

## L 3 U 70/11

Land

Hessen

Sozialgericht

Hessisches LSG

Sachgebiet

Unfallversicherung

Abteilung

3

1. Instanz

SG Frankfurt (HES)

Aktenzeichen

S 23 U 73/10

Datum

02.03.2011

2. Instanz

Hessisches LSG

Aktenzeichen

L 3 U 70/11

Datum

26.11.2013

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 2 U 35/14 B

Datum

15.04.2014

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Wer mit seinem eigenen Bau- bzw. Landwirtschaftsfahrzeug (hier: Muldenkipper), welches sonst kein anderer auf der Baustelle bedienen kann, über einen ganzen Tag hinweg unentgeltlich eine von den anderen Arbeiten abgrenzbare (hier: Transport von Schotter) und nicht ungefährliche (hier: Rückwärtsfahren auf einen Hang) Tätigkeit verrichtet, handelt nicht als Wie-Beschäftigter nach [§ 2 SGB VII](#), sondern unternehmerähnlich.

2. Zu den Voraussetzungen des Unfallversicherungsschutzes nach [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#).

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 2. März 2011 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Anerkennung eines Unfalls als Arbeitsunfall.

Der Zeuge Dr. D. erbaute im Jahre 2008 auf seinem Grundstück ein Einfamilienwohnhaus und wollte dort mit Hilfe des Zeugen C. eine Terrasse und einen Spielplatz errichten. Der Zeuge C. sprach den im Jahre 1940 geborenen Kläger an, ob dieser mit seinem Muldenkipper Schotter auf dem Grundstück des Zeugen Dr. D. transportieren könne. Der Kläger erklärte sich dazu bereit. Am 9. April 2009 brachte er seinen Muldenkipper zum Grundstück des Zeugen Dr. D. Am 11. April 2009 traf er sich dort gegen 7 Uhr mit den Zeugen C. und Dr. D. Die Tätigkeit des Klägers bestand darin, mit dem Muldenkipper den vom Zeugen C. mit einem Minibagger aufgeladenen Schotter von einer Stelle vor dem Wohnhaus zu einer anderen Stelle auf dem hinteren Teil des Grundstücks zu verbringen. Auf dem Weg dorthin musste der Kläger mit dem Muldenkipper eine Böschung hochfahren. Der Zeuge C. verteilte, glättete und verdichtete – jeweils nach etwa 5 Fuhren – den vom Kläger abgeladenen Schotter. Der Kläger sollte so lange auf der Baustelle tätig sein, bis der Schotter vollständig transportiert und verteilt war. Gegen 17.30 Uhr fuhr der Kläger rückwärts den Hang hinauf, als der Muldenkipper plötzlich umstürzte und den Kläger darunter einklemmte. Dieser erlitt dadurch unter anderem eine Beckenfraktur und eine Lendenwirbelsäulenfraktur.

Der Kläger beantragte bei der Beklagten, den Unfall als Arbeitsunfall anzuerkennen und ihm (Entschädigungs-)Leistungen zu gewähren. Mit Bescheid vom 18. August 2009 lehnte die Beklagte dies ab, weil die Tätigkeiten des Klägers auf einer persönlichen Beziehung zu den ihm bekannten Bauherren beruhten und damit als unversicherte Gefälligkeitsleistungen zu bewerten seien, sodass der Kläger nicht wie ein Arbeitnehmer im Sinne des [§ 2 Abs. 2](#) Siebtes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Unfallversicherung - (SGB VII) tätig geworden sei. Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 11. März 2010 zurück.

Hiergegen hat der Kläger am 12. April 2010 Klage beim Sozialgericht Frankfurt erhoben und vorgetragen, als Bauhelfer bei einem Eigenbauunternehmen tätig geworden zu sein. Das Sozialgericht hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 2. März 2011 den Zeugen Dr. D. vernommen und den Kläger befragt. Wegen des Inhalts der jeweiligen Aussagen wird auf die Sitzungsniederschrift vom 2. März 2011 verwiesen. Mit Urteil vom 2. März 2011 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Der Kläger sei im Zeitpunkt des Unfalls nicht gemäß [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) versichert gewesen, da seine Tätigkeit nicht als arbeitnehmerähnlich, sondern unternehmerähnlich zu bewerten sei. Dafür spreche insbesondere, dass er die Arbeiten mit seinem eigenen Arbeitsgerät verrichtet habe und außer ihm keiner auf der Baustelle das Fahrzeug habe bedienen können.

Gegen das Urteil des Sozialgerichts hat der Kläger am 30. März 2011 Berufung beim Hessischen Landessozialgericht eingelegt.

