlt worden, das Gerüst und das benötigte Werkzeug gehörten dem Kläger.

Die beklagte Unfallkasse Hessen lehnte die Gewährung von Entschädigungsleistungen und die Anerkennung eines Arbeitsunfalls ab, denn der Kläger habe nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu seiner Mutter gestanden und sei auch nicht wie ein Beschäftigter tätig gewesen, weil es sich um eine Gefälligkeitshandlung im Rahmen einer familiären Beziehung gehandelt habe (Bescheid vom 24. Januar 1997, Widerspruchsbescheid vom 3. März 2000).

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 20. Juli 2001). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung zurückgewiesen (Urteil vom 1. September 2004) und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Kläger sei weder als Beschäftigter iS des § 539 Abs 1 Nr 1 der Reichsversicherungsordnung (RVO) noch wie ein solcher nach § 539 Abs 2 iVm § 539 Abs 1 Nr 1 RVO tätig gewesen, sondern als selbstständiger Unternehmer. Die Gesamtumstände, unter denen er die Reparaturarbeiten vorgenommen habe, sprächen für das Vorliegen einer unternehmerischen bzw unternehmerähnlichen Tätigkeit. Der Kläger habe über die Sachkunde zur Durchführung der Arbeit verfügt, seine Mutter hingegen nicht, so dass sie ihm keine Weisungen habe erteilen können. Er habe auch keine Weisungen zum Zeitpunkt der Arbeit erhalten und habe die Arbeitsmaterialien selbst beschafft. Die notwendigen Arbeitsgeräte (Werkzeuge, Gerüst) habe er und nicht seine Mutter zur Verfügung gestellt. Auch nach seinen Angaben sowie denen der Mutter habe ein frei vereinbartes Auftrags- bzw Dienstverhältnis bestanden und keine Tätigkeit wie ein Beschäftigter iS des § 539 Abs 2 RVO. Außerdem spreche gegen einen Versicherungsschutz nach dieser Norm, dass der Unfall sich bei einer Gefälligkeitshandlung aufgrund enger familiärer Bindung ereignet habe (Hinweis auf Bundessozialgericht <BSG> SozR 3-2200 § 539 Nr 15).

Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung materiellen Rechts. Er macht geltend, er habe gemäß § 539 Abs 1 Nr 1 RVO unter Versicherungsschutz gestanden. Seine Mutter habe ihn beauftragt, die anfallenden Reparatur-, Wartungs- und Pflegearbeiten an ihrem Haus durchzuführen, und habe als Entlohnung an ihn gerichtete Rechnungen bezahlt. Der Versicherungsschutz nach § 539 Abs 1 Nr 1 RVO habe im Unterschied zum heutigen § 2 Abs 1 Nr 1 des Siebten Buches Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Unfallversicherung (SGB VII) nicht nur bei einem Beschäftigungs-, sondern auch bei einem Dienstverhältnis bestanden. Zumindest habe Versicherungsschutz nach § 539 Abs 2 bestanden, weil allein aufgrund einer verwandtschaftlichen Beziehung der Versicherungsschutz nicht verneint werden könne (Hinweis auf die Entscheidung des BSG) vom 26. April 1990 - 2 RU 47/89).

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 1. September 2004 sowie das Urteil des Sozialgerichts Kassel vom 20. Juli 2001 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheides vom 24. Januar 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. März 2000 zu verurteilen, seinen Unfall am 18. Juli 1996 als Arbeitsunfall anzuerkennen und ihm die gesetzlichen Entschädigungsleistungen zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das LSG hat zu Recht die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des SG zurückgewiesen. Denn der Unfall des Klägers am 18. Juli 1996 ist kein Arbeitsunfall.

Vorliegend ist noch das Recht der RVO anzuwenden, weil um die Anerkennung eines Unfalls gestritten wird, der sich vor dem Inkrafttreten des SGB VII am 1. Januar 1997 ereignet hat (Art 36 des Unfallversicherungs-Einordnungsgesetzes vom 7. August 1996, BGBl I 1254, § 212 SGB VII).

Gemäß § 548 Abs 1 Satz 1 RVO ist ein Unfall, den ein Versicherter bei einer der in den §§ 539, 540, 543 bis 545 RVO genannten Tätigkeiten erleidet, ein Arbeitsunfall. Mangels freiwilliger Unternehmensversicherung kommt aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes nur eine Versicherung nach § 539 Abs 1 Nr 1 als aufgrund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses Beschäftigter oder nach § 539 Abs 2 iVm Abs 1 Nr 1 RVO wie ein solcher Beschäftigter (so genannter Wie-Beschäftigter) in Betracht. Die Voraussetzungen beider Alternativen sind nicht erfüllt, weil der Kläger während der Arbeit, die zu dem Unfall führte, nicht in einem Arbeits- oder Dienstverhältnis zu seiner Mutter stand und auch nicht wie ein derart Beschäftigter tätig war. Vielmehr war er wie ein selbstständiger Unternehmer für seine Mutter tätig.

