

L 10 U 6449/06

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Unfallversicherung
Abteilung
10
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 6 U 894/03
Datum
23.10.2006
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 10 U 6449/06
Datum
25.03.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 23.10.2006 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat dem Kläger seine außergerichtlichen Kosten auch für das Berufungsverfahren zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, wer zuständiger Versicherungsträger für den Unfall des Klägers vom 05.09.2000 ist.

Der am 1979 geborene Kläger b. Staatsangehörigkeit stürzte am 05.09.2000 bei der Durchführung von Zimmererarbeiten an einem Fabrikhallenanbau der Firma G. aus einer Höhe von ca. vier Metern vom Dach und zog sich dabei ein offenes Schädelhirntrauma sowie eine LWK 1 und 5 Kompressionsfraktur zu (Durchgangsarztbericht des Dr. S. , Universitätsklinikum T.). Eine Versicherung im Herkunftsland G. bestand für den Kläger im Zeitpunkt des Unfalles nicht. Er war nur bis zum 11.08.2000 im b. Sozialversicherungssystem versichert.

Mit der Errichtung des Fabrikhallenbaus hatte die Firma G. den Beigeladenen zu 1. als Inhaber eines Zimmereiunternehmens beauftragt. Der Beigeladene zu 1. beschäftigt in seinem Zimmereiunternehmen einen Zimmergesellen. Zur Durchführung der Arbeiten an dem Fabrikhallenanbau wurden zusätzlich e. Arbeiter, u.a. auch der Kläger, eingesetzt. Der Einsatz dieser Bauarbeiter wurde durch die Firma A. Bauleistungen GmbH, K. (Firma A.), mit welcher der Beigeladene zu 1. einen "Bauwerkvertrag" abgeschlossen hatte, veranlasst. Die Firma A. war ab 30.06.2000 unter Angabe des D. K. als Geschäftsführer mit der Bezeichnung einer Hochbau-Bauberatung sowie der Ausführung von Bauleistungen im Hochbaubereich in das Handelsregister des Amtsgerichts K. eingetragen und wurde am 13.05.2002 von Amts wegen auf Grund von Vermögenslosigkeit gelöscht. Vom 30.06.2000 bis 26.09.2000 war die Firma A. im Gewerbelleregister der Stadt K. mit dem Tätigkeitsbereich der Hochbauberatung sowie der Ausführung von Bauleistungen im Hochbaubereich angemeldet.

Im März 2002 wandte sich der Kläger an die Württembergische Bau-Berufsgenossenschaft und machte geltend, er sei von einer h. Vermittlung direkt an den Beigeladenen zu 1. vermittelt worden und habe sowohl seinen Lohn als auch seine Arbeitsanweisungen direkt von dem Beigeladenen zu 1. erhalten. Demnach handele es sich bei dem Ereignis vom 05.09.2000 um einen Arbeitsunfall und die zuständige Berufsgenossenschaft sei für die Kosten zuständig.

Der im Rahmen der daraufhin von der Württembergischen Bau-Berufsgenossenschaft eingeleiteten Ermittlungen angeschriebene Beigeladene zu 1. gab an, die Firma A. habe auf Grund des Bauwerkvertrages die erbrachten Leistungen in Rechnung gestellt und die e. Arbeitnehmer durch Außendienstmitarbeiter entlohnt. In dem von dem Beigeladenen zu 1. (im Vertrag als Auftraggeber, abgekürzt AG bezeichnet) und der Firma A. (im Vertrag als Auftragnehmer, abgekürzt AN bezeichnet) vorgelegten, undatierten Bauwerkvertrag ist unter § 1 als Vertragsgegenstand bezeichnet: "Der AG beauftragt den AN mit der Herstellung und Errichtung diverser Bauvorhaben bzw. Teilen von Bauvorhaben im Raum O ... Inhalt und Umfang der vom AN zu erbringenden Leistungen bestimmen sich nach den in § 2 näher bezeichneten Vertragsgrundlagen." Unter § 3 ist zur Vergütung ausgeführt: "Für die Durchführung sämtlicher Leistungen nach diesem Vertrag vereinbaren die Parteien einen Einheitspreis nach den vereinbarten Berechnungsmaßstäben. Die Einheitspreise sind Festpreise. In ihnen sind alle Leistungen und Nebenleistungen enthalten und abgegolten ..." Angaben zur Höhe des Einheitspreises oder der vereinbarten Berechnungsmaßstäbe finden sich nicht. Hinsichtlich der Abrechnung und Zahlung ist in § 4 aufgeführt, dass auf die Gesamtvergütung wöchentliche Abschlagszahlungen nach Aufmaß, in bar oder mit Barscheck erfolgen. In § 6 ist zu Art, Ablauf und Einteilung der Arbeiten geregelt dass "der AN" durch seine Repräsentanten vor Ort eigenständig Art, Ablauf und Einteilung der Arbeiten auf der Baustelle bestimmt und der "AG" gegenüber Erfüllungsgehilfen keinerlei Weisungsbefugnis hat. Zur weiteren Feststellung des Inhalts dieses Vertrages wird auf die in den Verwaltungsakten der Beklagten enthaltene Kopie Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 18.07.2002 teilte die Württembergische Bau-Berufsgenossenschaft dem Kläger mit, dass ein Versicherungsschutz bei ihr nicht bestanden habe und sie die Angelegenheit als erledigt betrachte. Ein von dem Kläger an die Württembergische Bau-Berufsgenossenschaft zur Kenntnis übersandtes Schreiben an das Bundesversicherungsamt vom 01.08.2002 mit dem Zusatz, dass er die Angelegenheit keinesfalls als erledigt betrachte, wertete die Württembergische Bau-Berufsgenossenschaft als Widerspruch. Beigefügt war dem klägerischen Schreiben u.a. die Beschuldigten-Vernehmung des Beigeladenen zu 1. durch den Polizeiposten M. wegen des Vorwurfs der fahrlässigen Körperverletzung zum Nachteil des Klägers. Danach gab der Beigeladene zu 1. bei seiner Vernehmung an, er habe mit seinem Mitarbeiter die Binderkonstruktion des Fabrikhallenanbaus erstellt und die weiteren Arbeiten an das Subunternehmen "A. -T. " mit Sitz in K. vergeben, von dem er drei Zimmerleute aus E. bekommen habe. Er habe die Arbeiter, mit denen er sich in englischer Sprache habe verständigen können, damit beauftragt, die Dachlatten und Unterspannbahnen anzubringen. Im weiteren Verlauf der Vernehmung bezeichnete der Beigeladene zu 1. die e. Arbeiter auch als "Leiharbeiter" bzw. "Fremdarbeiter". Im Widerspruchsverfahren legte der Kläger außerdem eine eidesstattliche Versicherung des P. M. vor, in welcher dieser angab, er habe Anfang Juni 2000 bei dem Beigeladenen zu 1. angefangen. Dies sei durch eine n. Vermittlungsfirma arrangiert worden, deren Namen er nicht wisse. Sein Lohn sei am Ende jeder Woche in bar von dem Beigeladenen zu 1. ausgezahlt worden. Er glaube, dass der Kläger die Arbeit bei dem Beigeladenen zu 1. von der selben Vermittlungsfirma in H. erhalten habe. Der Beigeladene zu 1. legte ein Telefax der Firma A. vom 04.09.2000 mit dem Betreff "Erlaubnis zur Verl.Arbeitsnehmern" vor. Darin wird auf ein Schreiben des Beigeladenen zu 1. vom 04.09.2000 Bezug genommen und ausgeführt, dass es sich bei der Firma A. um keine Zeitarbeitsfirma handele, die Arbeiter verleihe, sondern um ein Bauunternehmen, das einen kompletten Bau oder Bauabschnitt übernehme.

