



1. Zur Abgrenzung arbeitnehmerähnlicher von unternehmerähnlicher Tätigkeit bei Prüfung des § 2 Abs 2 S 1 SGB VII (hier: Tätigkeit als Bauhelfer/Berater).
2. Ein Zeitaufwand von 40 Stunden für eine Hilfstätigkeit kann im Rahmen der Beurteilung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalls noch rein familiär geprägter Gefälligkeit zugeordnet werden.

§ 2 Abs 2 S 1 SGB VII

Urteil des Bayerischen LSG vom 05.12.2006 – L 17 U 166/04 –
Aufhebung des Urteils des SG Nürnberg vom 09.03.2004 - S 15 U 120/03 -

Der Ehemann der Klägerin hatte, als er einen tödlichen Unfall erlitt, bei einem Bauvorhaben seiner Schwiegertochter mitgeholfen, und zwar als Bauhelfer und in der Organisation (Beratung). Einen Versicherungsschutz als "Wie-Beschäftigter" nach § 2 Abs 2 S 1 SGB VII hat das LSG verneint.

Zum einen sei seine Tätigkeit unternehmerähnlich gewesen. Er habe nicht dem Auftraggeber wie ein Beschäftigter seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt, sondern sich bereit erklärt, sein Werk eigenverantwortlich herzustellen bzw. konkrete Aufträge zu erledigen. Seine Tätigkeiten hätten daher eher einem Auftrag mit Werkvertragscharakter i.S.d § 662 BGB entsprochen als einer Arbeitnehmertätigkeit. Dies sei auch dadurch zum Ausdruck gekommen, dass er, da selber Fachmann, keinen Weisungen unterlegen habe und bei der Vorplanung der Baumaßnahme beratend tätig gewesen sei.

Zum anderen sei seine Tätigkeit auch eine wesentlich durch die Verwandtschaft geprägte Gefälligkeitsleistung gewesen. Auf Grund der vorliegend starken, auch tatsächlich bestehenden familiären Bindung sei es für den Getöteten selbstverständlich gewesen, Sohn und Schwiegertochter bei dem Bau des Eigenheims zu helfen. Bis zum tödlichen Unfall hatte der Getötete 40 Stunden für das Vorhaben gearbeitet bei einem insgesamt vorgesehenen Zeitaufwand von 140 Stunden. Nach Ansicht des LSG sei es "rechtlich nicht zu beanstanden, dass im Rahmen der Beurteilung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles der Zeitaufwand von JH (40 Stunden) noch rein familiärer Gefälligkeit zuzuordnen ist".

Hinweis: In einem vergleichbaren Fall hat das LSG Nordrhein-Westfalen (Urteil vom 02.03.2007 - L 4 U 47/06 -) unlängst ebenfalls zur Abgrenzung arbeit- und unternehmerähnlicher Tätigkeiten im Rahmen des § 2 Abs 2 S 1 SGB VII Stellung bezogen. Mit ähnlicher Begründung wurde auch dort Unternehmerähnlichkeit bejaht (Kläger, gelernter Dachdecker, hatte Klempnerarbeiten an einem Dach ausgeführt; für diese Arbeiten war er speziell wegen seiner Fachkunde angesprochen worden und er hatte die Herstellung des Gewerkes zugesagt), ebenso wie das Vorliegen einer rein familiären Gefälligkeitsleistung (Kläger war Bruder der Bauherrin; es bestand enge verwandtschaftliche Bindung zur Schwester; Zeitaufwand von ca 30 Stunden für die Arbeiten gehe auch nicht über den Rahmen familiärer Gefälligkeit hinaus).

Das **Bayerische Landessozialgericht** hat mit **Urteil vom 05.12.2006 – L 17 U 166/04 –** wie folgt entschieden:



Tatbestand

Zwischen den Beteiligten ist die Anerkennung und Entschädigung (H-Leistungen) des Ereignisses vom 12.10.2001 als Arbeitsunfall streitig.