Der Kläger ist der Auffassung, der Unfall sei ein Arbeitsunfall. Er sei in den Herstellungsprozess beim Bauherrn eingegliedert gewesen und habe nicht eigenverantwortlich und weisungsfrei gehandelt. Zwar habe der Kläger die Arbeiten mit seinem eigenen Werkzeug verrichtet. Für das Führen des Muldenkippers sei jedoch keine derart hohe Fachkompetenz erforderlich, dass dies nicht auch der Bauherr und insbesondere der Zeuge C. nach kurzer Einarbeitungszeit hätten übernehmen können. Es stehe einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung auch nicht entgegen, dass der Kläger vom Zeugen Dr. D. keine Anweisung darüber erhalten habe, wie der Kipper zu bedienen sei. Entscheidend sei, dass der Zeuge Dr. D. Ort, Zeitdauer und Umfang der Tätigkeit bestimmt habe. Der Kläger sei auch nicht in der Zeiteinteilung frei gewesen, da seine Arbeiten die Anwesenheit anderer Arbeitskräfte vorausgesetzt habe. Der Kläger sei auf die Mitarbeit der Zeugen Dr. D. und C. angewiesen gewesen, die mit Mini-Bagger (bedient durch den Zeugen C.) und Schaufel (bedient durch den Zeugen Dr. D.) gearbeitet hätten. Die Tätigkeit des Klägers habe mithin keinen Werkvertragscharakter gehabt, da er kein bestimmtes (abgeschlossenes) Werk zu verrichten gehabt habe und auch kein Entgelt geschuldet worden sei. Nach Auffassung des Sozialgerichts sei auch ein Baustellenhelfer, der Maurerarbeiten erbringe und hierfür seine Maurerkelle, seinen Maurerhammer und ggf. noch eine transportable Mischmaschine mitbringe, ebenfalls Unternehmer. Der Kläger habe seinen Muldenkipper, den er bis zum Unfalltag zum Transport seines Brennholzes benutzt habe, zudem erst zweimal – einschließlich der streitgegenständlichen Tätigkeit – für Fremdarbeiten benutzt. Er übe deshalb weder planmäßig noch überhaupt ein geeignetes Gewerbe aus und trage kein unternehmerisches Risiko, etwa die Haftung für Schlechtleistung. Er habe für seine Leistung auch – wie vereinbart – keine Vergütung erhalten. Abgesehen von seinem Muldenkipper habe der Kläger lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Der Muldenkipper sei außerdem nicht das einzige und auch nicht das wesentliche Werkzeug gewesen, da für die Arbeiten z. B. auch ein Minibagger und eine Verdichtungsmaschine erforderlich gewesen seien, die der Eigenbauunternehmer gestellt und bezahlt habe und die vom Kläger nicht bedient worden seien. Vor diesem Hintergrund sei die Verwendung des eigenen Werkzeuges ein völlig untergeordnetes Kriterium für die Frage, ob eine arbeitnehmerähnliche oder eine unternehmerähnliche Tätigkeit vorliege.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 2. März 2011 sowie den Bescheid der Beklagten vom 18. August 2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11. März 2010 aufzuheben und festzustellen, dass das Ereignis vom 11. April 2009 ein Arbeitsunfall gewesen ist, hilfsweise, die Revision zuzulassen, hilfsweise, weitere Ermittlungen zu der Frage anzustellen, ob das Wohnobjekt des Dr. D. zum Zeitpunkt des Unfalls förderungsfähig im Sinne des [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) gewesen ist, hilfsweise, der Klägerseite eine Frist zur Stellungnahme zu der in der Sitzung vom 26. November 2013 übergebenen schriftlichen Zeugenerklärung des Dr. D. einzuräumen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Der Senat hat im Erörterungstermin vom 24. Januar 2012 den Zeugen C. vernommen. Wegen des Inhalts der Zeugenaussage wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen. Ferner hat das Gericht eine schriftliche Zeugenaussage von Dr. D. vom 13. November 2013 eingeholt, die im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 26. November 2013 den Beteiligten überreicht wurde und auf die ebenfalls Bezug genommen wird. Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die Beklagtenakte Bezug genommen, deren Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ([§§ 143, 151 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -) ist unbegründet. Das Sozialgericht hat zu Recht die zulässige Anfechtungs- und Feststellungsklage (§ 54 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt., [§ 55 Abs. 1 Nr. 3 SGG](#)) abgewiesen.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf die Feststellung, dass der Unfall vom 11. Mai 2009 ein Arbeitsunfall war. Denn er stand bei der zum Unfall führenden Tätigkeit nicht unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung.

Nach [§ 8 Abs. 1 Satz 1 SGB VII](#) sind Arbeitsunfälle Unfälle, die infolge einer den Versicherungsschutz nach [§§ 2, 3](#) oder [6 SGB VII](#) begründenden Tätigkeit eintreten. Eine versicherte Tätigkeit in diesem Sinne hat der Kläger jedoch am Unfalltag nicht ausgeübt.