Mit Widerspruchsbescheid vom 24.01.2003 wies die Württembergische Bau-Berufsgenossenschaft den Widerspruch zurück und führte zur Begründung aus, der Kläger sei zum Unfallzeitpunkt entsandter Leiharbeiter einer h. Arbeitsvermittlungsagentur gewesen. Es liege ein Fall der Einstrahlung nach [§ 5](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) vor. Zum Zeitpunkt des Unfalles habe kein Beschäftigungsverhältnis innerhalb des Geltungsbereichs des Sozialgesetzbuches bestanden, weshalb ein Arbeitsunfall nicht vorliege.

Der Kläger hat am 20.02.2003 Klage zum Sozialgericht Stuttgart erhoben und geltend gemacht, er sei von einer h. Vermittlung direkt auf die Baustelle des Beigeladenen zu 1. vermittelt worden, habe von diesem seine Arbeitsanweisungen, Arbeitsmaterialien und den Lohn direkt erhalten. Weder er noch der von ihm benannte Zeuge M. hätten jemals etwas mit der Firma A. zu tun gehabt. Eine selbstständige Tätigkeit sei bereits durch die Aussage des Beigeladenen zu 1. bei seiner Beschuldigtenvernehmung ausgeschlossen. Bei dem Vertrag zwischen dem Beigeladenen zu 1. und der Firma A. handele es sich nicht um einen Bauwerkvertrag. Nach den im erstinstanzlichen Verfahren beigezogenen Ermittlungsakten der Staatsanwaltschaft O. und der Hauptzollämter D. und K. handele es sich bei der Firma A. um eine Briefkastenfirma, die weder über die Arbeitsmittel, noch über das Personal verfüge, um die Vielzahl der von ihr angebotenen Bauleistungen selbstständig durchzuführen. Die Firma A. habe illegal Arbeitnehmer überlassen und dies durch den Abschluss von Bauwerkverträgen getarnt. Die Ermittlungsakten hätten ebenfalls ergeben, dass das Firmengeflecht größtenteils von H. aus gesteuert worden sei und mit h. Vermittlern gearbeitet habe. Der Kläger habe daher entweder direkt in einem Arbeitsverhältnis mit dem Beigeladenen zu 1. gestanden oder ein solches werde auf Grund der Fiktion des § 10 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) unterstellt.

Die Württembergische Bau-Berufsgenossenschaft hat geltend gemacht, zwischen dem Beigeladenen zu 1. und der Firma A. sei ein Werkvertrag geschlossen worden. Eine Arbeitnehmerüberlassung liege nicht vor.

Die vom Sozialgericht zunächst beigeladen gewesene Bau-Berufsgenossenschaft R. und W. hat ausgeführt, für die Existenz der Firma A. als Bauunternehmen gebe es keine Belege; vielmehr handele es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung, wofür die Beigeladene zu 2. zuständiger Unfallversicherungsträger sei. Da die Firma A. nicht über eine Erlaubnis nach [§ 1 AÜG](#) verfüge, bedeute dies im Ergebnis, dass der Kläger als Arbeitnehmer des Beigeladenen zu 1. anzusehen sei.