Der 1937 geborene Ehemann der Klägerin J. H. (JH) erlitt am 12.10.2001 einen tödlichen Unfall. Nicht angegurtet prallte er mit einem VW-Pritschenwagen der Firma H. und Co. auf eine Betonmauer. Noch am Unfallort verstarb er bei Schädel-Hirn-Trauma (Rückenmarksdurchtrennung). Er stand nicht unter Alkohol. Bremsspuren fanden sich am Unfallort nicht. Mängel an dem VW waren nicht vorhanden (Kurzgutachten des Dipl.Ing. H. vom 23.10.2001).

JH war früher selbstständiger Bauunternehmer und bis 31.03.1998 bei der Beklagten unternehmer-versichert. Anschließend hatte sein Sohn T. das Bauunternehmen übernommen. JH war kein Gesellschafter der H. & Sohn Bauunternehmen GmbH mehr.

Zur Unfallzeit hatte JH bei der Bausache seiner Schwiegertochter C. H. (Ehefrau seines Sohnes S. H.) mitgeholfen, und zwar als Bauhelfer und in der Organisation. Baubeginn war September 2000. Bis zum Unfallzeitpunkt hatte er 40 Arbeitsstunden zurückgelegt (Meldebogen für Eigenbauarbeiten vom 13.12.2001). Nach Angaben seines Sohnes S. war er bei der Vorplanung der Baumaßnahme sowie der Planung und Organisation beratend tätig. Weisungen sei er nicht unterlegen gewesen. Eine Entlohnung sei nicht vereinbart gewesen. Das Interesse von JH habe in der Hilfe für die beiden Söhne bestanden, um Geld zu sparen. Nach Absprache mit seinem Sohn S. holte er zum Unfallzeitpunkt einen Innenkamin aus S. ab, um ihn zum Ort der Bauarbeiten (V., S.weg) zu fahren.

Das Bauvorhaben wurde der Beklagten erst mit Meldung vom 25.10.2001 angezeigt.

Mit Bescheid vom 17.07.2002 lehnte die Beklagte die Gewährung von Hinterbliebenenleistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung ab. Sie führte aus, dass JH wesentlich an der Planung und Beratung der Eigenbaumaßnahme beteiligt gewesen sei. Er habe die Tätigkeit weisungsfrei und eigenverantwortlich ausgeübt. Somit sei er nicht arbeitnehmer-, sondern unternehmerähnlich tätig gewesen.

Im anschließenden Widerspruchsverfahren trug die Klägerin vor, dass JH während der Eigenbaumaßnahme arbeitnehmerähnlich tätig gewesen sei. Seine Mitwirkung habe sich auf die unentgeltliche Unterstützung des Sohnes S. bei dessen Eigenheimbau bezogen, nicht auf die bauunternehmerische Auftragsabwicklung durch die Fa. H. & Sohn. An der Bauplanung sei er zu keinem Zeitpunkt maßgeblich beteiligt gewesen. Bei der Ausführung des Bauvorhabens habe er selbstverständlich sein jahrzehntelanges Fachwissen beratend mit eingebracht. Dies habe ihn jedoch noch nicht zu einer unternehmerähnlichen Person gemacht. Allein baufachlichen Weisungen des Sohnes - fachlich ein Laie - sei er nicht gefolgt. Am Unfalltag sollte er den Kamin lediglich anliefern, beim Abladen helfen und schließlich noch Aufräumarbeiten auf der Baustelle leisten.

Mit Bescheid vom 26.03.2003 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Versicherungsschutz nach § 2 Abs 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch (SGB) VII habe nicht bestanden, da kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur Fa. H. & Sohn bzw. zu den Bauherren vorgelegen habe. Auch Versicherungsschutz nach § 2 Abs 2 SGB VII komme nicht in Betracht. Eine unternehmerähnliche Tätigkeit sei anzunehmen, da JH über spezifische Fachkenntnisse verfügte, die Leitung über die Tätigkeiten innehatte, bei der Ausführung in keinem



wesentlichen Umfang Weisungen ausgesetzt gewesen sei und seine Arbeitszeit frei bestimmen konnte.

