

Kein Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses (§ 539 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 RVO = § 2 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 1 SGB VII) - keine Arbeitnehmerüberlassung;

hier: Urteil des Hessischen Landessozialgerichts (LSG) vom 20.6.2001 - L 3 U 835/99 - mit Folgeentscheidung in Form des BSG-Beschlusses vom 12.12.2001 - B 2 U 301/01 B -

Das Hess. LSG hatte mit Urteil vom 20.6.2001 - L 3 U 835/99 - (s. Anlage 1) entschieden, dass die Beklagte (Bau-BG) nicht verpflichtet ist, den Unfall des M. vom 7.8.1995 als Arbeitsunfall zu entschädigen, weil der Verunfallte M. bei den von ihm am Bau "Roter Turm" in Jena ausgeführten Arbeiten nicht unter UV-Schutz stand. M. ist bei Ausführung der Trockenbauarbeiten weder als abhängig Beschäftigter im Sinne des § 539 Abs. 1 Nr. 1 RVO noch wie ein abhängig Beschäftigter gemäß § 539 Abs. 2 RVO tätig geworden.

Das BSG hat mit Beschluss vom 12.12.2001 - B 2 U 301/01 B - (s. Anlage 2) die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im o.g. LSG-Urteil als unzulässig verworfen.

Anlage 1

Urteil des Hess. LSG vom 20.6.2001 - L 3 U 835/99 -
Tatbestand:

Die Beteiligten streiten, ob der am 7. März 1968 geborene Ehemann der Klägerin, [REDACTED] (M. E.), bei der Beklagten gegen Arbeitsunfall versichert war, als er am 7. August 1995 beim Einsturz des sog. Roten Turms in Jena ums Leben kam.

Der aus Bosnien stammende M. E. hielt sich zum Zeitpunkt seines Unfalls mit seiner Ehefrau und seinen zwei Kindern in Deutschland auf. Er verfügte bis zum 10. April 1995 über eine vom Arbeitsamt Offenbach erteilte Arbeitserlaubnis und eine bis dahin befristete Duldung des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland seitens der Ausländerbehörde. Im Zeitpunkt des Unfalls lief ein Verfahren auf Ausweisung aus der Bundesrepublik Deutschland.

Die Beklagte erhielt am 8. August 1995 telefonisch Kenntnis von dem Einsturz des Gebäudes und dem tödlichen Unfall des M. E. durch eine Technische Aufsichtsbeamtin. Polizeiliche Ermittlungen ergaben, dass Eigentümer des eingestürzten Gebäudes und gleichzeitig bauausführende Firma die Baufirma [REDACTED] war. Als weitere im Zeitpunkt des Einsturzes dort tätige Firmen werden in der polizeilichen Ermittlungsakte die Firma Bi [REDACTED] Jena, die Firma K [REDACTED] Jena, und die Firma He [REDACTED], angegeben. Die Firma des Malermeisters He [REDACTED] hatte als Subunternehmer für die Firma Fa [REDACTED] die Ausführung von Trockenbauarbeiten übernommen. Für die Firma He [REDACTED] waren an diesem Tag der verunglückte M. E. und der aus Mostar stammende [REDACTED] als Trockenbauer tätig. Der Zeuge A [REDACTED], beschäftigt bei der Firma Fa [REDACTED],

hatte als Polier die unmittelbare Bauaufsicht auf der Baustelle inne. Der Malermeister He [REDACTED] gab an, auf der Baustelle Roter Turm in Jena hätten am 7. August 1995 in seinem Auftrag ein Miro Ar [REDACTED] aus [REDACTED], und ein Dr [REDACTED] (= [REDACTED]) gearbeitet.

[REDACTED] gab anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung an, er sei am 21. April 1995 als Tourist in die Bundesrepublik Deutschland eingereist und halte sich nun illegal hier auf. Er arbeite seit dem 31. Juli 1995 zusammen mit seinem Landsmann [REDACTED] auf der Baustelle Roter Turm. Sie seien bei der gleichen Firma beschäftigt, der Name der Firma sei ihm nicht bekannt. Sie hätten gemeinsam in dem Wochenendhaus in Waltershausen, Thüringen, des Herrn [REDACTED] übernachtet und seien am Unfalltag von dort aus mit einem Opel Ascona, der einem Andreas gehöre, nach Jena gefahren, wo sie um 12:00 Uhr eingetroffen seien. Auf der Baustelle habe er innen Gipsplatten befestigt.

Die Vernehmung des Bauunternehmers G [REDACTED] ergab, dass dieser seine Gartenlaube in Waltershausen etwa im Februar 1995 an einen Jugoslawen namens Andreas (der Nachname wurde nicht angegeben), wohnhaft in der I [REDACTED], Tel. (0369) [REDACTED] 68, vermietet hatte. Im Gartenhaus wurde unter anderem eine Geburtsurkunde und ein Antrag auf Arbeitserlaubnis auf den Namen K [REDACTED], D [REDACTED], geb. in Mostar, gefunden. Der Bauunternehmer H [REDACTED] gab an, er habe am Vormittag des 8. August 1995 den „Herrn A [REDACTED]“ von dem Unglück unterrichtet, nach dessen Meinung handele es sich bei dem tödlich Verunglückten um M [REDACTED]. Der Polizeibeamte nahm noch am 8. August telefonisch Kontakt mit „Herrn A [REDACTED]“ auf. Dieser gab an, er habe die Anmietung des Gartenhauses im Auftrag des Herrn H [REDACTED] realisiert. Er habe dabei nur als Sprachmittler fungiert. Eine Person namens S [REDACTED] kenne er nicht. Er kenne nur den I [REDACTED], der sei vermutlich nach Jugoslawien zurückgefahren. Er nannte dem Polizeibeamten den Namen, Anschrift und Telefonnummer der in Offenbach wohnenden Verwandten des verunglückten E ...

Der Verunfallte trug nach den Feststellungen der Kriminalpolizeiinspektion Jena nach Auffinden der Leiche des M. E. im Zeitpunkt seines Unfalls als Arbeitskleidung eine weiße Latzhose. Der Maurer V [REDACTED] aus Altenberga bekundete anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung am 10. August 1995, die als Trockenbauer tätigen beiden Jugoslawen hätten weiße Anzüge getragen. Der Auszubildende Jan [REDACTED] aus Jena machte laut polizeilichem Protokoll am 8. August 1995 die Angaben, kurz vor dem Einsturz habe sich ein Trockenbauer, vermutlich ein Jugoslawe, bekleidet mit beigefarbener Latzhose und hellem T-Shirt mit schwarz-gelber Aufschrift „Trockenbau“, in der vierten Etage befunden.

Am 9. August 1995 erschienen bei der Landespolizei Thüringen in Jena [REDACTED] wohnhaft in [REDACTED] 35, und A [REDACTED], wohnhaft in der L [REDACTED] 105, Frankfurt am Main (Telefonnummern angegeben: (0 69) [REDACTED]). S [REDACTED] gab an, sein Sohn B [REDACTED] sei mit einer geborenen [REDACTED] verheiratet, seine Schwiegertochter habe einen Bruder namens M [REDACTED], der früher in Offenbach und jetzt vermutlich in Frankfurt am Main wohne, ebenso dessen Ehefrau und Kinder. Sein Sohn habe gewusst, dass [REDACTED] auf der Baustelle Roter Turm arbeite. Aus Sorge um [REDACTED] sei er zusammen

mit seinem Sohn und dem Andrija Milinkovic nach Jena gefahren. Was [REDACTED] in Deutschland gearbeitet habe, könne er nicht sagen.