Nachdem die Bau-Berufsgenossenschaften zum 01.05.2005 auf Bundesebene fusioniert hatten, hat die nunmehr sowohl für den Bereich der ehemaligen Württembergischen Bau-Berufsgenossenschaft als auch der ehemaligen Bau-Berufsgenossenschaft R. und W. zuständige Beklagte geltend gemacht, es sei von einer Selbstständigkeit des Klägers auszugehen.

Der Beigeladene zu 1. hat geltend gemacht, auf Grund des mit der Firma A. abgeschlossenen Bauwerkvertrags habe das Weisungsrecht ausschließlich auf Seiten der Firma A. gelegen, diese habe auch das Unternehmerrisiko getragen. Er habe keinerlei Einfluss darauf gehabt, mit wie vielen Leuten die Firma A. die von ihr übernommenen Arbeiten bewerkstelligt habe. Auch den Zeitpunkt der Aufnahme der Arbeiten habe die Firma A. eigenmächtig um eine Woche verschoben. Sämtliche Arbeiter der Firma A. hätten die notwendigen Arbeitsmittel bestehend aus Gürtel mit Nageltasche, Arbeitskleidung, Sicherheitsschuhe, Handsägen, Teppichmesser, Hammer etc. selbst mitgebracht. Auch habe er den e. Arbeitern den Lohn lediglich in ein oder zwei Ausnahmefällen, in denen der Mitarbeiter der Firma A. verhindert gewesen sei, gefälligkeitsmäßig ausgezahlt. Von einer h. Vermittlungsagentur habe er keine Kenntnis. Eine Arbeitnehmerüberlassung habe nicht stattgefunden. Soweit auf seine Bezeichnung der e. Arbeiter in der Beschuldigtenvernehmung als "Fremdarbeiter" bzw. "Leiharbeiter" abgehoben werde, sei er diesbezüglich nicht rechtskundig. Der Beigeladene zu 1. hat ergänzend Rechnungen der Firma A. Bauleistungen GmbH und ein "Kontenblatt" vorgelegt, in dem, geordnet nach Kalenderwochen die Gesamtrechnungsbeträge der Firma A. und die darauf zu entrichtende Mehrwertsteuer und sodann die Beträge getrennt nach den Rubriken "RG-Gesamt", "Ausz. AN" und "Restf. A. " ausgewiesen werden.

Das Sozialgericht hat mit Urteil vom 23.10.2006 unter Aufhebung des Bescheides vom 18.07.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24.01.2003 festgestellt, dass die Beklagte für den Unfall des Klägers vom 05.09.2000 zuständiger Versicherungsträger sei. Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt, nach [§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#) sei ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 1. als Entleiher und dem Kläger als Leiharbeitnehmer im Wege gesetzlicher Fiktion zu Grunde zu legen, da der Vertrag zwischen der als Verleiher anzusehenden Firma A. und dem Kläger nach [§ 9 Nr. 1 AÜG](#) unwirksam sei. Bei lebensnaher Betrachtung seien entgegen der Ansicht der Beklagten keine sachlichen Anknüpfungspunkte dafür feststellbar, dass der Kläger in einer weisungsunabhängigen, selbst bestimmten Weise bei Tragung eigenen Kostenrisikos etwa als Selbstständiger (Sub-)Unternehmer zum Unfallzeitpunkt tätig gewesen wäre. Daher sei die Beklagte als der für das Unternehmen des Beigeladenen zu 1. zuständige Versicherungsträger zum Unfallzeitpunkt zuständig gewesen.

Gegen das ihr am 28.11.2006 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 22.12.2006 Berufung eingelegt. Sie macht geltend, es sei nicht nachvollziehbar, dass das Sozialgericht von einem Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Firma A. ausgehe, wenn der Kläger selbst vortrage, von dieser Firma nie etwas gehört zu haben. Auf Grund der Aussage des Klägers und des Zeugen M. sei davon auszugehen, dass die Firma A. den Kläger und weitere E. über eine h. Vermittlungsagentur als ihre Subunternehmer im Rahmen des Bauwerkvertrages mit den Beigeladenen zu 1. eingesetzt habe. Für eine Selbstständigkeit des Klägers spreche, dass sämtliche E. die notwendigen Arbeitsmittel mitgebracht hätten, außerdem sei der Beigeladene zu 1. gegenüber dem Kläger nicht weisungsbefugt gewesen und habe keine Direktionsrecht in Bezug auf Art, Zeit und Ort der Arbeitsleistung gehabt. Auch die wöchentliche Vergütung des Klägers spreche nicht gegen seine Selbstständigkeit. Eine Abschlagszahlung sei bei einem Werkvertrag durchaus üblich.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgericht Stuttgart vom 23.10.2006 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Beigeladene zu 1. schließt sich den Ausführungen der Beklagten an und beantragt,

das Urteil des Sozialgericht Stuttgart vom 23.10.2006 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Beigeladene zu 2. stellt keinen Antrag.

Der Kläger und die Beigeladene zu 2. halten das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend. Ergänzend hat der Kläger ausgeführt, die Argumentation der Beklagten, er könne nicht Arbeitnehmer der Firma A. sein, wohl aber deren Subunternehmer, sei nicht logisch. Im Übrigen setze die Argumentation der Beklagten voraus, dass ein wirksamer Bauleistungsvertrag zwischen dem Beigeladenen zu 1. und der Firma A. abgeschlossen worden sei, was ebenfalls nicht zutreffend sei. Er sei auch nicht selbstständig tätig gewesen, keines der Kriterien des Spitzenverbandes der Sozialversicherungsträger für eine selbstständige Tätigkeit würde bei ihm vorliegen.