Der Kläger war nicht nach (dem gemäß [§ 135 Abs. 5 SGB VII](#) gegenüber [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII](#) vorrangigen) [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) kraft Gesetzes unfallversichert.

Nach dieser Vorschrift sind Personen versichert, die bei der Schaffung öffentlich geförderten Wohnraums im Sinne des Zweiten Wohnbaugesetzes oder im Rahmen der sozialen Wohnraumförderung bei der Schaffung von Wohnraum im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 Wohnraumförderungsgesetz - WoFG - oder entsprechender landesrechtlicher Regelungen im Rahmen der Selbsthilfe tätig sind.

Das Zweite Wohnbaugesetz wurde zum 1. Januar 2002 durch das Wohnraumförderungsgesetz ersetzt, sodass hinsichtlich des Bauvorhabens des Zeugen Dr. D. nur Letzteres als bundesrechtliche Förderungsgrundlage in Betracht kommt. In Hessen konnte Wohnraum aufgrund der bis zum 31. Dezember 2009 anwendbaren Richtlinie des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung über die Förderung von selbstgenutztem Wohneigentum vom 20. August 2004 (StAnz. 2004, 2921, ber. 3225) gefördert werden. Das Hessische Wohnraumförderungsgesetz (HWOFG) vom 13. Dezember 2012 (GVBl. 2012, 600) hat zum 1. Januar 2013 (§ 28 HWOFG) das Wohnraumförderungsgesetz (des Bundes) nach [Art. 125a Abs. 1 Satz 2](#) Grundgesetz ersetzt (§ 27 HWOFG) und findet auch auf Wohnraum Anwendung, der noch nach dem Wohnraumförderungsgesetz gefördert worden ist (§ 26 Abs. 1 HWOFG).

Zwar gehören zur Selbsthilfe im Sinne dieser Vorschriften nicht nur die Arbeitsleistungen des Bauherrn und seiner Angehörigen, sondern auch solche von anderen Personen, sofern sie unentgeltlich oder auf Gegenseitigkeit erbracht werden (vgl. § 12 Abs. 1 WoFG; Schmitt, SGB VII, 4. Aufl. 2009, § 2 Rn. 16), sodass die (unentgeltliche) Tätigkeit des Klägers prinzipiell von [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) erfasst wird.

Die Voraussetzungen des [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) sind aber dennoch nicht erfüllt.

Eine Anerkennung des Wohnhauses des Zeugen Dr. D. als öffentlich geförderten Wohnraum durch einen Bescheid der zuständigen Behörde,

der das Gericht hinsichtlich der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) insoweit grundsätzlich binden würde (vgl. BSG, Urt. v. 11.08.1988, [2 RU 73/87](#), juris, Rn. 22), ist nicht ergangen. Der Zeuge Dr. D. hat eine entsprechende Anfrage durch die Beklagte hinsichtlich einer Förderung durch die Landestreuhandstelle verneint. In seiner schriftlichen Zeugenaussage vom 13. November 2013 zu der Frage, ob sein Wohnhaus öffentlich im Sinne des Wohnraumförderungsgesetzes oder landesrechtlicher Regelungen gefördert wurde, hat er ausgeführt, seines Wissens nach keine staatlichen Förderungen seines Wohnraums erhalten zu haben. Damit steht zur Überzeugung des Senats fest, dass er weder eine Förderung im Sinne des Wohnraumförderungsgesetzes noch aufgrund landesrechtlicher Regelungen erhalten hat.

Die von ihm belegte Förderung seiner Solaranlage durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) und der Kredit der E-bank sind indes keine Wohnraumförderung im Sinne des [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, welche die Rechtsgrundlagen der Förderung ausdrücklich benennt. Auf Bundesebene kann nur eine Förderung nach dem Wohnraumförderungsgesetz den Unfallversicherungsschutz begründen. Weder die Förderung der Solaranlage noch der E Kredit sind indes auf dieser Grundlage ergangen. Zudem sind diese beiden Förderungen unabhängig vom Einkommen des Antragstellers. Dem Zweck der Gewährung von Unfallversicherungsschutz durch [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) würde es aber widersprechen, diesen auch dann zu gewähren, wenn vom Bauherrn die jeweiligen Einkommensgrenzen (vgl. § 9 WoFG) überschritten wurden und er daher nicht mehr wegen geringen Einkommens auf Selbsthilfe bei der Verwirklichung des Bauvorhabens angewiesen war (vgl. für die Eigenheimzulage LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 22.01.2009, [L 31 U 369/08](#), juris, Rn. 26).