Der aus Kroatien stammende [REDACTED] gab an, er übe den Beruf eines Sanitätstechnikers aus und sei mit [REDACTED] entfernt verwandt. Er habe aus der Presse von dem Einsturz des Roten Turms erfahren und wisse, dass [REDACTED] dort gearbeitet habe. [REDACTED] habe in Offenbach, [REDACTED], eine Wohnung, sie hätten ständigen Kontakt. Zuletzt habe er den Verunglückten gesehen, als er diesen mit zwei seiner Kollegen am Montag, dem 31. Juli 1995, von Waltershausen, wo der [REDACTED] in der letzten Juliwoche gewohnt habe, nach Jena zur Baustelle gefahren habe. Ihm sei bekannt, dass [REDACTED] seit einiger Zeit bei der Firma [REDACTED] GmbH in [REDACTED], [REDACTED] 4, angestellt sei. Es handele sich seines Erachtens um eine Arbeitsvermittlung. Es gebe dort zwei Chefs, die selbst nicht arbeiteten, sondern nur insbesondere ausländische Arbeitskräfte vermittelten. Einer der beiden Chefs heiße Thomas Ilich, dieser spreche kroatisch, sei seiner Meinung nach aber kein Kroat. Von dieser Firma sei Eric an die Malerfirma [REDACTED] in Gotha vermittelt worden. Der Arbeitsauftrag des M. E. habe darin bestanden, in Jena am Roten Turm Trockenbauarbeiten durchzuführen. Deshalb seien sie vor einer Woche nach Jena gefahren, um sich die Bausstelle anzusehen. Der [REDACTED] habe kaum deutsch gesprochen und er, der M. E., habe übersetzen sollen. Die anderen beiden Freunde, die auch dabei gewesen seien, hätten auch gern für die Firma Herrmann arbeiten wollen. Er kenne deren Namen aber nicht. Als sie sich die Arbeiten im Roten Turm angesehen hätten, hätten sie allerdings festgestellt, dass die Trockenbauarbeiten wegen der Rundung sehr kompliziert seien. Deshalb seien die beiden anderen wieder mit ihm zurück nach Frankfurt gefahren. Der [REDACTED] habe sich die Arbeit aber zugetraut und sei dort geblieben. Der M. E. habe seit längerer Zeit seinen Pkw Opel Ascona, der sich jetzt noch in Jena befinden müsse. Wieso der Familienname des M. E. mit „[REDACTED]“ angegeben worden sei, wisse er nicht. Hierfür habe er keine Erklärung, zumal der [REDACTED] eine gültige Arbeitserlaubnis gehabt habe. Auf die Frage, ob er die Arbeitsvermittlung in Offenbach selbst kenne, gab er an, er kenne den Herrn [REDACTED] persönlich und den anderen Chef nur vom Sehen, dies sei der Jürgen Arheiliger. Von verschiedenen Landsleuten habe er in den letzten Tagen gehört, dass diese beiden Herren plötzlich verschwunden sein sollen.

Der Malermeister [REDACTED] gab gegenüber der Beklagten am 12. Oktober 1995 an, 1994 habe die Firma A [REDACTED] H für ihn mit 4 Arbeitnehmern Malerarbeiten ausgeführt, und zwar aufgrund einer Empfehlung eines Jugoslawen aus der Nachbarschaft. Er habe als Subunter-

nehmer Trockenbauarbeiten am Roten Turm übernommen. Wegen eines personellen Engpasses habe er jedoch seinerseits einen Subunternehmer gesucht. Als Vermittler habe der ~~Andreas~~ ~~von der~~ ~~GmbH~~ fungiert. Die ~~GmbH~~ beschäftige kein eigenes Personal, Herr ~~sei~~ auf der Baustelle als Vermittler bekannt. Daraufhin seien zwei Arbeitnehmer von der Arheiliger GmbH aufgetaucht und hätten bis zum Unfall gearbeitet. Wie vereinbart habe er das vereinbarte Entgelt an den Arbeiter und an den Schwager des Verunglückten ausgezahlt. Mit der Firma ~~GmbH~~ habe er keinen direkten Kontakt. Er legte eine Visitenkarte der „~~bH Roh- und Trockenbau~~“ vor, auf der als Anschrift der Firma die ~~Langenberg-~~ ~~straße 9, Frankfurt am Main, Tel. (0 69) 26 51 68~~ vermerkt sind. Malermeister ~~legte~~ zwei Wochenzettel für den 27. Juli bis 7. August 1995 vor, ausgestellt auf „~~Miroslav~~“, ~~Eric~~“ und „~~Braschen Kragisch~~“, beide wohnhaft in ~~Frankfurt~~“. Die Wochenzettel bescheinigen vom 27. Juli 1995 bis 4. August 1995 die Ableistung von 60 Arbeitsstunden á 30,00 DM. Die Wochenzettel enthalten die Notiz „laut Absprache mit Herrn ~~30,00 DM~~ pro Stunde“. Beide Wochenzettel enthalten die Unterschrift des ~~Miroslav~~, womit dieser bestätigte, den Betrag von je 1.800,00 DM von dem Malermeister ~~erhalten~~ zu haben.

Der Bauunternehmer ~~gab~~ am 15. November 1995 an, er habe seinen Bungalow ganzjährig pauschal vermietet. Auch M. E. habe dort übernachtet, sei jedoch nicht der Mieter gewesen. M. E. sei bei der Firma ~~beschäftigt~~ gewesen.

Weitere Ermittlungen der Beklagten ergaben, dass eine Firma ~~Frankfurt~~ nicht existent ist und eine Firma ~~GmbH~~, Montageunternehmen, mit Sitz in Frankfurt bei ihr als Mitgliedsunternehmen geführt worden war, der Konkurs mangels Masse am 2. Juni 1995 abgewiesen wurde und diese Firma noch Schulden bei der Beklagten in Höhe von ca. 14.000,00 DM hat. Unter dem 1. November 1995 vermerkte der Lohnbuchprüfer der Beklagten, laut Auskunft des Malermeisters ~~habe~~ dieser den Kroaten sämtliches Werkzeug und Material zur Verfügung gestellt. Kleinwerkzeuge hätten die Kroaten mitgebracht. Diese verlangten nunmehr, auch das Kleinwerkzeug, welches bei dem Einsturz zerstört worden sei, von ihm ersetzt. Der Stundenzettel sei erst nach dem Unfall auf Drängen der Kroaten erstellt worden, die Auszahlung der Entgelte sei an den Schwager des Verunglückten und an den Herrn Rotic erfolgt. Er habe die Kroaten nie als seine Arbeitnehmer einstellen wollen, sondern einen richtigen Subunternehmer gesucht.

Die Beklagte lehnte mit an die Bevollmächtigten der Klägerin adressiertem Bescheid vom 1. Oktober 1996 die Gewährung von Entschädigungsleistungen aus Anlass des tödlichen Unfalls des M. E. ab. Es könne zwar möglich sein, dass M. E. zum Unfallzeitpunkt in einem illegalen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. Nachdem er jedoch selbst Kleinwerkzeuge zur Baustelle habe mitbringen müssen, ein schriftlicher Arbeitsvertrag nicht geschlossen worden sei, ein Stundenlohn von 30,00 DM der Abrechnung zugrundegelegt worden sei, keine Beiträge zur Sozialversicherung von der Firma H. entrichtet und auch nicht nachentrichtet worden seien, spreche mehr dafür als dagegen, dass M. E. als Unternehmer nicht gewerbsmäßiger Bauarbeiten tätig geworden sei und somit nicht als Arbeitnehmer in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe. Ein Sozialversicherungsausweis habe ebenfalls nicht vorgelegen, auch habe M. E. keiner Krankenversicherung angehört. Es hätte demzufolge auf Antrag eine Versicherung bei der Bau-BG i. erfolgen müssen, da M. E. diesen Antrag nicht gestellt habe, habe zum Unfallzeitpunkt kein Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung bestanden.