Ein Arbeits- oder Dienstverhältnis nach § 539 Abs 1 Nr 1 RVO ist gekennzeichnet durch das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Entgegen der Auffassung der Revision setzt auch ein Dienstverhältnis in diesem Sinne eine abhängige Beschäftigung voraus, wie sich schon aus dem Wortlaut der Regelung ("aufgrund eines Dienstverhältnisses Beschäftigter") ergibt. Die frühere Unterscheidung zwischen Arbeits- und Dienstverhältnis ist für das Erfordernis eines Beschäftigungsverhältnisses und die Abgrenzung zu einer Tätigkeit als Unternehmer ohne Bedeutung (vgl zum Recht der RVO: Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Stand 1.9.1989, S 489g ff; Lauterbach, Unfallversicherung, 3. Aufl, 61. Lieferung, Stand September 1995, § 539 RdNr 6).

Beurteilungsmaßstab für eine abhängige Beschäftigung ist vorliegend § 7 Abs 1 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV), der für sämtliche Bereiche der Sozialversicherung gilt, in der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Unternehmen ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich gekennzeichnet durch das eigene Unternehmerrisiko - das Tätigwerden auf eigene Rechnung (vgl § 658 Abs 2 Nr 1 RVO), das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte und eigener Betriebsmittel, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tä-

tigkeit und Arbeitszeit. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (vgl BSGE 45, 199, 200 ff = SozR 2200 § 1227 Nr 8; BSGE 85, 214, 216 = SozR 3-2200 § 539 Nr 48; BSGE 87, 53, 55 = SozR 3-2400 § 7 Nr 15; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 19; zuletzt: Senatsentscheidung vom 19. August 2003 - B 2 U 38/02 R, SozR 4-2700 § 2 Nr 1 RdNr 11 - Menübringer; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG SozR 3-2400 § 7 Nr 11).

Nach § 539 Abs 2 RVO ist versichert, wer wie ein nach dessen Abs 1 Versicherter tätig wird. Von den verschiedenen Alternativen des § 539 Abs 1 RVO kommt vorliegend nur die als Wie-Beschäftigter nach dessen Nr 1 in Betracht. Ob eine Person wie ein Beschäftigter tätig geworden ist, richtet sich schon nach dem Wortlaut der Formulierung im Kern nach den Kriterien für eine Beschäftigung. § 539 Abs 2 RVO will jedoch aus sozialpolitischen und rechtssystematischen Gründen Versicherungsschutz auch dann gewähren, wenn die Voraussetzungen eines Beschäftigungsverhältnisses nicht vollständig erfüllt sind und bei einer ggf nur vorübergehenden Tätigkeit die Grundstruktur eines Beschäftigungsverhältnisses gegeben ist, weil eine ernstliche Tätigkeit von wirtschaftlichem Wert vorliegt, die einem fremden Unternehmen dienen soll (Handlungstendenz) und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmens entspricht, unter solchen Umständen, die einer Tätigkeit aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ähnlich sind und nicht auf einer Sonderbeziehung zB als Familienangehöriger oder Vereinsmitglied beruhen (stRspr BSGE 5, 168; BSG vom 13. August 2002 - B 2 U 29/01 R und B 2 U 33/01 R; Wiester in: Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Band 3, Gesetzliche Unfallversicherung, Stand Januar 2005, § 2 RdNr 804 ff mwN).