Dem Antrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers, ihm eine Frist zur Stellungnahme zu der im Termin übergebenen schriftlichen Zeugenerklärung des Zeugen Dr. D. einzuräumen, war nicht zu nachzukommen. Der Prozessbevollmächtigte hatte im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausreichend Zeit, sich zu der schriftlichen Zeugenaussage zu äußern. Sie bestand lediglich aus der Mitteilung, eine Förderung der Solaranlage zur Nutzwassererwärmung über die BAFA in Höhe von 410 EUR sowie einen Kredit über das E Programm Ökologisches Bauen in Höhe von 48.000 EUR erhalten zu haben, wobei weitere staatliche Förderungen nicht beantragt und nicht erteilt worden seien. Eine Stellungnahme zu diesem sehr einfachen und begrenzten Sachverhalt wäre dem Prozessbevollmächtigten im Rahmen der Sitzung möglich gewesen, zumal die Sitzung im Anschluss an die Verteilung der Zeugenaussage für zehn Minuten unterbrochen wurde und der Prozessbevollmächtigte durch die Mitteilung der Beweisfrage an den Zeugen Dr. D. bereits im Vorfeld der mündlichen Verhandlung Kenntnis von dem Beweisthema hatte. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hatte damit objektiv ausreichend Zeit, eine sachlich fundierte Äußerung in der mündlichen Verhandlung zu erbringen (vgl. Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl. 2012, § 62 Rn. 10). Damit hat das Gericht hinreichend rechtliches Gehör ([§ 62 SGG](#)) gewährt.

Auch materiell-rechtlich liegt ein öffentlich geförderter Wohnraum im Sinne des [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) nicht vor. Denn das Einfamilienhaus des Zeugen Dr. D. ist nicht entsprechend förderungsfähig.

Zwar steht es dem Unfallversicherungsschutz nach [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) nicht entgegen, dass zum Unfallzeitpunkt kein Antrag auf Förderung gestellt worden war und offenbar (noch) nicht die Absicht des Bauherrn bestand, eine entsprechende Förderung zu beantragen (vgl. für § 82 des Zweiten Wohnbaugesetzes BSG, Urt. v. 11.08.1988, [2 RU 73/87](#), juris, Rn. 24 ff.).

Ob der Zeuge Dr. D. allerdings nie die Absicht gehabt hat, die Anerkennung seines Vorhabens nach dem Wohnraumförderungsgesetz zu beantragen, sodass auch kein sozialer Wohnungsbau entstehen konnte, der durch beitragsfreien Unfallversicherungsschutz unterstützt werde könnte (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 22.01.2009, [L 31 U 369/08](#), juris, Rn. 23), musste der Senat nicht ermitteln. Ebenfalls offen konnte bleiben, ob der Zeuge Dr. D. die Einkommensgrenzen nach § 9 Abs. 3 WoFG i. V. m. § 1 Abs. 2 der (Hessischen) Verordnung zur Durchführung des Wohnraumförderungsgesetzes vom 19. März 2003 (28.000 EUR für einen Zweipersonenhaushalt zuzüglich 7.150 EUR für jedes Kind) überschreitet.

Denn der Zeuge Dr. D. erfüllt bereits aus anderen Gründen nicht die Voraussetzungen für eine Förderung nach dem Wohnraumförderungsgesetz und der Richtlinie des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung über die Förderung von selbstgenutztem Wohneigentum vom 20. August 2004. Denn sein Wohnhaus überschreitet die maßgebliche förderungsrechtliche Wohnflächengrenze. Auch die Wohnflächengrenzen für eine Förderung nach dem Wohnraumförderungsgesetz werden durch die jeweiligen Landesbehörden festgesetzt (§ 19 Satz 2 und 3 WoFG). Nach Nr. 3.1 Satz 1 der hier anwendbaren Richtlinie des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung über die Förderung von selbstgenutztem Wohneigentum vom 20. August 2004 (StAnz. 2004, 2921, ber. 3225) beträgt - ebenso wie in der Richtlinie vom 13. Januar 2010 "Soziale Wohnraumförderung; hier: Förderung von selbstgenutztem Wohneigentum - Neubau -" (StAnz. 2010, 173) - die Wohnflächengrenze für ein Gebäude mit nur einer Wohnung 150 Quadratmeter. Das Einfamilienhaus des Zeugen Dr. D. überschreitet diese Grenze nach Überzeugung des Senats. Denn nach der (nicht bestrittenen) Erklärung des Zeugen Dr. D. vom 18. April 2009 beträgt der umbaute Raum seines Wohnhauses etwa 999 Kubikmeter bei einer Größe von 11,88 m Länge und 8,14 m Breite. Nach dem (ebenfalls nicht bestrittenen) Ermittlungsbericht der Beklagten vom 21. April 2009 ist das Haus voll unterkellert und das Dachgeschoss dem Wohnbereich zuzuordnen. Es unterliegt damit aus Sicht des Senats keinem Zweifel, dass die Gesamtwohnfläche im Sinne der (gemäß Nr. 3.1 Satz 2 der Richtlinie des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung über die Förderung von selbstgenutztem Wohneigentum vom 20. August 2004 anwendbaren) Wohnflächenverordnung (vom 25. November 2003, [BGBl. I S. 2346](#) WoFIV - ) 150 Quadratmeter übersteigt, zumal auch die Terrasse zur Wohnfläche gehört (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 WoFIV). Eine Zulassung der Überschreitung der Wohnflächengrenze nach Nr. 3.2 der Richtlinie durch eine Ermessensentscheidung des Kreisausschusses des Main-Kinzig-Kreises (Nr. 7.1 und 7.3 der Richtlinie) liegt nicht vor.