Die Beteiligten haben auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Beteiligtenvorbringens wird auf die Prozessakten erster und zweiter Instanz und die vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den [§§ 143, 144, 151](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulässige Berufung, über die der Senat auf Grund des Einverständnisses der Beteiligten nach [§ 124 Abs. 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist unbegründet. Das Sozialgericht hat zutreffend entschieden, dass die Beklagte zuständiger Versicherungsträger ist.

Nach [§ 133 Abs. 1](#) des Siebten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VII) bestimmt sich die Zuständigkeit des Unfallversicherungsträgers, soweit keine abweichenden Regelungen getroffen sind, nach der Zuständigkeit für das Unternehmen, für das die Versicherten tätig sind oder zu dem sie in einer besonderen, die Versicherung begründenden Beziehung stehen. Die Beklagte ist zuständig für Unternehmen der Bauwirtschaft. Da der Kläger im Zeitpunkt des Arbeitsunfalles für ein solches Unternehmen der Bauwirtschaft als Arbeitnehmer tätig und deshalb gemäß [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII](#) als Beschäftigter versichert war, ist die Beklagte der für die Entschädigung dieses Arbeitsunfalles zuständige Unfallversicherungsträger.

Nach dem Vortrag der Beteiligten und dem Ergebnis der Ermittlungen des Sozialgerichts sind in tatsächlicher Hinsicht folgende Varianten denkbar:

Variante 1: Der Kläger war bei dem Beigeladenen zu 1. abhängig beschäftigt und stand somit gemäß [§ 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII](#) unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung. Dann ist die Beklagte (in Rechtsnachfolge der früheren Württembergischen Bau-Berufsgenossenschaft) als der für das Unternehmen des Beigeladenen zu 1. zuständige Unfallversicherungsträger auch für die Entschädigung des Arbeitsunfalles zuständig. Variante 2: Zwischen dem Beigeladenen zu 1. und der Firma A. bestand - wie vom Beigeladenen zu 1. vorgetragen - auf Grund des zwischen dem Beigeladenen zu 1. und der Firma A. geschlossenen "Bauwerkvertrages" ein wirksamer Werkvertrag, zu dessen Erfüllung die Firma A. den bei ihr abhängig beschäftigten Kläger einsetzte. Dann ist die Beklagte (in Rechtsnachfolge für die frühere Bau-Berufsgenossenschaft R. und W.) als der für die Firma A. als Bauunternehmen zuständige Unfallversicherungsträger ebenfalls für die Entschädigung des Arbeitsunfalles zuständig. Variante 3: Der Kläger war bei dem Beigeladenen zu 1. im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung durch die Firma A. tätig. Da die Firma A. über keine Erlaubnis nach [§ 1 AÜG](#) verfügte, war nach [§ 9 Abs. 1 AÜG](#) sowohl der Vertrag zwischen der Firma A. als Verleiher und dem Beigeladenen zu 1. als Entleiher als auch der Vertrag zwischen der Firma A. als Verleiher und dem Kläger als Leiharbeitnehmer unwirksam. Gemäß [§ 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#) gilt damit ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 1. als Entleiher und dem Kläger als Leiharbeitnehmer als zustande gekommen. Damit wird zugleich für den Bereich der Sozialversicherung ein Beschäftigungsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1. fingiert (BSG, Urteil vom 25.10.1988, [12 RK 21/87](#) in [SozR 2100 § 5 Nr. 3](#)). Denn Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf ([BT Drs. 7/4122 S. 31](#) zu § 7) bestimmt diese Regelung, dass eine Beschäftigung stets anzunehmen ist, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht. Für die gerade den Schutz des Arbeitnehmers bezweckende Fiktion des [§ 10 AÜG](#) kann deshalb nichts anderes gelten. Dieses Beschäftigungsverhältnis zum Beigeladenen zu 1. wiederum begründet die Zuständigkeit der Beklagten (in Rechtsnachfolge der früheren Württembergischen Bau-Berufsgenossenschaft) als der für das Unternehmen des Beigeladenen zu 1. zuständige Unfallversicherungsträger für die Entschädigung des Arbeitsunfalles. Variante 4: Die Firma A. vermittelte den Kläger über einen (unbekannten) n. "Vermittler". Auch in diesem Fall gilt der Kläger wegen fehlender Erlaubnis nach [§ 1 AÜG](#) auf Grund der Regelungen der [§§ 9, 10 AÜG](#) als Arbeitnehmer und

Beschäftigter des Beigeladenen zu 1., was wiederum die Zuständigkeit der Beklagten begründet (siehe Variante 3). Variante 5: Der Kläger wurde von einem (unbekannten) n. Vermittler, der in den N. über eine ggf. auch in Deutschland geltende Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügte, im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung an den Beigeladenen zu 1. verliehen. Ob dies - so die Beklagte im Widerspruchsbescheid - als Einstrahlung i.S. [§ 5 SGB IV](#) zu werten ist, bedarf keiner weiteren Prüfung. Denn diese Variante ist auszuschließen (hierzu sogleich). Variante 6: Der Kläger wurde - ausschließlich - von einem illegalen (unbekannten) n. Leiharbeitsunternehmen an den Beigeladenen zu 1. als Leiharbeiter verliehen. In diesem Fall ist die Beklagte entsprechend den Ausführungen zu Variante 3 (unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung) wiederum der zuständige Unfallversicherungsträger. Variante 7: Der Kläger war - so zuletzt die Auffassung der Beklagten - als Selbstständiger tätig. In diesem Fall war er als selbstständiger Unternehmer nicht versichert, die Beklagte ist mithin auch nicht für die Entschädigung des Arbeitsunfalles zuständig. Wie noch darzulegen ist, bieten sich für diese Variante keine tatsächlichen Anhaltspunkte.