Für die Abgrenzung zwischen einer Tätigkeit als arbeitnehmerähnlicher Wie-Beschäftigter und einer unternehmerähnlichen Tätigkeit ist von der oben aufgezeigten Abgrenzung zwischen Beschäftigtem und Unternehmer auszugehen, hiervon sind jedoch gewisse Abstriche zu machen, weil nur eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung und eine unternehmerähnliche Tätigkeit gegenüberzustellen sind. Dabei ist zu beachten, dass bei einer Tätigkeit als Wie-Beschäftigter iS des § 539 Abs 2 iVm Abs 1 Nr 1 RVO nicht alle Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses und bei einer unternehmerähnlichen Tätigkeit nicht alle Merkmale eines Unternehmers erfüllt sein müssen. Entscheidend ist vielmehr, ob nach dem Gesamtbild die Tätigkeit wie von einem Beschäftigten oder einem Unternehmer ausgeübt wurde (BSG vom 17. März 1992 - 2 RU 22/91, SozR 3-2200 § 539 Nr 16 - Kfz-Mechaniker). So braucht bei einer Tätigkeit gemäß § 539 Abs 2 RVO eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit vom unterstützten Unternehmen nicht vorzuliegen, und für ein Unternehmen ist kein Geschäftsbetrieb oder auf Erwerb gerichtete Tätigkeit erforderlich (BSG aaO; BSG vom 10. März 1994 - 2 RU 20/93, SozR 3-2200 § 539 Nr 28 - Amateurrenreiter). Im Fall des Kfz-Mechanikers hatte das BSG in seiner Gesamtbetrachtung des Weiteren angeführt, die Tätigkeit sei regelmäßig, zumeist wöchentlich seit Jahren ausgeübt worden, auf das Fehlen einer direkten Bezahlung in Geld komme es nicht an, der Verletzte habe nicht anderen geholfen, sondern die Arbeit selbstständig mit eigenen Arbeitsmitteln ausgeführt. Im Fall des Amateurrenreiters hatte das BSG entscheidend darauf abgestellt, dass für diesen sein Ziel, 50 Siege für die Zulassung als Profirennreiter zu erreichen, im Vordergrund gestanden habe und es seiner eigenen, selbstständigen Planung und Entscheidung überlassen gewesen sei, ob er dies als selbstständiger oder abhängig Beschäftigter verfolge. In der Entscheidung des Senats vom 27. Oktober 1987 (2 RU 9/87, USK 87140: Holzzaun-Erbauer) waren die entscheidenden Kriterien die



freie planerische Gestaltung der Tätigkeit durch den Verletzten, der nicht seine Dienste als Beschäftigter zur Verfügung gestellt, sondern die Herstellung eines Werkes versprochen habe. Dem stehe der Ersatz der Materialkosten nicht entgegen.

Das LSG hat in Anwendung dieser Grundsätze anhand der von ihm für den Senat bindend festgestellten Tatsachen (§ 163 des Sozialgerichtsgesetzes <SGG>), gegen die keine zulässigen und begründeten Verfahrensrügen vorgebracht wurden, aufgrund einer Gesamtwürdigung eine abhängige Beschäftigung verneint und eine unternehmerische Tätigkeit bejaht. Diese Würdigung durch das LSG lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Von den Gesichtspunkten für eine abhängige Beschäftigung hat der Kläger keinen erfüllt. Aus dem persönlichen Verhältnis zwischen dem Kläger und seiner Mutter einschließlich deren finanziellen Zuwendungen an ihn folgt kein personales Abhängigkeitsverhältnis wie in einem Beschäftigungsverhältnis. Er war in keinen Betrieb eingegliedert und ein Weisungsverhältnis scheidet aus, weil er als Hochbautechniker im Unterschied zu seiner Mutter über die Sachkunde zur Durchführung der Arbeit verfügte. Auch hat er den Zeitpunkt der Arbeit bestimmt. Für eine unternehmerische Tätigkeit spricht jedoch, dass ihm die Arbeitsmittel (Werkzeuge, Gerüst) gehörten und er die Dachrinne bestellt hatte. Allein aus deren Lieferung mit Rechnung an seine Mutter folgt nichts Anderes, weil die Lieferung an den Arbeitsort in einem Handwerksbetrieb ebenfalls nicht völlig ungewöhnlich ist. Wäre die Arbeit nicht durch den Kläger vorgenommen worden, hätte die Mutter einen entsprechenden Handwerksbetrieb beauftragen müssen, also die Arbeit nicht im Rahmen ihres Haushaltes erledigen können.

Im Übrigen haben der Kläger und seine Mutter übereinstimmend erklärt, sie habe ihn wie einen Unternehmer beauftragt, die anfallenden Reparatur-, Wartungs- und Pflegearbeiten an ihrem Haus und Grundstück durchzuführen, so auch die Erneuerung der Dachrinne. Daraus dass die Arbeit an einem Donnerstag erfolgte, kann für die Entscheidung zwischen abhängiger Beschäftigung und Unternehmertätigkeit nichts hergeleitet werden.

Auf die Frage, ob ein Versicherungsschutz des Klägers als Wie-Beschäftigter gemäß § 539 Abs 2 iVm Abs 1 Nr 1 RVO wegen der familiären Beziehung zwischen ihm und seiner Mutter ausscheidet (vgl Wiester in: Brackmann, aaO, § 2 RdNr 854 ff), kommt es für die Entscheidung dieses Rechtsstreits angesichts seines Tätigwerdens wie ein Unternehmer nicht an.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.