Dem im Rahmen der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag des Prozessbevollmächtigten des Klägers, weitere Ermittlungen zu der Frage einzuholen, ob das Wohnobjekt des Zeugen Dr. D. zum Zeitpunkt des Unfalls förderungsfähig im Sinne des [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) war, hatte der Senat mithin nicht zu entsprechen. Denn es steht bereits fest, dass das Wohnhaus nicht entsprechend förderungsfähig war. Es handelt sich bei diesem Antrag zudem nicht um einen prozessordnungsgemäßen Beweisantrag, da weder erkennbar ist, welche weitere Sachaufklärung zu genau bezeichneten Tatsachen für notwendig gehalten wird noch Beweismittel benannt werden (vgl. Meyer-Ladewig, in: ders./Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl. 2012, § 160 Rn. 18d).

Ob die Erstellung der Terrasse und des Spielplatzes überhaupt noch untrennbar als bauliche Ergänzung oder Vollendung des Wohnhauses mit der Schaffung von Wohnraum verbunden und damit eine prinzipiell versicherte Tätigkeit im Sinne des [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) ist (vgl.

BSG, Urt. v. 17.03.1992, [2 RU 27/91](#), juris, Rn. 17; Schwerdtfeger, in: Lauterbach, SGB VII, § 2 Rn. 581, Stand: August 2009), kann damit ebenso offen bleiben.

Ebenfalls dahinstehen kann, ob der Wert der durch Selbsthilfe gegenüber den üblichen Unternehmerkosten ersparte Betrag weniger als 1,5% der Gesamtkosten abgedeckt hat und bereits deshalb ein Versicherungsschutz nach [§ 2 Abs. 1 Nr. 16 SGB VII](#) ausscheidet (für § 539 Abs. 1 Nr. 15 Reichsversicherungsordnung - RVO - BSG, Urt. v. 11.08.1988, [2 RU 73/87](#), juris, Rn. 29). In seiner Erklärung vom 14. Oktober 2008 hat der Zeuge Dr. D. allerdings noch gegenüber der Beklagten angegeben, dass der Wert der ausgeübten bzw. geplanten Eigenbauarbeiten nicht mindestens 1,5 % der gesamten Herstellungskosten des Vorhabens beträgt.

Der Kläger war auch nicht nach [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII](#) als Beschäftigter unfallversichert. Denn ein Beschäftigungsverhältnis, also eine nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch - SGB IV -), bestand weder zum Zeugen Dr. D. noch zum Zeugen C.

Ein Unfallversicherungsschutz ergibt sich für den Kläger auch nicht aus [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#).

Nach [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) sind auch Personen unfallversichert, die wie nach Abs. 1 Nr. 1 Versicherte tätig werden (sog. Wie-Beschäftigte). Der Versicherungsschutz nach [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) erfordert eine ernsthafte, einem fremden Unternehmen zu dienen bestimmte und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entsprechende Tätigkeit, die ihrer Art nach sonst von Personen verrichtet werden könnte und in der Regel verrichtet wird, die in einem fremden Unternehmen dafür eingestellt sind (BSG, Urt. v. 27.03.2012, [B 2 U 5/11 R](#), juris, Rn. 56). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

Zwar hat der Kläger eine Leistung von wirtschaftlichem Wert verrichtet, welche dem Unternehmen (vgl. [§§ 121, 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII](#)) des Zeugen Dr. D. zu dienen bestimmt war und auch dessen Willen entsprach.

Eine Ablehnung des Versicherungsschutzes aus [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) kann auch nicht – wie die Beklagte allerdings im Vorverfahren meinte – damit begründet werden, dass die Tätigkeit des Klägers als unversicherte Gefälligkeitsleistung aus freundschaftlicher Verbundenheit zu dem Zeugen Dr. D. anzusehen wäre (vgl. hierzu LSG Hessen, Urt. v. 28.06.2011, [L 3 U 134/09](#), juris, Rn. 19 m. w. N.). Denn der Kläger und der Zeuge Dr. D. kannten sich vor dem Unfallereignis kaum. Dies steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der Aussagen des Klägers und des Zeugen Dr. D. im Termin vor dem Sozialgericht Frankfurt am Main am 2. März 2011 fest.