Die Variante 5 scheidet aus. Denn beim Vorliegen eines den Anforderungen des AÜG entsprechenden Arbeitnehmerüberlassungsvertrages zwischen einem n. Zeitarbeitsunternehmen und dem Beigeladenen zu 1. hätte der Beigeladene zu 1. unschwer den zwischen ihm und dem h. Zeitarbeitsunternehmen geschlossenen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorlegen können. Dies geschah indessen nicht; vielmehr hat der Beigeladene zu 1. selbst vorgetragen, von einem n. Vermittler überhaupt keine Kenntnis gehabt zu haben und unter Vorlage von Rechnungen und des "Bauwerkvertrages" mit der Firma A. geltend gemacht, der Kläger sei im Rahmen der Erfüllung des Bauwerkvertrages durch die Firma A., also als deren Erfüllungsgehilfe eingesetzt worden. Aus diesem Grund scheidet im Übrigen auch die Variante 6 aus. Es bedarf insoweit keiner weiteren Klärung, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen eine ausländische Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung in Deutschland Geltung erlangen kann.

Ob tatsächlich ein Fall nach Variante 1, 2, 3 oder 4 vorlag, kann dahingestellt bleiben, denn für jede dieser Fallgestaltungen wäre - wie oben dargelegt - die Zuständigkeit der Beklagten als Unfallversicherungsträger gegeben. Hieran ändert auch [§ 133 Abs. 2 SGB VII](#) nichts. Danach bestimmt sich die Zuständigkeit des Unfallversicherungsträgers im Falle der Arbeitnehmerüberlassung zwar nach dem überlassenden Unternehmen. Indessen gilt diese Regelung nur für die legale Arbeitnehmerüberlassung, nicht für die Fälle illegaler Arbeitnehmerüberlassung (Ricke in Kasseler Kommentar, [§ 133 SGB VII](#) RdNr. 14, 15; Krasney in Becker, Burchardt, Krasney, Kruschinsky, Gesetzliche Unfallversicherung, § 133 RdNr. 17; Watermann in Lauterbach, Gesetzliche Unfallversicherung, § 133 RdNr. 12).

Ergänzend ist zu den Varianten 1, 2, 3 und 4 allerdings anzumerken, dass auch nach Überzeugung des Senats unter Berücksichtigung der vorliegenden Ermittlungsergebnisse sowie der eigenen Angaben des Klägers und des Beigeladenen zu 1. keine vernünftigen Zweifel bestehen, dass der Kläger im Rahmen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung, die durch n. Hintermänner in Deutschland über die Firma A. betrieben wurde, im Betrieb des Beigeladenen zu 1. tätig war. Nach den vorliegenden Handelsregistrauszügen des Amtsgerichts L. und des Amtsgerichts K. sowie dem in dem vom Hauptzollamt D. übersandten Tagebuchvorgang mit dem die Firma A. betreffenden Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag vom 22.12.1999 geht die Firma A. zurück auf eine ursprünglich im Dezember 1998 in das Handelsregister des Amtsgerichts L. eingetragene Firma C. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH mit dem Gegenstand der Verwaltung eigenen Vermögens. Nach dem Handelsregistrauszug des Amtsgerichts L. wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 26.01.1999 der Firmenname in die Firma A. Bauleistungen GmbH und der Gegenstand des Unternehmens in die Hochbau-Beratung sowie die Ausführung von Bauleistungen im Hochbau geändert. Gleichzeitig wechselte die Geschäftsführung; Geschäftsführer der A. Bauleistungen GmbH L. war nach dem Handelsregistrauszug H. W. F. ... Dieser veräußerte nach dem notariellen Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag vom 22.12.1999 seinen gesamten Geschäftsanteil an der Firma A. GmbH an D. K., der sodann umgehend zum neuen Geschäftsführer der Firma A. bestellt wurde und den Sitz der Gesellschaft nach K. verlegte. Dort wurde die Firma A. unter Beibehaltung des Gegenstands des Unternehmens am 30.06.2000 in das Handelsregister eingetragen. Nach der Gewerbean- und -abmeldung wurde das Gewerbe in K. am 30.06.2000 an- und am 26.09.2000 wiederum abgemeldet. Zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Unfallereignisses vom 05.09.2000 war somit die Firma A. als juristische Person im Bundesgebiet tätig.