Die Klägerin machte mit ihrem Widerspruch nochmals geltend, der Verunfallte habe mit dem Inhaber des Malerfachbetriebs H. einen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Dies könne H. bestätigen, weil er auf Bitten des Verunfallten mit nach Jena gefahren sei, um bei sprachlichen Verständigungsschwierigkeiten zu helfen, sozusagen als Dolmetscher zwischen Herrn H. und dem Verunfallten tätig zu werden. Der Zeuge H. habe Kenntnis von den zwischen dem Verunfallten und dem Malermeister Herrmann getroffenen Vereinbarungen.

H. gab daraufhin auf Befragen der Beklagten am 26. Januar 1997 an, er sei gemeinsam mit M. E. bei der Firma H. gewesen. Er habe von anderen Landsleuten erfahren, die ebenfalls für die Firma H. auf verschiedenen Baustellen in Ostdeutschland arbeiteten, dass die Firma eine Kolonne Trockenbauer brauche für eine Baustelle in Jena. Er wisse nicht mehr, ob er dies dem M. E. gesagt habe oder ob dieser selbst davon gehört habe. M. E. habe ihn jedenfalls gebeten, mit ihm zu Herrn H. zu fahren, da M. E. nicht so gut deutsch gesprochen habe. Dies sei zwei bis drei Wochen vor dem Unglück gewesen. Das Gespräch mit Herrn H. habe in Gotha stattgefunden. Herr H. habe M. E. erklärt, welche Aufgaben er übernehmen solle, habe den Arbeitsbeginn und die Arbeitszeiten genannt und ihm erklärt, dass er der Weisung eines Brigadeleiters unterliegen würde. Bei ei-

dem schriftlichen Vertragsabschluss sei er nicht dabei gewesen, aber in seinem Beisein sei per Handschlag der Vertrag geschlossen, das heißt Arbeitsbeginn und Arbeitszeit genannt worden. Es sei auch über einen Stundenlohn gesprochen worden, dieser habe seiner Erinnerung zufolge 35,00 DM pro Stunde betragen sollen.

Den Widerspruch der Klägerin wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 19. Juni 1997 zurück.

Hiergegen hat die Klägerin am 14. Juli 1997 beim Sozialgericht Frankfurt am Main (SG) Klage erhoben. Das SG hat Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des [REDACTED] und des [REDACTED] als Zeugen am 22. September 1998 sowie durch Einholung ergänzender Angaben von den Zeugen [REDACTED] und [REDACTED] vom Oktober 1998 bzw. 30. September 1998. Hinsichtlich des Inhalts der Zeugenaussagen wird auf Blatt 88 bis 94 und Blatt 101 bis 104 sowie Blatt 112 der Gerichtsakte (GÄ) verwiesen. Die Klägerin hat eine eidesstattliche Versicherung des [REDACTED] vom 23. März 1998 vorgelegt, hinsichtlich deren Inhalts wird auf Bl. 52 der GA verwiesen.

Das SG hat durch Urteil vom 4. Mai 1999 die Beklagte unter Aufhebung der angefochtenen Bescheide verurteilt, den Unfall des M. E. vom 7. August 1995 als Arbeitsunfall anzuerkennen und der Klägerin Entschädigungsleistungen sowie Hinterbliebenenrente in gesetzlichem Umfang zu gewähren. In den Gründen hat es ausgeführt, es habe sich eindeutig aufgrund der Beweisaufnahme und den übrigen Unterlagen ergeben, dass die beiden Arbeiter [REDACTED] und M. E. nicht als selbständige Subunternehmer, sondern als abhängige Arbeitnehmer tätig geworden seien. Zwar sei es denkbar, dass zwei Subunternehmer für bestimmte Trockenbauarbeiten beauftragt werden, dies sei aber ungewöhnlich. Es müsse in einem solchen Fall verbindlich geklärt sein, in welchem Umfang welcher Subunternehmer für die ordnungsgemäße Ausübung des Auftrags hafte. Auch fehle es an einem Werkvertrag, der in der Regel mit Subunternehmern geschlossen werde. Dass [REDACTED] nur mit M. E. einen Subunternehmervertrag geschlossen habe und M. E. seinerseits den [REDACTED] als eigenen Arbeitnehmer beschäftigt habe, sei nicht bewiesen bzw. ersichtlich. Dagegen spreche bereits die Tatsache, dass [REDACTED] den Lohn auch an [REDACTED] zu zahlen gehabt habe. Außerdem habe [REDACTED] den M. E. bereits auf der Großbaustelle [REDACTED] kennengelernt, wo M. E. für eine Firma J. Trockenbauarbeiten durchgeführt habe. Dass [REDACTED] den seinerzeit abhängig beschäftigten M. E. im Bereich

seiner Sanierungsarbeiten als Subunternehmer eingestellt habe, ergebe sich aus seinem Verhalten in keinster Weise und sei auch durch die objektiven Gegebenheiten nicht belegt. Die Höhe des Stundenlohns sei insoweit völlig bedeutungslos. Diese spreche vielmehr dafür, dass [REDACTED] bei Vertragsabschluss davon ausgegangen sei, dass M. E. von der [REDACTED] entliehen werde. So habe er dies jedenfalls ausgesagt. Er habe angenommen, dass die [REDACTED] für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge und die anderen Nebenkosten aufkommen werde. Der Hinweis der Beklagten, M. E. habe keinen Sozialversicherungsausweis vorgelegt und keiner Krankenkasse angehört, sei vorliegend unbeachtlich für die Beurteilung, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen habe oder ein Subunternehmerverhältnis. Denn illegal Arbeitende hätten keinen Sozialversicherungsausweis und gehörten häufig auch keiner gesetzlichen Krankenkasse und dergleichen an. Gerade weil beide Arbeiter gewusst hätten, dass sie illegal tätig werden sollten, hätten sie angeben müssen, dass sie bei der Firma Arheiliger beschäftigt seien, weil sie sonst von Herrmann nach Arbeitspapieren gefragt worden wären, die sie nicht hätten vorlegen können. Herrmann sei diese Firma jedoch bekannt gewesen, da sie ihm 1994 Arbeitnehmer für Malerarbeiten zur Verfügung gestellt habe. Dass M. E. und [REDACTED] keine Subunternehmer gewesen seien, werde auch durch die eidesstattliche Erklärung des Sindik bestätigt. Da ein Beschäftigungsverhältnis mit der nicht mehr existenten [REDACTED] GmbH nicht bestanden haben könne, sei ein Beschäftigungsverhältnis mit der Firma Herrmann zustande gekommen, weil er Arbeit von M. E. und Sindik aufgrund eines unwirksamen Entleihvertrages mit der [REDACTED] GmbH in Anspruch genommen habe. Eine derartige Vereinbarung mit [REDACTED] Pasic habe Herrmann bei seiner Vernehmung angegeben, er habe sogar angeführt, der Lohn habe alle zwei Wochen an [REDACTED] ausgezahlt werden sollen, wobei Einzelheiten hierüber noch nicht geklärt gewesen seien. Die Angaben des Zeugen [REDACTED] zu diesem Punkt seien für das Gericht nicht überzeugend, sie seien vielmehr in vielen Punkten als unwahr zu beurteilen, da er bei zutreffender Aussage mit Folgerungen zu rechnen habe. Nach Überzeugung des Gerichts sei der Zeuge [REDACTED] Kovic mit dem [REDACTED] Pasic oder auch Pasic genannt identisch. Über den Namen [REDACTED] Pasic habe der Zeuge Herrmann diesen bereits auf der Baustelle in [REDACTED] kennengelernt, er sei als Vermittler bekannt.