Gegen diese Bescheide hat die Klägerin Klage erhoben und beantragt, die Beklagte zu verurteilen, Hinterbliebenenleistungen nach den gesetzlichen Bestimmungen des SGB VII zu gewähren. Sie hat vorgetragen, dass der Transport des Kamines auf Geheiß bzw. nach vorheriger Absprache mit den Bauherren erfolgt sei, für die JH aufgrund familiärer Bindungen beim Bauvorhaben unentgeltliche Arbeit leistete.

In der mündlichen Verhandlung vom 09.03.2004 hat der Sohn S. bekräftigt, dass er seinem Vater keine Anweisungen bezügl. der Abholung des Kamins gegeben habe. Es sei vereinbart gewesen, dass dieser ihn abhole, wenn er gebraucht werde. Sein Vater sei so etwas wie "Mädchen für alles" gewesen, wenn er selbst nicht anwesend war. Der Vater habe vor allem Handlangertätigkeiten ausgeübt. In manchen Dingen sei auf seinen fachlichen Rat zurückgegriffen worden. Die eigentliche Planung habe aber sein Bruder T. gehabt. Was der Vater machen sollte, haben er und seine Frau ihm gesagt. Natürlich habe er manches auch von sich aus gemacht. Der Vater habe die Materialbeschaffung vor allem dann selbstständig durchgeführt, wenn von der Firma oder den Bauherren niemand anwesend gewesen sei. Die Materialplanung sei durch seinen Bruder T. erfolgt. Wenn etwas unvorhergesehenerweise fehlte, seien die entsprechenden Beschaffungen von seiner Ehefrau, seinem Vater oder ihm selbst vorgenommen worden.

Mit Urteil vom 09.03.2004 hat das Sozialgericht (SG) die Beklagte verurteilt, der Klägerin aufgrund des Ereignisses vom 12.10.2001 Hinterbliebenenleistungen nach den gesetzlichen Bestimmungen des SGB VII zu gewähren. Es hat ausgeführt, dass JH unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 SGB VII gestanden habe, weil eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit vorgelegen habe. Die Handlungstendenz des Versicherten sei auf die Belange der aus seiner Sicht fremden Eigenbaumaßnahme gerichtet gewesen. Er sei in der Eigenbaumaßnahme eingegliedert gewesen und habe dort im Wesentlichen Bauhelfer- und Maurertätigkeiten geleistet. Die Gesamtumstände sprächen dafür, dass er nicht über seine Arbeitszeit frei verfügen konnte, sondern in die Eigenbaumaßnahme zeitlich eingegliedert gewesen sei. Er sei nicht eigenverantwortlich und weisungsfrei tätig gewesen, sondern helfend neben der mit der Erstellung des Rohbaus beauftragten Firma H. & Sohn. Aus dieser Firma habe sich JH seit langer Zeit zurückgezogen. Auch dass es sich um eine Hilfeleistung unter Verwandten handelte, schließe den Versicherungsschutz nicht aus. Insbesondere aufgrund des Umfangs, aber auch wegen der Art der Tätigkeit und der Vorkenntnisse und Erfahrungen von JH sei davon auszugehen, dass trotz verwandtschaftlicher Beziehung eine Tätigkeit wie ein Beschäftigter und nicht nur eine bloße Gefälligkeitsleistung unter Verwandten vorgelegen habe.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt und vorgetragen, dass das Bauvorhaben erst nach dem tödlichen Unfall des JH mit Meldung vom 25.10.2001 angezeigt worden sei. Nach den ersten Angaben zu den privaten Helfern vom 13.12.2001 sei JH 40 Stunden für Organisation und Bauhilfe tätig gewesen. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass Arbeitszeit und Arbeitsdauer vom Bauherrn bestimmt worden seien, zumal S. H. selbst berufstätig war. Es sei durchaus glaubhaft und nachvollziehbar, dass Arbeitsschritte mit dem Bauherrn abgesprochen wurden. Dies sei im Rahmen von Werkverträgen üblich. Ein Hausbau müsse organisiert und koordiniert werden. Sich in logistische Arbeitsabläufe einzufügen, sei selbstverständlich. Deswegen seine Tätigkeit als arbeitnehmerähnlich zu klassifizieren, sei nicht richtig. Die Tätigkeit von JH habe nur Werkvertragscharakter gehabt, da eine Gewährleistung wie beim Unternehmer nicht vorgesehen gewesen