Dass es sich bei der Firma A. entgegen dem angegebenen Unternehmensgegenstand nicht um ein Unternehmen des Baugewerbes, sondern um ein durch n. Hintermänner betriebenes Unternehmen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung handelte, ist durch die in dem Tagebuchvorgang des Hauptzollamts D. dokumentierten Ermittlungsergebnisse (siehe Anlage zu Band 2 der Akte des Sozialgerichts), die in der Beitragsakte der früheren Bau-Berufsgenossenschaft R. und W. dokumentierten Ermittlungsergebnisse des Hauptzollamts K. - BillBZ T. (EV 28/02-E 0204) und die von der Staatsanwaltschaft O. vorgelegten Ermittlungsergebnisse des Hauptzollamts K. - Finanzkontrolle Schwarzarbeit (EV 39/01 E 3304, Ermittlungsgruppe "Verleihnix") hinreichend dokumentiert. Nach dem Ermittlungsbericht des Hauptzollamts K. - BillBZ T. in einem Ermittlungsverfahren gegen den Inhaber eines Fliesenlegerbetriebs setzte dieser zur Durchführung von Verlegearbeiten im Zeitraum vom 22.05.2000 bis 14.11.2000 drei von der Firma A. angeforderte Arbeitnehmer ein, wobei konkrete Stundensätze schriftlich vereinbart wurden und die Abrechnung wöchentlich durch Zahlung in bar oder Barscheck an Außendienstmitarbeiter der Firma A. erfolgte. Das Hauptzollamt K. hielt als Ermittlungsergebnis fest, dass es sich bei der Firma A. nicht um eine reguläre Baufirma handelte, sich dahinter vielmehr ein Personenkreis verbarg, der sich verschiedener Briefkastenfirmen bediente, um illegale Arbeitnehmerüberlassungen zu verschleiern. In dem Ermittlungsbericht des Hauptzollamts K. - Finanzkontrolle Schwarzarbeit - gegen eine niederländische Tätergruppe, die durch in Deutschland ansässige Scheinfirmen gewerbsmäßig ausländische Arbeitnehmer an inländische Baufirmen verlieh, ohne im Besitz einer Erlaubnis nach dem AÜG zu sein, ist im zusammenfassenden Organigramm vom November 2002 zum "Stand der Ermittlungen" unter der Gruppe der "Verleiher" auch die Firma A. aufgeführt, wenn auch das konkrete Ermittlungsverfahren sich nicht auf die - zum damaligen Zeitpunkt bereits nicht mehr bestehende - Firma A. bezog. Aus einem in dem Tagebuchvorgang des Hauptzollamts D. enthaltenen Anschreiben des Hauptzollamts M. geht hervor, dass dieses u.a. gegen die Firma A. ermittelte. Dabei gab das Hauptzollamt M. an, dass nach den bisher gewonnenen Erkenntnissen Verantwortliche der Firma A. von N. aus Dienstleistungen b. Scheinselbstständiger vermittelten und in Deutschland Alibifirmen und -anschriften unterhalten wurden.

Aus den außerdem in dem Tagebuchvorgang des Hauptzollamts D. enthaltenen "Angeboten" bzw. "Flyern" der Firma A., mit denen diese sich an verschiedene Baufirmen wandte, geht ebenfalls deutlich hervor, dass die Firma A. kein Baugewerbe ausübte, sondern eine Arbeitnehmerüberlassung betrieb. Darin ist wörtlich ausgeführt: "Passiert es Ihnen manchmal, dass Sie ein Bauprojekt angeboten bekommen und Sie keine Entscheidung treffen können, weil Sie nicht wissen, ob Sie über eine ausreichende Kapazität von Facharbeitern verfügen? Können Sie den Terminplan nicht einhalten und dennoch müssen die Arbeiten termingerecht fertiggestellt werden? Dann könnte - A. Bauleistungen GmbH - für Sie die Lösung sein!" Aus diesem Wortlaut wird ersichtlich, dass die Firma A. keine Bauleistungen, sondern allein (Fach)Arbeiter anbot.

Aus einem weiteren, in dem Tagebuchvorgang enthaltenen Telefax der Firma A. an eine Firma E. B. Bautenschutz vom 14.07.2000 geht hervor, dass die Firma A. darin unter dem Betreff "Angebot" als "Aufstellung" der "allgemeinen Konditionen" ausführte: Maurer DM 44,00 Std zzgl. 16 % Mwst Putzer DM 42,00 Std zzgl. 16 % Mwst Auch hieraus ergibt sich eindeutig, dass die Firma A. keine Bauleistungen, sondern nur die Überlassung von Arbeitnehmern anbot. Aus weiteren Vorgängen in dem Tagebuchvorgang ergibt sich, dass die Firma A. einem Dachdeckerbetrieb (Dachdecker B.), mit dem telefonisch die Vermittlung von zwei Dachdecker-Facharbeitern vereinbart war, auf Anforderung des entsprechenden "Werkvertrages" einen im Wesentlichen inhaltsgleichen "Bauwerkvertrag" wie dem Beigeladenen zu 1. übersandte. Daraus wird deutlich, dass dieser Bauwerkvertrag lediglich dazu diente, die tatsächliche Natur des Geschäfts zu verschleiern.

Insgesamt geht somit aus den Ermittlungsergebnissen hervor, dass Unternehmenszweck der Firma A. tatsächlich die Überlassung von Arbeitnehmern war. Über eine entsprechende Erlaubnis nach [§ 1 AÜG](#) verfügte die Firma A. - so die im Tagebuchvorgang des Hauptzollamts D. enthaltene schriftliche Mitteilung des Landesarbeitsamts Nordrhein W. vom 07.09.2000 - nicht.