Der Kläger ist jedoch nicht arbeitnehmerähnlich, sondern unternehmerähnlich tätig geworden.

Für die Abgrenzung der Arbeitnehmerähnlichkeit und der Unternehmerähnlichkeit kommt es auf das Gesamtbild der Tätigkeit an (vgl. LSG Hessen, Urt. v. 28.06.2011, [L 3 U 134/09](#), juris, Rn. 19). Auszugehen ist – mit gewissen Abstrichen – von der Abgrenzung zwischen Beschäftigtem und Unternehmer, wobei eine Tätigkeit als Wie-Beschäftigter nicht alle Merkmale eines Beschäftigtenverhältnisses im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) und eine unternehmerähnliche Tätigkeit nicht alle Merkmale eines Unternehmers erfüllen muss (LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.02.2011, [L 4 U 164/12](#), juris, Rn. 26; vgl. für § 539 Abs. 2 RVO BSG, Urt. v. 31.05.2005, [B 2 U 35/04 R](#), juris, Rn. 17).

Während das Hauptmerkmal einer Beschäftigung die persönliche Abhängigkeit ist, welche wiederum insbesondere durch die Tätigkeit nach Weisung und die Eingliederung in den Betrieb gekennzeichnet wird ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)), ist eine unternehmerische (selbstständige) Tätigkeit durch die Selbstbestimmtheit, insbesondere die freie Verfügung über die eigene Arbeitskraft, das Tragen des Unternehmensrisikos sowie eine eigene Betriebsstätte und eigene Betriebsmittel geprägt (vgl. BSG, Urt. v. 31.05.2005, [B 2 U 35/04 R](#), juris, Rn. 15).

Eine persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit des Tätigen vom Unternehmer ist jedoch keine notwendige Voraussetzung für eine Wie-Beschäftigung (BSG, Urt. v. 31.05.2005, [B 2 U 35/04](#), juris, Rn. 17; Krasney, NZS 1999, 577, 578), weil bei deren Vorliegen in der Regel bereits von einer Beschäftigung im Sinne des [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII](#) auszugehen ist (in diesem Sinne Niedermeyer, NZS 2010, 312, 313). Der Anwendungsbereich des [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) ist eher durch das Fehlen von wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit und einer Eingliederung in den Betrieb des Unternehmers gekennzeichnet (Ricke, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, [§ 2 SGB VII](#) Rn. 108, Stand: Dezember 2012). [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) will Versicherungsschutz auch in den Fällen gewähren, in denen selbst bei vorübergehenden Tätigkeiten die Grundstruktur eines Beschäftigungsverhältnisses vorliegt (LSG Hessen, Urt. v. 28.06.2011, [L 3 U 134/09](#), juris, Rn. 19). Die Verrichtung muss unter solchen Umständen geleistet werden, dass sie ihrer Art nach den Umständen der Tätigkeit aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ähnelt. Diese Einschränkung ist notwendig, weil [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) keine wirtschaftliche oder persönliche Abhängigkeit vom Unternehmer voraussetzt (vgl. Bieresborn, in: juris Praxiskommentar zum SGB VII, § 2 Rn. 262 m. w. N., Stand: 21.05.2013).

Unter Anwendung dieser Maßstäbe hat der Kläger keine arbeitnehmerähnliche, sondern eine unternehmerähnliche Tätigkeit verrichtet.

Zwar ist es unschädlich für die Annahme einer Wie-Beschäftigung, dass der Kläger offenbar aus Hilfsbereitschaft in Erwartung von Gegenseitigkeit gehandelt hat (vgl. Ricke, in: Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, [§ 2 SGB VII](#) Rn. 103, Stand: Dezember 2012). Indes überwiegen die Merkmale einer unternehmerähnlichen Tätigkeit deutlich.

Gewichtiges Indiz für eine unternehmerähnliche Tätigkeit ist der Umstand, dass der Kläger Eigentümer des zum Transportieren des Schotters benutzten Muldenkippers war. Die selbstständige Beschaffung der erforderlichen Arbeitsmittel bzw. das Eigentum hieran spricht für eine unternehmerische Tätigkeit (BSG, Urt. v. 31.05.2005, [B 2 U 35/04 R](#), juris, Rn. 18; LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.02.2011, [L 4 U 164/12](#), juris, Rn. 28), wenn auch hieraus allein noch nicht zwingend auf eine solche geschlossen werden kann (vgl. LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 20.03.2013, [L 8 U 27/11](#), juris, Rn. 32). Einem Arbeitnehmer in abhängiger Beschäftigung wird in der Regel das notwendige Werkzeug gestellt (LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.02.2012, [L 2 U 223/05](#), juris, Rn. 28). Bei dem Muldenkipper handelt es sich zudem nicht um ein geringwertiges Arbeitsmittel, das auch ein Handwerker üblicherweise in seinem Eigentum hat, wie z. B. Hammer, Kelle oder Zange. Ein Muldenkipper ist, ähnlich wie der ebenfalls am Unfalltag zum Einsatz gekommene Minibagger, ein spezielles und hochwertiges (Bau- bzw. Landwirtschafts-)Fahrzeug, welches ein Beschäftigter in der Regel nicht in eine abhängige Beschäftigung einbringt.