sei. Das SG differenziere auch nicht zwischen Handlungstendenz und Beweggründen. Nach Wertung des SG wäre dann jede Tätigkeit, die auf fremde Unternehmen gerichtet sei, arbeitnehmerähnlich.

Die Klägerin hat erwidert, der Umstand, dass nach dem Unfall lediglich noch 10 Helferstunden gemeldet gewesen seien, spreche gerade dafür, dass es sich um eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit handelte. Die kalkulierte Gesamtstundenzahl von JH spreche deutlich gegen eine unternehmerähnliche Stellung mit Schwerpunkt bei Planung und Organisation des Bauvorhabens.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des SG Nürnberg vom 09.03.2004 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Nürnberg vom 09.03.2004 zurückzuweisen.

Ergänzend wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten, die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie die Eigenbauakte der Bauherrin C. H. Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig und auch sachlich begründet.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Gewährung von Hinterbliebenenleistungen, da ihr verstorbener Ehemann keine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit ausgeübt hat.

Eine Versicherung aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 2 Abs 1 Nr 1 SGB VII ist zu verneinen. Insoweit mangelt es an einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit zwischen JH und den Bauherren, den Eheleuten H ... Maßgeblich für das Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses ist es nämlich, ob der Beschäftigte einem nach Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht unterliegt. Den Angaben des Sohnes S. vom 19.03.2002, der Firma H. vom 19.04.2002 und dem Schreiben des Bevollmächtigten der Klägerin vom 13.09.2002 lässt sich ein entsprechendes Abhängigkeitsverhältnis nicht entnehmen. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass JH bei der Ausführung der Tätigkeit weisungsfrei war.

Entgegen der Auffassung des SG war JH auch nicht nach § 2 Abs 2 Satz 1 SGB VII gegen Arbeitsunfall versichert. Zwar ist bei der Anwendung des Abs 2 eine persönliche Abhängigkeit zu einem Unternehmen nicht erforderlich. Es ist ausreichend, dass eine ernstliche, dem Unternehmen dienende Tätigkeit verrichtet wird, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht und ihrer Art nach auch von Personen verrichtet werden könnte, die in einem dem allgemeinen Arbeitsmarkt zuzurechnenden Beschäftigungsverhältnis stehen. Eine derartige Tätigkeit muss zudem nach ihren konkreten Umständen einer Tätigkeit im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ähnlich sein (LSG Rheinland-Pfalz vom 03.04.2000 -L 7 U 379/99-). Daran fehlt es.

Nicht alles, was einem Unternehmen objektiv nützlich und der Art der Verrichtung nach üblicherweise sonst dem allgemeinen Arbeitsmarkt zugänglich ist, wird in arbeitnehmerähnlicher Tätigkeit verrichtet (BSG vom 20.01.1987 -2 RU 15/86-). Insbesondere wurden in der Rechtsprechung wiederholt Tätigkeiten als nicht arbeitnehmerähnlich qualifiziert, weil sie eher einen unternehmerähnlichen Charakter aufwiesen. So wurden in der neueren