Gegen dieses ihr am 2. Juli 1999 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 12. Juli 1999 am 13. Juli 1999 beim Hessischen Landessozialgericht Berufung eingelegt und geltend gemacht, der getötete M. E. sei nicht mit dem Grad der Gewissheit als Beschäftigter in

der Firma He [REDACTED] angestellt gewesen. Gegen das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses spreche, dass der Getötete weder eine Arbeitserlaubnis noch einen Sozialversicherungsausweis besessen habe und über den vereinbarten Stundenlohn hinaus keine weitergehenden Zahlungen zwischen ihm und dem Malermeister H [REDACTED] vereinbart worden seien. Die Dauer der Arbeiten sei allein vom Arbeitserfolg abhängig gewesen. Außerdem habe der Zeuge [REDACTED] bekundet, dass der Getötete weisungsfrei gewesen sei. Er habe für die zu erledigenden Arbeiten eigenes Werkzeug mitgebracht und habe ein T-Shirt mit schwarz-gelber Aufschrift „Trockenbau“ getragen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 4. Mai 1999 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die erstinstanzliche Entscheidung für rechtmäßig und vertritt die Auffassung, der Umstand, dass ein Stundenlohn vereinbart worden sei, keine Vereinbarung über Abnahme und Gewährleistungsfragen getroffen worden seien, der erforderliche Baustoff durch den Malermeister K [REDACTED] zur Verfügung gestellt worden sei, eine Einweisung durch den Polier [REDACTED] stattgefunden habe und die gesamten Umstände des Vertragsschlusses sprächen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Der Verunfallte habe mangels Sprachkenntnissen keine umfangreichen Vertragsverhandlungen führen können. Er sei folglich auch nicht als selbständiger Unternehmer auf dem Markt aufgetreten. Er sei auch nicht als solcher gemeldet und eingetragen gewesen. Auch der Zeuge Herrmann sei seiner erstinstanzlichen Vernehmung zufolge nicht davon ausgegangen, dass er mit dem Verunfallten einen Werkvertrag im Sinne eines Subunternehmervertrages abgeschlossen habe. Vielmehr sei er davon ausgegangen, dass der Verunfallte Arbeitnehmer sei. Es sei ein Arbeitsverhältnis direkt mit der Firma H [REDACTED] zustande gekommen. Die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, dass nach den Vorstellungen der Beteiligten überhaupt ein Leiharbeitsverhältnis habe begründet werden sollen. Der Zeuge H [REDACTED] habe auch lediglich von einer „Vermittlung“ gesprochen. Die Vermittlung eines

Arbeitsverhältnisses sei aber etwas anderes als die Vermittlung einer Arbeitnehmerüberlassung. Der Verunfallte sei auch nicht bei der Firma A. B. GmbH beschäftigt gewesen. Dies habe der Zeuge C auch nicht anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung bestätigt. Der Zeuge D bestätigte in einem Schreiben vom 10. März 1996, dass ihm lediglich bekannt gewesen sei, dass der Verunfallte früher für die Firma A. B. tätig gewesen sei.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung den Maurerpolier und jetzigen Rentner A. B. und den Malermeister K. als Zeugen vernommen. Zum Inhalt dieser Zeugenaussagen wird auf das Sitzungsprotokoll vom 20. Juni 2001 verwiesen (Bl. 217 - 221 der GA).

Hinsichtlich des Sach- und Streitstands im Übrigen wird auf die Gerichtsakte, die zum Verfahren beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten und die Auszüge aus der staatsanwaltlichen Ermittlungsakte - Az. 540 Js. 62433/95 -, deren Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet. Das mit der Berufung angefochtene Urteil des SG war aufzuheben und die Klage abzuweisen. Denn die von der Klägerin angefochtenen Bescheide der Beklagten sind rechtmäßig. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, den Unfall des M. E. vom 7. August 1995 als Arbeitsunfall zu entschädigen, weil der verunfallte M. E. bei den von ihm am Bau „Roter Turm“ in Jena ausgeführten Arbeiten nicht unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung stand. M. E. ist bei Ausführung der Trockenbauarbeiten weder als abhängig Beschäftigter im Sinne des § 539 Abs. 1 Nr. 1 Reichsversicherungsordnung (RVO) noch wie ein abhängig Beschäftigter gemäß § 539 Abs. 2 RVO tätig geworden.

Nach § 539 Abs. 1 Nr. 1 RVO sind die aufgrund eines Arbeits-, Dienst- oder Lehrverhältnisses Beschäftigten in der gesetzlichen Unfallversicherung gegen Arbeitsunfall versichert. Ein

Dienstverhältnis bzw. Arbeitsverhältnis in diesem Sinne liegt vor, wenn der Dienstverpflichtete zu dem Dienstberechtigten in einem wirtschaftlichen und vor allem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht. Das persönliche Abhängigkeitsverhältnis wird im Wesentlichen gekennzeichnet durch ein Weisungsrecht des Arbeitgebers, das Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung umfasst (BSGE 13, 196; 35, 20; BSG SozR 2200 § 1327 RVO Nrn. 4, 8, 19). Kennzeichnend für eine selbständige Tätigkeit ist das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, den Arbeitsort und die Arbeitszeit zu bestimmen (BSGE 13, 196; 35, 20; BSG SozR § 165 RVO Nrn. 30, 68; BSG SozR § 1227 RVO Nrn. 4, 8, 19). Diese im Sozialversicherungsrecht geltenden Abgrenzungskriterien stimmen mit denen des Handelsrechts überein. Danach ist selbständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 Satz 2 HGB). Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt und zur „funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein (BSG SozR Nrn. 30 und 68 zu § 165 RVO; BSG SozR 2200 § 1327 RVO Nrn. 4, 19). Eine solche Dienstleistung ist fremdbestimmt, wenn sie in der von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgeht (BSGE 38, 53). Sofern eine Tätigkeit Merkmale aufweist, die sowohl auf Abhängigkeit als auch Unabhängigkeit hinweisen, ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen. Dabei sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen und eine Entscheidung nach dem Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu treffen (BSG SozR zu § 165 RVO Nrn. 8, 51; BSG SozR 2200 § 165 Nr. 32). Anknüpfungspunkt ist zunächst die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses. Weicht diese jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, so sind diese entscheidend (BSGE 35, 20; 51, 164; BSG SozR 2200 § 1227 RVO Nrn. 4, 8, 19; BSG SozR zu § 165 RVO Nr. 68).

Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien lassen sich nicht aufstellen. Vielmehr ist bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen. Eine Reihe von Tätigkeiten kann sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses oder eines Werkvertrages erbracht werden.

Die Tätigkeit des M. E. als Trockenbauer kann grundsätzlich sowohl als Arbeitnehmer als auch als selbständig tätiger Werkunternehmer ausgeübt werden. Ein Tätigwerden des M. E.

im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses würde vorliegen, wenn M. E. als Leiharbeitnehmer (der Firma ~~XXXXXXXXXX~~ oder J. ~~XXXXXXXXXX~~ GmbH) oder Arbeitnehmer der Firma ~~XXXXXXXXXX~~ in bzw. für deren Betrieb tätig geworden ist. Ein Arbeitsverhältnis könnte aber auch nur mit einem anderen Unternehmen, der Firma ~~XXXXXXXXXX~~ oder J. ~~XXXXXXXXXX~~ GmbH, bestanden haben, wenn eine dieser Firmen als Subunternehmer für die Firma ~~XXXXXXXXXX~~ tätig geworden ist.