Der Kläger hat zudem seine Tätigkeit – jedenfalls ganz überwiegend – nicht nach Weisung unternommen. Nur er allein konnte den Muldenkipper bedienen. Weder der Zeuge Dr. D. noch der Zeuge C. hatten entsprechende Sachkunde. Dies ergibt sich aus der Aussage des Zeugen Dr. D. im Termin vor dem Sozialgericht am 2. März 2011 sowie der Aussage des Zeugen C. im Erörterungstermin des erkennenden Senats am 24. Januar 2012. Beide Zeugen konnten dem Kläger deshalb insofern keine Weisungen hinsichtlich der Art der Tätigkeit erteilen. Auch dies spricht gegen eine Wie-Beschäftigung des Klägers. Denn die fehlende Weisungsabhängigkeit und die alleinige Sachkunde sprechen für eine unternehmerähnliche Tätigkeit (LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.02.2011, [L 4 U 164/12](#), juris, Rn. 28). Der Umstand, dass der Zeuge Dr. D. den Ort bestimmte, an dem der Schotter abgeladen wurde, ändert daran nichts. Denn nur er als der Bauherr hatte darüber zu entscheiden, wo die Terrasse und der Spielplatz errichtet werden sollten. Auch im Rahmen eines Werkvertrages mit einem selbstständigen Unternehmer trifft der Auftraggeber die Entscheidung, wo ein von ihm gewünschtes Bauvorhaben errichtet werden soll. Ebenfalls nicht für das Vorliegen eines Weisungsrechts des Zeugen Dr. D. spricht, dass der Kläger nicht den Termin festgelegt hat, an dem die Arbeiten verrichtet wurden. Der Termin am 11. April 2009 wurde offenbar nicht einseitig von Dr. D. vorgegeben, sondern – über den Zeugen C. – mit dem Kläger vereinbart. Der Kläger war dem Terminvorschlag nicht unterworfen. Es widerspräche auch einer lebensnahen Betrachtung, bei einer unentgeltlichen Tätigkeit über einen ganzen Arbeitstag hinweg einschließlich der Zurverfügungstellung eines Baufahrzeuges eine Weisungsunterworfenheit anzunehmen. Der Zeuge Dr. D. hat auch nicht die Dauer der Tätigkeit des Klägers bestimmt. Diese hing vielmehr von dem Zeitpunkt der Beendigung der Arbeiten ab, wie der Kläger zur Überzeugung des Senats im Termin am 2. März 2011 vor dem Sozialgericht dargelegt hat. Auch dies ist typisch für eine selbstständige Tätigkeit.

Dass der Kläger für seine Tätigkeit kein Entgelt erhielt, steht einer unternehmerähnlichen Tätigkeit nicht entgegen, da der Unternehmerbegriff keinen Geschäftsbetrieb oder eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit verlangt (vgl. LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 23.02.2011, [L 4 U 164/12](#), juris, 28). Die fehlende Entlohnung spricht sogar eher für eine unternehmerähnliche Tätigkeit. Während in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis die Entlohnung die Hauptleistung des Arbeitgebers ist, auf die freiwillig grundsätzlich nicht verzichtet wird, ist es bei der Leistung eines Unternehmers weniger atypisch, diese im Einzelfall auch mal ohne konkrete Gegenleistung in Geld zu erbringen, wenn sich der Unternehmer hiervon andere Vorteile (wie z. B. den Aufbau einer dauerhaften Geschäftsbeziehung) verspricht (LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.02.2012, [L 2 U 223/05](#), juris, Rn. 30; a. A. offenbar LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 20.03.2013, [L 8 U 27/11](#), juris, Rn. 31).