Auch im konkreten Fall des Klägers sprechen die tatsächlichen Umstände dafür, dass der Kläger über niederländische Hintermänner unter Einsatz der Firma A. als illegalem Arbeitnehmerüberlassungsunternehmen als Leiharbeiter an den Beigeladenen zu 1 vermittelt wurde. So wurde der Kläger nach seinen Angaben von einem h. Vermittler zum Beigeladenen geschickt, wobei dieser keinen Kontakt zu einem h. Vermittler, sondern einen "Bauwerkvertrag" mit der Firma A. geschlossen hatte und der Kläger in diesem Zusammenhang tatsächlich auf der Baustelle eingesetzt wurde. Wie bereits oben ausgeführt, handelte es sich bei dem "Bauwerkvertrag" lediglich um ein Scheingeschäft, um den tatsächlichen Zweck des Geschäfts, nämlich die (illegale) Arbeitnehmerüberlassung zu verschleiern. Im Übrigen ergibt sich aus dem vom Beigeladenen zu 1. vorgelegten "Bauwerkvertrag" bereits nicht, wann dieser überhaupt geschlossen wurde, d.h. ob dieser zum Zeitpunkt des Einsatzes des Klägers tatsächlich bestand. Darüber hinaus könnte es sich allenfalls um einen Rahmenvertrag handeln, da weder das konkrete Gewerk noch ein konkreter Zeitraum noch konkrete Vereinbarungen über die Höhe des für die Leistungen zu erbringenden Entgelts enthalten sind. Zwar hat der Beigeladene zu 1. im erstinstanzlichen Verfahren Rechnungen der Firma A. vorgelegt, in denen scheinbar nach Quadratmetern bzw. laufenden Metern für erbrachte Leistungen abgerechnet wurde. Allerdings ist dann nicht nachvollziehbar, weshalb der Beigeladene zu 1. in dem ebenfalls von ihm vorgelegten "Kontenblatt" die Rechnungen nach den Kategorien "RG-Gesamt", "Ausz. AN" und "Restf. A. " aufschlüsselte. Ausgehend von dem Vortrag des Beigeladenen zu 1., die Firma A. sei als Subunternehmer tätig geworden, ergibt eine derartige Aufschlüsselung durch den Beigeladenen zu 1. keinen Sinn; vielmehr wäre der gesamte Rechnungsbetrag an die Firma A. zu zahlen gewesen. Die Rubrik "Ausz. AN" ist in diesem Zusammenhang nur so zu verstehen, dass darin die Beträge erfasst wurden, die den von der Firma A. zur Verfügung gestellten Arbeitern - sei es durch den Beigeladenen zu 1. selbst oder einen Mitarbeiter der Firma A. - tatsächlich ausgezahlt wurden.

Für eine Arbeitnehmerüberlassung sprechen zudem die Angaben des Beigeladenen zu 1. in der Beschuldigtenvernehmung durch den Polizeiposten M. hinsichtlich des Vorwurfs der fahrlässigen Körperverletzung zum Nachteil des Klägers. Darin gab der Beigeladene zu 1. an, er bekomme, wenn viel Arbeit anstehe, von einem Subunternehmen Zimmerleute, im konkreten Fall von der "Firma A.- T." mit Sitz in K. drei Zimmerleute aus E ... Dass die Firma A. also im Zusammenhang mit den Dacharbeiten, bei denen der Kläger verunglückte, irgendwelche anderen Leistungen, als die Überlassung der Arbeiter erbrachte, ist nach den eigenen Einlassungen des Beigeladenen zu 1. bei der Beschuldigtenvernehmung nicht ersichtlich. Tatsächlich bezeichnete der Beigeladene zu 1. die von der Firma A. zur Verfügung gestellten Arbeiter bei seiner Beschuldigtenvernehmung auch selbst als "Leiharbeiter" bzw. "Fremdarbeiter". Soweit er sich insoweit im erstinstanzlichen Verfahren dahingehend eingelassen hat, dass ihm diese Aussage wegen seiner Rechtsunkundigkeit nicht zur Last gelegt werden könne, ist dies als Schutzbehauptung im Hinblick auf dem Beigeladenen zu 1. drohende Konsequenzen bei Vorliegen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung zu werten. Im Übrigen sind maßgeblich die tatsächlichen Verhältnisse und diese sprechen - wie bereits dargelegt - ausschließlich für eine Arbeitnehmerüberlassung. Lediglich ergänzend ist insoweit anzumerken, dass dem Beigeladenen zu 1. offensichtlich selbst Zweifel am tatsächlichen Vorliegen eines "Bauwerkvertrages" mit der Firma A. kamen. Anders lässt sich das von ihm der Beklagten vorgelegte Telefax der Firma A. vom 04.09.2000, mit dem die Firma A. auf ein Schreiben des Klägers unter dem Betreff "Erlaubn. zur Verl. Arbeitnehmern" ausgeführt hat, sie sei keine Zeitarbeitsfirma, die Arbeiter verleihe, sondern ein Bauunternehmen, das einen kompletten Bau oder Bauabschnitt übernehme und deshalb nichts mit der Verleihung von Arbeitnehmern zu tun habe, nicht erklären. Ob sich der Beigeladene zu 1. auf diese Einlassung der Firma A. verlassen durfte, ist für das vorliegende Verfahren, in dem allein über die Zuständigkeit des Unfallversicherungsträgers zu entscheiden ist, unerheblich.

Unter Würdigung dieses Zusammenhangs sind allerdings auch die Einlassungen des Beigeladenen zu 1., er sei gegenüber den von der Firma A. eingesetzten Arbeitnehmern nicht weisungsbefugt gewesen, nicht glaubwürdig. Hiergegen sprechen auch seine eigenen Angaben bei der Beschuldigtenvernehmung. Denn darin hat er ausgeführt, er habe die Arbeiter (der Firma A.) damit beauftragt, die Dachlatten und die Unterspannbahnen anzubringen. Mit den Leuten habe er sich in englischer Sprache verständigen können. Dies deckt sich mit dem Vortrag des Klägers und den Angaben des von dem Kläger benannten Zeugen M. , die angegeben haben, Weisungen von dem Beigeladenen zu 1. erhalten zu haben.