Liegt eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vor, weil der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt, ist der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. Gemäß § 10 Abs. 1 AÜG kommt in diesem Fall ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer zustande. Eine Arbeitnehmerüberlassung setzt mindestens drei Beteiligte voraus sowie einen Arbeitsvertrag zwischen zwei Beteiligten und eine Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht beim Arbeitgeber, sondern bei einem Dritten. Der Schwerpunkt der arbeitsvertraglichen Beziehungen muss nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 29. Juli 1970, BSGE 31, 245) zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer liegen. Der Verleiher muss die typischen Arbeitgeberpflichten und das Arbeitgeberrisiko tragen. Das Arbeitgeberrisiko besteht darin, dass das Leiharbeitsverhältnis den Einsatz des Leiharbeitnehmers beim Entleiher überdauert und dass der Leiharbeitnehmer auch dann Arbeitsentgelt erhält, wenn er nicht bei einem Entleiher tätig werden kann (BSG, a.a.O.). Bestehen zwischen dem Überlassenden und dem Arbeitnehmer keine echten arbeitsvertraglichen Beziehungen, stellt sich die Überlassung von Arbeitnehmern als Arbeitsvermittlung dar. Dies ist dann der Fall, „wenn sich die Tätigkeit des angeblichen Arbeitgebers darin erschöpft, dass er lediglich die Abrechnung der geleisteten Arbeitsstunden mit dem jeweiligen Unternehmer durchführt, bei denen die überlassenen Arbeitnehmer tätig sind und er nach Abzug seines Verdienstes den Arbeitskräften den Lohn abführt“ (so Sandmann/Marschall, AÜG, Kommentar, 22. Ergänzung, Dezember 2000, Art. 1 § 1 AÜG, Anm. 4a mit Hinweis auf die Rechtsprechung). An einer Arbeitnehmerüberlassung fehlt es auch, wenn der Überlassene kein Arbeitnehmer ist, weil er nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages mit einem Arbeitgeber tätig wird. Deshalb muss auch die bei dem Dritten ausübende Tätigkeit eine abhängige und unselbständige Tätigkeit sein (vgl. Sandmann/Marschall, a.a.O., AÜG, Einleitung, Anm. I 4).

Ist nur Letzteres nicht der Fall, kann dennoch ein Tätigwerden aufgrund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses vorliegen, wenn der Überlassene mit dem Überlassenden eine arbeitsver-

tragliche Beziehung hat. In diesem Fall wird der Überlassene als Erfüllungsgehilfe des Überlassenden tätig, der sich als Werkunternehmer und u.U. auch als Subunternehmer gegenüber einem Dritten zur Herstellung eines Werks verpflichtet hat. In diesem Fall organisiert der Unternehmer bzw. Subunternehmer selbst die notwendigen Handlungen, wobei er sich eines Erfüllungsgehilfen - dem Überlassenen - bedienen kann. „Da der Werkvertrag durch unternehmerische Eigenverantwortlichkeit des Herstellers (Unternehmers) und der daraus folgenden Dispositionsmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber dem Besteller gekennzeichnet ist, kann ein Werkvertrag nur bejaht werden, wenn der Unternehmer Art und Einteilung der Arbeiten selbst bestimmt und der Dritte kein Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern des Herstellers hat“ (so Sandmann/Marschall, a.a.O., Art. 1 § 1 AÜG, Anm. 13 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung).

Die Auffassung des SG, zwischen dem Verunfallten M. E. und der Firma [REDACTED] sei gemäß § 10 Abs. 1 i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen, weil die [REDACTED] als unerlaubt tätiger Entleiher den Verunfallten M. E. als Leiharbeiter der Firma Herrmann als Entleiher zur Arbeitsleistung überlassen habe, konnte sich der Senat aufgrund des Ermittlungsergebnisses nicht anschließen. Denn es konnte weder mit der erforderlichen an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden, dass der Verunfallte M. E. in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur [REDACTED] GmbH oder J. [REDACTED] GmbH stand, noch konnte nachgewiesen werden, dass ein solches abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu der Firma Herrmann vorlag. Es fehlt folglich an den Voraussetzungen zur Feststellung einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung, ebenso wie an den Voraussetzungen zur Annahme eines nur mit der Firma [REDACTED] oder einem anderen Unternehmen (der Firma [REDACTED] GmbH oder J. [REDACTED] GmbH) zustande gekommenen Arbeitsverhältnisses.

Nach dem vorliegenden Ergebnis der Ermittlungen, d.h. den Aussagen der Zeugen H. [REDACTED] und M. [REDACTED] sowie dem Vortrag der Klägerin steht fest, dass der Zeuge M. [REDACTED] bei den Vertragsverhandlungen zwischen dem Verunfallten M. E. und dem Inhaber der Firma H. [REDACTED] anwesend war. Unterschiedliche Angaben werden von dem Zeugen M. [REDACTED] und der Klägerin einerseits sowie dem Zeugen H. [REDACTED] andererseits zu der Rolle des Zeugen M. [REDACTED] gemacht. Während der Zeuge M. [REDACTED] und die Klägerin angeben, der Zeuge M. [REDACTED] sei lediglich als Dolmetscher bei den Vertragsverhandlungen anwesend gewesen, gibt der Zeuge H. [REDACTED] an, der Zeuge M. [REDACTED] sei für die Firma N. [REDACTED] GmbH als P. [REDACTED] oder

aufgetreten und er sei als Vermittler auf den Baustellen bekannt gewesen. Des weiteren behauptet der Zeuge K., der Stundenlohn von 30,00 DM sei mit dem Zeugen M. vereinbart worden, ebenso wie die 14tägige Auszahlung des Lohnes an diesen Zeugen. Neben der Aussage des Zeugen K. deuten auch andere Umstände darauf hin, dass der Zeuge M. mit dem von dem Zeugen H. genannten R. oder R. von der N. GmbH identisch ist. Denn die Visitenkarte, die dem Zeugen H. von Herrn R. übergeben wurde, weist auf den Zeugen M. hin. Die auf der Visitenkarte der N. GmbH angegebene Anschrift und Telefonnummer stimmen mit der Anschrift und Telefonnummer des Zeugen M. überein. Diese Umstände sprechen für den Wahrheitsgehalt der Aussage des Zeugen H. Es gibt noch andere Umstände, die dafür sprechen, dass die Rolle des Zeugen M. über die des bloßen Dolmetschers hinaus ging. So gab der Bauunternehmer Gerold H. anlässlich seiner polizeilichen Vernehmung an, er habe seine Gartenlaube in Waltershausen etwa im Februar 1995 an einen Jugoslawen namens Andreas, wohnhaft in der K. in Main vermietet. Auch die von dem Bauunternehmer Herz angegebene Anschrift und Telefonnummer sind mit der Anschrift und der Telefonnummer des Zeugen I. identisch. Einen weiteren Beleg dafür, dass der als Andreas bezeichnete Mieter der Gartenlaube mit dem Zeugen M. identisch ist, liefert die Aussage des E. bei seiner polizeilichen Vernehmung. Dieser gab an, er und der Verunfallte M. E. hätten in der Nacht vor dem Unfall in dem Wochenendhaus des Herrn Herz übernachtet. Von dort aus seien sie mit einem Opel Ascona, der einem Andreas gehöre, nach Jena gefahren. Dass der „Andreas“ und der Zeuge M. identisch sind, bestätigte der Zeuge M. am 9. August 1995 bei seiner Aussage vor der Landespolizei Thüringen. Denn er gab an, der Miro habe seit längerer Zeit seinen Pkw Opel Ascona, der sich noch in Jena befinden müsse.