Rechtsprechung auch zunehmend Entscheidungen erlassen, in denen trotz fehlender Planmäßigkeit Arbeitnehmerähnlichkeit mit der Begründung verneint wurde, die Tätigkeit sei eher mit einem anderen Vertragstyp als mit einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis vergleichbar. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen - wie bei JH - eine Vergütung nicht vereinbart war. Hier handelt es sich dann um die Besorgung eines Auftrags nach § 662 BGB mit Werkvertragscharakter. Ob alle Voraussetzungen eines Auftrags, insbesondere ein rechtlicher Bindungswille, vorgelegen haben, kann dahinstehen. Es ist auch nicht erforderlich, dass der so Tätiggewordene alle sonstigen Merkmale erfüllt, die zum Begriff eines Unternehmers gehören, wie z.B. eine planmäßige für eine gewisse Dauer bestimmte Vielzahl von Tätigkeiten und die Risikotragung. Entscheidend ist, dass der Beschäftigte im Wesentlichen frei seine Tätigkeit planerisch gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (BSG vom 27.10.1987 -2 RU 9/87-). Insbesondere darf er den Unternehmern bzw. Auftraggebern nicht wie ein Beschäftigter seine Dienste zur Verfügung stellen, sondern muss ein versprochenes Werk herstellen. Dies war bei JH der Fall. Es war nämlich beabsichtigt, dass er nur ca. 140 Stunden als Bauhelfer und in der Organisation tätig werden sollte. Bis zum tödlichen Unfall hatte er davon 40 Stunden zurückgelegt (Sohn S. vom 19.03.2002). Der Versicherte stellte dem Auftraggeber, d.h. dem Bauherrn, nicht seine Arbeitskraft zur Verfügung, sondern handelte fremdnützig im Interesse des Auftraggebers. Er erklärte sich bereit, sein Werk eigenverantwortlich herzustellen bzw. konkrete Aufträge zu erledigen. Seine Tätigkeiten entsprachen eher einem Auftrag mit Werkvertragscharakter als einer Arbeitnehmertätigkeit. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, dass, wie der Sohn S. ausführte, JH keinen Weisungen unterlag, da er ja selber Fachmann war. Er war bei der Vorplanung der Baumaßnahme beratend tätig, auch wenn die Planung später von P.Z. ausgeführt wurde. Dies lässt sich auch daran erkennen, dass der Vater "Mädchen für alles" war, wenn sein Sohn nicht anwesend war. Auch wenn es sich um Handlangertätigkeiten handelte, handelte er dennoch fremdnützig im Interesse des Auftraggebers. Er hat nicht dem Unternehmer seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt, sondern ein Werk eigenverantwortlich hergestellt bzw. einen konkreten Auftrag erledigt. Dies war bei der Abholung des Kamins, die dann zu dem tödlichen Unfall führte, der Fall. Auch ist beachtlich, dass die Abholung des Kamins am Vorabend des Unfalltages zwischen JH, der Firma und dem Bauherrn abgesprochen wurde. Er hatte dazu keine spezielle Anweisung bekommen. Vielmehr führte der Sohn S. am 09.03.2004 aus, dass der Vater den Kamin abholen sollte, wenn sie ihn brauchten.

Gegen eine Arbeitnehmerähnlichkeit spricht auch, dass der Tätigwerdende über spezifische Fachkenntnisse verfügte, ohne Weisungen ausgesetzt gewesen zu sein. JH war früher, d.h. bis 31.03.1998, Inhaber der Baufirma, die den Rohbau ausführte. Er brachte bei der Ausführung des Baus, auch wenn es sich um Handlangertätigkeiten handelte, selbstverständlich sein jahrzehntelanges Wissen als Maurermeister ein. Sein Sohn S. führte am 09.03.2004 aus, dass auf seinen fachlichen Rat zurückgegriffen wurde, wenn es um bestimmte Bauteile, wie z.B. den Anbau eines Erkers ging. Außerdem lässt sich nicht von der Hand weisen, dass JH seine Arbeitszeit weitgehend frei bestimmen konnte, auch wenn für bestimmte Tätigkeiten, wie z.B. die Abholung des Kamins, eine Terminabsprache erforderlich war (LSG Rheinland-Pfalz aaO).