Für eine unternehmerähnliche Tätigkeit spricht auch, dass die Arbeiten des Klägers eher Werkvertragscharakter als Dienstvertragscharakter hatten (vgl. LSG Bayern, Urt. v. 11.12.2007, [L 3 U 299/06](#), juris, Rn. 26; Keller, NZS 2001, 188, 192 f.). Der Kläger sollte nicht nur seine Arbeitskraft zur Verfügung stellen, sondern den Schotter von einer Stelle zu einer anderen befördern und damit einen gewissen Arbeitserfolg erzielen. Daher war mit dem Kläger auch keine Arbeitszeit vereinbart, sondern die Dauer der Tätigkeit an dem Abschluss der Arbeiten orientiert worden. Dass die Tätigkeit des Klägers kein eigenständiges Gewerk etwa im Sinne des Standardleistungsbuches für das Bauwesen (siehe z. B. Weizenhöfer/Burk, Das Baustellenhandbuch, 2002, S. 47 ff.) darstellte, ist dabei ohne Bedeutung. Denn maßgeblich ist, dass sich seine Tätigkeit eindeutig von der des Zeugen C. abgrenzen lässt. Der Transport des Schotters war nicht die gemeinsame Verrichtung des Zeugen C. und des Klägers, sondern ausschließlich die des Klägers. Der Zeuge C. hat den Schotter lediglich auf den Muldenkipper aufgeladen und den abgeladenen Schotter verteilt, nivelliert und verdichtet. Der Kläger konnte also für seinen Arbeitserfolg alleine geradestehen (vgl. dazu LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 20.03.2013, [L 8 U 27/11](#), juris, Rn. 30). Dass der Kläger (jeweils nach etwa fünf Fuhren) erst dann weiteren Schotter abladen konnte, wenn der Zeuge C. seine Verteil- und Verdichtungsarbeiten abgeschlossen hatte, führt nicht zur Annahme einer gemeinsamen Tätigkeit und zur Ablehnung des Werkvertragscharakters. Denn dass im Bauhandwerk und auch im Landschaftsgartenbau nachfolgende Gewerke erst bei Abschluss der vorherigen begonnen werden können, ist keine Ausnahme, sondern der Regelfall.

Für eine unternehmerähnliche Tätigkeit spricht schließlich, dass das Fahren des Muldenkippers angesichts der Steigung im Gelände nicht ohne erhebliche Gefahren war, was sich auch in dem Umkippen des Muldenkippers am Unfalltag zeigte. Denn ein hoher Gefährdungsgrad der verrichteten Tätigkeit spricht eher gegen ein arbeitnehmerähnliches Tätigwerden (LSG Hessen, Urt. v. 28.06.2011, [L 3 U 134/09](#), juris, Rn. 19). Auch der Kläger hat seine Tätigkeit als gefährlich eingestuft. Dies ergibt sich aus der Aussage des Zeugen Dr. D. vor dem Sozialgericht im Termin am 2. März 2011, wonach der Kläger den Kipper selber habe fahren wollen, weil dies sicherer für alle sei.

Der Umstand, dass der Kläger die in Rede stehende Tätigkeit offenbar erst das zweite Mal für andere ausgeübt hat, kann nicht zu einer Einordnung als arbeitnehmerähnlich führen. Zwar setzt ein Unternehmen in der gesetzlichen Unfallversicherung (vgl. [§§ 121 Abs. 1, 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII](#)) eine planmäßige, für eine gewisse Dauer bestimmte Vielzahl von Tätigkeiten voraus, die auf ein einheitliches Ziel gerichtet sind und mit einer gewissen Regelmäßigkeit ausgeübt werden (BSG, Urt. v. 05.03.2002, [B 2 U 8/01 R](#), juris, Rn. 19). Selbst wenn nicht alle diese Voraussetzungen erfüllt sind, kann aber dennoch der Versicherungsschutz nach [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) ausgeschlossen sein, sofern die Verrichtung nach ihrem Gesamtbild nicht arbeitnehmerähnlich, sondern unternehmerähnlich erscheint (Kruschinsky, in: P. Becker u. a. (Hrsg.), SGB VII, § 2 Rn. 838, Stand: März 2007). Dies ist vorliegend der Fall. Ob man eine ausreichende Regelmäßigkeit und Häufigkeit in Bezug auf eine unternehmerähnliche Tätigkeit bereits dann als gegeben ansieht, wenn sich der Handelnde regelmäßig, aber nur einmal im Jahr betätigt (in diesem Sinne Keller, NZS 2001, 188, 192, unter Hinweis auf BSG, Urt. v. 23.04.1987, [2 RU 29/86](#)), kann damit offen bleiben. Allerdings zeigt sich darin, dass der Kläger den Muldenkipper zwei Tage vor dem eigentlichen Arbeitstag auf die Baustelle brachte, ein planvolles Vorgehen, welches für eine unternehmerähnliche Tätigkeit spricht.

Die schweren Verletzungen, die der Kläger erlitten hat, können zu keiner anderen Bewertung führen. [§ 2 Abs. 2 SGB VII](#) will keine allgemeine Volksversicherung und keine Versicherung aus Billigkeitsgründen schaffen (LSG Hessen, Urt. v. 28.06.2011, [L 3 U 134/09](#), juris, Rn. 19, m. w. N.).

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision folgt aus [§ 160 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2014-11-27