Es ist deshalb nach Überzeugung des Senats davon auszugehen, dass der Zeuge M. dem Verunfallten M. E. sein Fahrzeug und die von ihm angemietete Gartenlaube überlassen hatte. Auch ist davon auszugehen, dass der Zeuge M. nicht nur als Dolmetscher aufgetreten ist, sondern auch als Arbeitsvermittler bzw. als Vermittler bei der Vergabe von Bauarbeiten tätig geworden ist. Für ein Tätigwerden des Zeugen M. als Arbeitgeber und Entleiher im Rahmen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung gibt es allerdings keinen eindeutigen Nachweis. Zwar können die mit dem Zeugen K. getroffenen Vereinbarungen über die Zahlung der von M. E. und G. geleisteten Arbeitsstunden sowie die Überlassung von Wohnung und Pkw an M. E. und G. auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses

hindeuten. Jedoch lässt das Vorliegen dieser Umstände nicht den Schluss zu, dass der Zeuge M. E. auch arbeitgeberähnliche Verpflichtungen übernommen und ein Arbeitgeberberrisiko getragen oder er gegenüber dem Verunfallten M. E. ein dem Arbeitgeber vergleichbares Direktionsrecht inne hatte. Die Auszahlung der Arbeitsentgelte nicht an die die Arbeit ausführenden Personen, sondern an den M. E. bzw. M. E., kann auch lediglich dem Zweck gedient haben, dem M. E. den Abzug seines Verdienstes, d.h. der Entgelte für die Vermittlung der Arbeit sowie Überlassung von Wohnung und Pkw, zu ermöglichen. Da aus dem Gesamtergebnis der Ermittlungen über die Art der früheren Tätigkeiten des M. E. keine Erkenntnisse gewonnen werden konnten - so konnte nicht festgestellt werden, ob der verunfallte M. E. früher für eine Baufirma als abhängig Beschäftigter tätig war - lassen sich hieraus auch keine Schlussfolgerungen auf die Art der am 7. August 1995 ausgeführten Tätigkeit ableiten. Die Klägerin konnte keine Angaben machen, wo bzw. für wen ihr Ehemann vor dem Beginn der Arbeiten am „Roten Turm“ gearbeitet hat. Auch der von der Landespolizei Thüringen vernommene Stanko K. wusste nichts über die Arbeit des M. E. in Deutschland. Der Umstand, dass die Klägerin anlässlich der Geburt ihres zweiten Kindes im Februar 1995 in den Städtischen Kliniken Offenbach am Main keine Krankenversicherung als Kostenträger angab und sie auch keine Angaben über ihren Ehemann machte, obwohl dieser damals noch im Besitz einer gültigen Arbeitserlaubnis war, lässt allenfalls den Schluss zu, dass der verunfallte M. E. im Februar 1995 keine abhängige sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat.

Da folglich nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Zeuge M. E. als Arbeitgeber und Entleiher im Rahmen einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung der Firma H. als Entleiher Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung überlassen hat, kann von dem Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem verunfallten M. E. und der Firma H. aufgrund des § 10 Abs. 1 AÜG nicht ausgegangen werden.

Nach dem Ergebnis der Ermittlungen steht ebenfalls nicht fest, dass der verunfallte M. E. zu der Firma H. in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat.

Über den Inhalt der zwischen dem Inhaber der Firma H. und dem verunfallten M. E. getroffenen vertraglichen Vereinbarung liegen ebenfalls abweichende Aussagen vor. Der Zeuge M. E. gab auf Befragen der Beklagten am 26. Januar 1997 an, bei dem Gespräch, das zum Vertragsabschluss geführt habe, habe der Zeuge H. dem M. E. erklärt, welche

Aufgaben er übernehmen sollte, habe die Arbeitszeiten und den Arbeitsbeginn genannt und ihm erklärt, dass er den Weisungen eines Brigadeleiters unterliege. In der mündlichen Verhandlung vor dem SG hat der Zeuge angegeben, dem M. E. sei gesagt worden, dass er sich bei einem bestimmten Vorarbeiter melden sollte, dieser Vorarbeiter habe ihn auch bei den Arbeiten einweisen und ihm die nötigen Werkzeuge geben sollen. Der M. E. habe auf der Baustelle alles Nötige bekommen sollen. Es sei ein Stundenlohn von 16,00 oder 18,00 DM vereinbart worden, außerdem hätten noch Fahrtkosten von Gotha nach Jena und eine Auslösung gezahlt werden sollen. Die Firma [REDACTED] habe auch eine Unterkunft für den M. E. bereit gestellt. Der M. E. habe jederzeit einen Vorschuss verlangen können, eine Abrechnung habe am Monatsende erfolgen sollen. Das Arbeitsentgelt habe direkt an den M. E. und nicht an ihn, den [REDACTED]vic, ausgezahlt werden sollen. Weiter gab der Zeuge [REDACTED]vic an, der M. E. habe bei den Vertragsverhandlungen dem Zeugen [REDACTED] diverse Papiere vorgelegt. Diese Aussage des Zeugen [REDACTED]ic entspricht in einigen Punkten nachweislich nicht den tatsächlichen Verhältnissen. So steht fest, dass der verunfallte M. E. und der ebenfalls am Roten Turm als Trockenbauer arbeitende [REDACTED] nicht in einer Firmenunterkunft der Firma [REDACTED] wohnten, sondern in einem von dem Zeugen [REDACTED]ic angemieteten Gartenhaus oder Wochenendhaus in Waltershausen. Soweit er angibt, der M. E. habe dem Zeugen [REDACTED] diverse Papiere vorgelegt, steht diese Aussage nicht nur im Widerspruch zu der Aussage des Zeugen [REDACTED], sondern es ist auch nicht ersichtlich, welche Papiere der M. E. dem Zeugen [REDACTED] vorgelegt haben soll. Denn M. E. befand sich nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis, sein Reisepass war in Verwahrung bei der Ausländerbehörde Offenbach. Zudem kannte der Zeuge [REDACTED] nicht den richtigen Namen des M. E., so dass auch dieser Umstand dafür spricht, dass der Zeuge [REDACTED] zumindest in diesen Punkten nicht die Wahrheit gesagt hat. Der Aussage des Zeugen [REDACTED] kann lediglich entnommen werden, dass man sich über einen Stundenlohn von 30,00 DM geeinigt hat und darüber, dass acht bis zehn Stunden am Tag gearbeitet werden sollte. Anhand der Zeugenaussagen kann somit nur davon ausgegangen werden, dass sich die Vertragsparteien über die Höhe des Entgelts, d.h. über einen Stundenlohn von 30,00 DM, die Art der zu leistenden Tätigkeit, d.h. das Aufstellen von Ständerwänden geeignet haben und darüber, dass das Material zur Erstellung der Ständerwände von der Firma [REDACTED] gestellt werden sollte.

Die Vereinbarung, die Vergütung für die geleistete Arbeit nach der Anzahl der geleisteten Arbeitsstunden zu bemessen, spricht für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Dies gilt auch für die Vereinbarung, dass acht bis zehn

Stunden täglich gearbeitet werden sollten. Jedoch kann allein aufgrund dieser Vereinbarungen nicht zwingend auf das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses geschlossen werden. Auch die sonstigen Umstände müssen für eine abhängige Beschäftigung und gegen das Vorliegen eines Werkvertrages sprechen. Denn auch im Rahmen eines Werkvertrages, z.B. bei handwerklichen Reparaturarbeiten, ist eine Vergütung nach der Anzahl der aufgewendeten Arbeitsstunden nicht unüblich. Auch der Umstand, dass die Firma H. die zur Erstellung der Ständerwände notwendigen Materialien, wie Ständer, Gipsplatten und Schrauben, zur Verfügung gestellt hat, spricht nicht zwingend für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung. Denn auch der Besteller eines Werkes kann dem Werkunternehmer die zur Erstellung des Werkes notwendigen Materialien zur Verfügung stellen.