Insgesamt ist damit unter Berücksichtigung der nach den Ermittlungen bekannten Hintergründe und der tatsächlichen Umstände des Einsatzes des Klägers bei dem Bauvorhaben, welches der Beigeladene zu 1. für die Firma G. durchführte, davon auszugehen, dass der Kläger im Rahmen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung zwischen der Firma A. und dem Beigeladenen zu 1. eingesetzt wurde.

Entgegen der Auffassung der Beklagten spricht der Umstand, dass der Kläger selbst nur von einem h. Vermittler, nicht hingegen der Firma A. Kenntnis hatte, nicht gegen das Vorliegen eines (mündlichen) Leiharbeitsvertrages zwischen dem Kläger und der Firma A. ... Die Firma A. war zum Zeitpunkt des Unfalls als im Bundesgebiet angemeldete GmbH tätig und warb - wie bereits oben ausgeführt - die Arbeitnehmer durch h. Hintermänner an. Damit bestand tatsächlich ein Vertrag zwischen dem Kläger und der Firma A. , der allerdings mangels einer Erlaubnis der Firma A. zur Arbeitnehmerüberlassung nach [§ 9 Nr. 1 AÜG](#) unwirksam war. Somit ist der Kläger nach [§ 10 Abs. 1 AÜG](#) als Arbeitnehmer des Beigeladenen zu 1. anzusehen.

Im Übrigen macht der Kläger zu Recht geltend, dass das Vorbringen der Beklagten, insoweit widersprüchlich ist, da sie außerdem geltend gemacht hat, die Firma A. als ein im Bausektor tätiges Unternehmen habe den Kläger als Subunternehmer zur Erfüllung des mit dem Beigeladenen zu 1. geschlossenen Bauwerkvertrages eingesetzt. Insoweit unterstellt nämlich die Beklagte selbst eine vertragliche Beziehung zwischen dem Kläger und der Firma A. ...

Für eine Tätigkeit des Klägers als selbständiger Subunternehmer der Firma A. ergeben sich im Hinblick auf das oben dargelegte Ermittlungsergebnis keine Anhaltspunkte. Dass es sich bei dem Bauwerkvertrag um ein reines Scheingeschäft handelte, ist oben bereits ebenfalls dargelegt. Soweit die Beklagte geltend macht, viele Umstände würden für eine Selbstständigkeit des Klägers sprechen, ist dies ebenfalls nicht nachvollziehbar. Allein der Umstand, dass der Kläger als Zimmermann eigene Arbeitskleidung sowie eigene Arbeitsmittel in Form von Gürtel mit Nageltasche, Handsäge, Teppichmesser und Hammer selbst mitbrachte, belegt keine selbstständige Tätigkeit, sondern ist im Beruf eines Zimmermanns, ähnlich wie in dem eines Kochs oder eines Friseurs (eigene Messer bzw. Scheren) durchaus üblich. Soweit die Beklagte geltend macht, der Beigeladene zu 1. sei gegenüber dem Kläger nicht weisungsbefugt gewesen, ist bereits oben ausgeführt, dass aus den tatsächlichen Umständen und der eigenen Einlassung des Beigeladenen zu 1. sowohl eine Weisungsbefugnis als auch tatsächliche Anweisungen durch den Beigeladenen zu 1. hervorgehen. Weshalb die Beklagte den Einlassungen des Beigeladenen zu 1. im weiteren Verlauf des Verfahrens ein höheres Gewicht beimisst als den Aussagen des Beigeladenen zu 1. bei der Beschuldigtenvernehmung ist, insbesondere im Hinblick auf die nicht von der Hand zu weisenden eigenen Interessen des Beigeladenen zu 1., nicht nachvollziehbar. Soweit die Beklagte geltend macht, der Beigeladene zu 1. habe keinen Einfluss darauf gehabt, welche und wie viele und für welchen Zeitraum auf der Baustelle eingesetzt gewesen seien, hat dies seinen Hintergrund in der von dem Beigeladenen mit der Firma A. gewählten Art der Arbeitnehmerüberlassung, spricht aber nicht für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers. Gegen eine selbstständige Tätigkeit spricht im Übrigen die Entlohnung des Klägers. Wenn dieser als selbstständiger Subunternehmer für die Firma A. tätig geworden wäre, hätte der Kläger selbst mit der Firma A. abrechnen müssen. In diesem Fall hätte wiederum kein Bedarf dafür bestanden, dass der Beigeladene zu 1. auf einem Kontenblatt die Auszahlungen an die Arbeiter ("Ausz. AN") getrennt von den Auszahlungen an die Firma A. ("Restf. A. ") ausweist, denn der Beigeladene zu 1. hätte ausgehend von einem Subunternehmervertrag mit der Firma A. allein dieser gegenüber vertraglich Verpflichtungen gehabt und insoweit hätte es ausgereicht, den vereinbarten Werklohn auszuweisen. Soweit die Beklagte darüber hinaus auf einen eigenen Werkvertrag des Klägers abstellt, ist bereits nicht ersichtlich, welches Gewerk der Kläger selbstständig hätte erbringen sollen. Denn die e. Arbeitnehmer wurden nicht einzeln zur Erbringung abgrenzbarer Gewerke eingesetzt, sondern erbrachten gemeinsam mit dem Beigeladenen zu 1. und dessen Gesellen eine Arbeitsleistung an dem von dem Beigeladenen zu 1. zu erstellenden Gewerk - am Unfalltag beispielsweise in der Form der Anbringung von Dachlatten auf eine Unterspannbahn. Insgesamt sprechen damit keinerlei Tatsachen für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-04-15