Hier sprechen jedoch die vorliegenden weiteren tatsächlichen Gegebenheiten gegen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses. Aufgrund der glaubhaften Aussagen der Zeugen H. und J. steht für den Senat fest, dass der verunfallte M. E. und der mit ihm als Trockenbauer tätige S. nicht in den Betrieb der Firma H. organisatorisch eingebunden waren und von Seiten der Firma Herrmann kein Weisungsrecht gegenüber dem M. E. und dem S. ausgeübt wurde.

Der Zeuge H. hat in der mündlichen Verhandlung vom 20. Juni 2001 für den Senat glaubhaft und überzeugend ausgesagt, dass der verunfallte M. E. und der mit ihm tätige Zdenko Sindik ihre eigenen Werkzeuge, die sie zur Erstellung der Ständerwände benötigten und auch ihre eigene Arbeitskleidung zur Baustelle mitgebracht hatten. Der Zeuge H. hat dargelegt, dass die bei ihm festangestellten Arbeitnehmer jeweils über Werkzeugkisten im Wert von ca. 500,00 DM verfügten und er solche Werkzeuge den als Trockenbauer Tätigen nicht überlassen hat. Er hat auch glaubhaft versichert, dass er weder an den M. E. noch an den S. Arbeitskleidung ausgegeben habe. Er hat ausgesagt, dass die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer zwar auch weiße Arbeitskleidung trugen, jedoch mit der Aufschrift „Malerfachbetrieb H.“. Der Zeuge H. konnte auch ausschließen, dass von seiner Frau Arbeitskleidung ausgegeben worden ist, weil nur er selbst für die Ausgabe von Arbeitskleidung zuständig war. Fest steht auch, dass die Firma H. den als Trockenbauern tätigen M. E. und S. weder eine Unterkunft noch ein Fahrzeug zur Verfügung gestellt hat. Aufgrund der Aussagen der Zeugen H. und J. steht auch fest, dass die als Trockenbauer tätigen M. E. und S. bei Ausübung ihrer Tätigkeiten keinen Weisungen unterlagen, wie dies zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber üblich ist. Den Trockenbauern S. und M. E. wurde lediglich aufgezeichnet, wo die Ständerwände aufgebaut werden sollten.

Über diese, den Auftrag konkretisierenden Angaben hinaus, wurden ihnen keine Weisungen erteilt. Der Zeuge H. hat ausgesagt, dass auch die Einhaltung der Arbeitszeit von niemanden kontrolliert wurde. Er selbst habe keine Kontrollen durchgeführt und habe auch den Maurerpolier K. nicht mit solchen Kontrollen beauftragt. Der Zeuge L. hat bestätigt, dass er nicht von dem Zeugen H. beauftragt worden sei, die Trockenbauer M. E. und S. zu kontrollieren, weder hinsichtlich des Arbeitserfolges noch hinsichtlich der Arbeitszeit und er dies auch nicht getan hat, weil er mit Arbeitern der Firma H. nichts zu tun hatte. Der Zeuge G. konnte demzufolge auch nicht die Angaben des Z. vom 23. März 1998 bestätigen, wonach ein Vorarbeiter namens „Arthur“ (= der Maurerpolier und Z.) ihm und dem M. E. täglich Arbeiten zugeteilt habe. Der Zeuge H. hat auch zum Ausdruck gebracht, er sei davon ausgegangen, dass die beiden Trockenbauer gut und schnell arbeiteten, weil er sie bereits in Niedernissen habe arbeiten sehen. Der Zeuge H. hat auch deutlich gemacht, dass er davon ausgegangen ist, dass es sich bei dem M. E. und S. um Spezialisten im Trockenbau handelt, die in der Lage waren, die Stellwände fachgerecht und ohne die Erteilung von Weisungen zu erstellen. Zudem hat er zum Ausdruck gebracht, dass es ihm auf den Arbeitserfolg ankam. Denn er hat ausgesagt, dass er im Falle einer schlechten Leistung nicht bereit gewesen wäre, die Arbeitszeit zu bezahlen. Das Risiko einer schlechten Leistung war folglich von dem M. E. und dem Sindik und nicht von der Firma Herrmann zu tragen. Da mehr Gründe gegen als für das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mit dem M. E. und der Firma H. sprechen, ist nicht erwiesen, dass zwischen dem M. E. und der Firma H. ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Es liegen - wie bereits ausgeführt - auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass M. E. als Arbeitnehmer einer anderen Baufirma, die ihrerseits die Aufgaben eines Subunternehmers hätte wahrnehmen können, tätig wurde. Denn es ist nicht ersichtlich, dass ein Dritter, z.B. der Zeuge G. als Werkunternehmer und Subunternehmer dem M. E. und dem S. Weisungen erteilt hat.

Da folglich die tatsächlichen Gegebenheiten und die Gesamtumstände gegen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses des verunfallten M. E. sprechen, stand der Ehemann der Klägerin aufgrund der von ihm am Bau „Roter Turm“ in Jena ausgeführten Arbeiten nicht unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 539 Abs. 1 Nr. 1 RVO. Auch ein Versicherungsschutz nach § 539 Abs. 2 RVO ist hier nicht gegeben, weil die von dem verunfallten M. E. geleistete Tätigkeit auch nicht unter solchen Umständen geleistet worden ist, die einer Tätigkeit aufgrund eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ähnlich sind.

Nach alledem fehlt es an einer Verpflichtung der Beklagten, den Unfall des M. E. vom 7. August 1995 als Arbeitsunfall zu entschädigen. Der Berufung der Beklagten war stattzugeben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 Sozialgerichtsgesetz (SGG), die über die Nichtzulassung der Revision aus § 160 Abs. 2 SGG.

Anlage 2

BSG-Beschluss vom 12.12.2001 - B 2 U 301/01 B -

Gründe:

Die gegen die Nichtzulassung der Revision im angefochtenen Urteil des Hessischen Landessozialgerichts (LSG) gerichtete Beschwerde, mit welcher die Klägerin den Zulassungsgrund des Verfahrensmangels geltend macht, ist unzulässig. Die dazu gegebene Begründung entspricht nicht der in § 160 Abs 2 und § 160a Abs 2 Satz 3 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) festgelegten Form. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) erfordern diese Vorschriften, daß der Zulassungsgrund schlüssig dargetan wird (BSG SozR 1500 § 160a Nr 34, 47 und 58; vgl hierzu auch Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 2. Aufl 1997, IX, RdNr 177 und 179 mwN). Diese Voraussetzungen hat die Klägerin nicht iS des § 160a Abs 2 Satz 3 SGG dargetan.

Als Verfahrensfehler macht die Klägerin zunächst geltend, das LSG habe seine Entscheidung, ein Beschäftigungsverhältnis sei bei ihrem Ehemann nicht nachweisbar gewesen, im wesentlichen auf Zeugenvernehmungen in der ersten Instanz, insbesondere auf die des Zeugen [REDACTED] gestützt. Dies stelle eine einseitige Beweisaufnahme dar und verstoße gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Das Urteil des LSG gehe auf Seite 14 ausdrücklich auf die Umstände hinsichtlich der Visitenkarte der Nova GmbH ein. Dies sei aber ausschließlich schriftlich erörtert worden. Insbesondere hätte das LSG den Zeugen [REDACTED] persönlich hören müssen. Der "unmittelbare" Zeuge Z[REDACTED] von dem eine eidesstattliche Versicherung vorgelegen habe, hätte ebenfalls gehört werden müssen. Entsprechendes gelte für den Zeugen [REDACTED], auf dessen polizeiliche Vernehmung das LSG lediglich Bezug genommen habe. Auch habe das LSG es versäumt, die Glaubwürdigkeit der Zeugen zu prüfen. Die genannten Verfahrensfehler stellten einen Verstoß gegen ihr Recht auf rechtliches Gehör, gegen die Grundsätze der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und des fairen Gerichtsverfahrens sowie gegen die Amtsermittlungspflicht dar.

Mit diesem Vorbringen hat die Klägerin einen Verfahrensmangel iS des § 160 Abs 2 Nr 3 SGG nicht hinreichend dargelegt. Nach dieser Vorschrift ist die Revision zuzulassen, wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann. Nach § 160 Abs 2 Nr 3 Halbs 2 SGG kann der geltend gemachte Verfahrensmangel auf eine Verletzung der §§ 109 (Anhörung eines bestimmten Arztes) und 128 Abs 1 Satz 1 SGG (freie Beweiswürdigung) nicht, auf eine Verletzung des § 103 SGG (Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen) nur dann gestützt werden, wenn er sich auf einen Beweisantrag bezieht, dem das LSG ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist.

Die Voraussetzungen für eine Verletzung ihres Rechts auf rechtliches Gehörs (§§ 62, 128 Abs 2 SGG, Art 103 Abs 1 des Grundgesetzes) hat die Klägerin nicht schlüssig bezeichnet. Die genannten Vorschriften sollen verhindern, daß die Beteiligten durch eine Entscheidung überrascht werden, die auf Rechtsauffassungen, Tatsachen oder Beweisergebnissen beruht, zu denen sie sich nicht äußern konnten. Der sich daraus ergebende Anspruch auf rechtliches Gehör und die dementsprechenden Hinweispflichten des Gerichts beziehen sich jedoch nur auf solche Rechtsauffassungen, Tatsachen oder Beweisergebnisse, die den Beteiligten bislang unbekannt waren. Es gibt auch keinen allgemeinen Verfahrensgrundsatz, der das Gericht verpflichtet, die Beteiligten vor einer Entscheidung auf eine in Aussicht genommene Beweiswürdigung hinzuweisen oder die für die richterliche Überzeugungsbildung möglicherweise leitenden Gründe zuvor mit den Beteiligten zu erörtern (vgl. Beschlüsse des Senats vom 17. Februar 1999 - B 2 U 141/98 B - HVBG-Info 1999, 3700 und vom 21. November 2000 - B 2 U 288/00 B -). Die Klägerin hat nicht dargelegt, daß ihr erhebliche Rechtsauffassungen, Tatsachen oder Beweisergebnisse, auf denen das Urteil des LSG beruhen kann, unbekannt geblieben seien.

Eine Verletzung der Grundsätze der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (§ 117 SGG) und des fairen Gerichtsverfahrens hat die Klägerin ebenfalls nicht schlüssig dargetan. Selbst wenn man ihrer Auffassung folgt, das LSG hätte noch Zeugen unmittelbar anhören und auf ihre Glaubwürdigkeit prüfen müssen, mangelt es an der Darlegung, aus welchen Gründen hier keine Heilung dieser Verfahrensmängel eingetreten sei. Die Vorschriften der Zivilprozeßordnung (ZPO) über die Rüge von Verfahrensmängeln der Berufungsinstanz im Revisionsverfahren und die Heilung von Verfahrensmängeln (§§ 295, 558 ZPO) sind über § 202 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwenden (BSG SozR 1500 § 160a Nr 61 mwN). Gemäß § 558 ZPO kann die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift in der Revisionsinstanz - und demgemäß auch im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde - nicht mehr gerügt werden, wenn das Rügerecht nach § 295 ZPO verlorengegangen ist. Das ist ua dann geschehen, wenn in der auf den Mangel folgenden nächsten mündlichen Verhandlung, in welcher der betreffende Beteiligte vertreten war, der Mangel nicht gerügt worden ist, obgleich er bekannt war oder bekannt sein mußte (§ 295 Abs 1 ZPO). In der mündlichen Verhandlung vor dem LSG am 20. Juni 2001 war die Klägerin durch die von ihr bevollmächtigte und im Rahmen der Prozeßkostenhilfe ihr beigeordnete Rechtsanwältin Kögler ordnungsgemäß vertreten, die auch zur Sache verhandelt hat. Von dieser sind Anträge auf weitere Zeugenvernehmungen oder auf sonstige zusätzliche Ermittlungen nicht gestellt worden, obwohl ihr in der Terminladung mitgeteilt worden ist, daß zum Beweisthema "Tätigkeit des verstorbenen M. bei den Sanierungsarbeiten im 'Roten Turm' in Jena im August 1995" nur die Zeugen und zur mündlichen Verhandlung geladen waren. Vielmehr ist der Sitzungsniederschrift zu entnehmen, daß von ihr nur

ein Sachantrag gestellt worden ist. Die Klägerin hätte mithin in der Beschwerdebegründung aufzeigen müssen, daß sie die von ihr angenommenen Mängel des Berufungsverfahrens rechtzeitig gerügt und diese Rüge aufrechterhalten hat oder ob Vorschriften iS des § 295 Abs 2 ZPO verletzt worden sind, auf deren Befolgung wirksam nicht verzichtet werden kann (vgl BSG SozR 1500 § 160a Nr 61). Dies hat sie indes versäumt.

Soweit die Klägerin in ihrer Beschwerdebegründung im Zusammenhang mit den angeblich unterlassenen Zeugenanhörungen eine Verletzung der Amtsermittlungspflicht (§ 103 SGG) rügt, kann dies schon deshalb nicht zur Zulassung der Revision führen, weil sie nicht dargelegt hat, insoweit einen wirksamen Beweisantrag gestellt zu haben.

Des weiteren trägt die Klägerin in ihrer Beschwerdebegründung vor, sie habe in der mündlichen Verhandlung vor dem LSG am 20. Juni 2001 den Antrag auf Schriftsatznachlaß gestellt, nachdem ihr der Schriftsatz der Beklagten vom 8. Juni 2001 überreicht worden sei, mit dem die Beklagte erstmals zur Anspruchsgrundlage des § 539 der Reichsversicherungsordnung eingehend Stellung genommen habe und den sie in der mündlichen Verhandlung nicht zur Kenntnis habe nehmen können. Dieser Antrag sei im Sitzungsprotokoll nicht aufgeführt gewesen. Ihren mit Schriftsatz von 25. Juni 2001 gestellten Antrag auf Berichtigung der Sitzungsniederschrift habe das LSG abgelehnt. Mit diesem Verhalten habe das LSG gegen ihr Recht auf rechtliches Gehör verstoßen.

Auch diese Rüge kann nicht zur Zulassung der Revision führen. Selbst wenn man unterstellt, die Klägerin habe zu Beginn der mündlichen Verhandlung einen Antrag auf Schriftsatznachlaß gestellt und das LSG hätte dies in der Sitzungsniederschrift protokollieren müssen, fehlt es an einer ausreichenden Begründung dafür, inwiefern ihr Rügerecht nicht gemäß den §§ 558 und 295 ZPO verlorengegangen ist, nachdem sie zur Sache verhandelt und bei der Stellung der Schlußanträge es versäumt hat, den Antrag auf Schriftsatznachlaß zumindest hilfsweise zu stellen.

Das übrige Vorbringen der Klägerin zielt im Kern auf eine Kritik an der Beweiswürdigung durch das LSG ab. Darauf kann eine Nichtzulassungsbeschwerde jedoch in zulässiger Weise nicht gestützt werden, weil - wie oben bereits erwähnt - § 160 Abs 2 Nr 3 Halbs 2 SGG es ausdrücklich ausschließt, den geltend gemachten Verfahrensmangel auf Fehler der Beweiswürdigung iS des § 128 Abs 1 Satz 1 SGG zu stützen. Dieser Hinweis soll keinesfalls Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Beweiswürdigung durch das LSG andeuten.

Die Beschwerde der Klägerin war daher als unzulässig zu verwerfen (§ 169 SGG).

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des § 193 SGG.