Gegen den Versicherungsschutz nach § 2 Abs 2 SGB VII spricht weiter, dass die Tätigkeit des Versicherten eine Gefälligkeitsleistung unter Verwandten war. Nach der Rechtsprechung des BSG schließt zwar Verwandtschaft bei Freundschafts- und Gefälligkeitsdiensten einen Versicherungsschutz nach § 2 Abs 2 SGB VII nicht von vorneherein aus. Ein Versicherungsschutz nach dieser Vorschrift ist aber nicht gegeben, wenn die unter Ver-



wandten vorgenommene Gefälligkeitshandlung im Wesentlichen durch die familiären Beziehungen zwischen den Verwandten geprägt ist. Das ist dann der Fall, wenn es sich lediglich um Gefälligkeitshandlungen handelt, die ihr Gesamtpräge von der familiären Bindung zwischen Angehörigen erhalten. Je enger die verwandtschaftliche Beziehung ist, um so eher erscheint die Annahme gerechtfertigt, dass es sich um Gefälligkeitsdienste handelt, die ihr Gepräge allein durch die familiäre Beziehung erhalten und deshalb nicht mehr als arbeitnehmerähnlich angesehen werden können. Dabei sind neben der Stärke der verwandtschaftlichen Beziehungen die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, insbesondere Art, Umfang und Zeitdauer der vorgesehenen Tätigkeit.

Nach Auffassung des Senats handelt es sich hier um durch enge familiäre Beziehungen geprägte Gefälligkeitsdienste. Die Beziehungen des JH zu seinem Sohn S. und der Schwiegertochter waren nicht nur formal enger familiärer Art, sondern durch tatsächlich bestehende familiäre Bindungen geprägt, so dass es für JH selbstverständlich war, seinem Sohn und der Schwiegertochter bei dem Bau des Eigenheimes zu helfen. Sohn S. hat dies am 19.03.2002 dadurch zum Ausdruck gebracht, dass er anmerkte, die Beziehungen zum Vater seien von starker verwandtschaftlicher Gefälligkeit geprägt gewesen. Es sei üblich gewesen, sich gegenseitig zu helfen. Von Klägerseite wurde im Schreiben vom 28.04.2003 nochmals betont, dass JH aufgrund familiärer Beziehungen unentgeltliche Arbeit für den Bauherrn leistete. Hinzu kommt, dass der Vater letztlich beide Söhne unterstützte, nämlich den Sohn S. , der dadurch keinen weiteren Helfer beziehen musste, aber auch den Sohn T. , den jetzigen Inhaber der Baufirma, der insoweit beim Bau von einem bezahlten Arbeitnehmer entlastet wurde.

Die Gefälligkeit des Versicherten hat ihr Gepräge von den engen familiären Beziehungen erhalten. Im Wesentlichen ist dabei der enge Verwandtschaftsgrad zu Sohn und Schwiegertochter als Bauherren zu nennen. Je enger eine Gemeinschaft ist - sie kommt bei verwandtschaftlichen Beziehungen in dem Grad der Verwandtschaft zum Ausdruck -, um so größer ist der Rahmen, innerhalb dessen bestimmte Verrichtungen hierdurch ihr Gepräge erhalten. Zudem ist zu beachten, dass der Zeitaufwand des Vaters bei der Bautätigkeit ebenfalls rein familiärer Gefälligkeit zuzuordnen ist. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass im Rahmen der Beurteilung der konkreten Verhältnisse des Einzelfalles der Zeitaufwand von JH (40 Stunden) noch rein familiärer Gefälligkeit zuzuordnen ist (BSG vom 29.09.1992 -2 RU 46/91-; Bereiter-Hahn/ Mehrstens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 2 SGB VII, Anm 34.19).

Nach alledem stand der Versicherte nicht unter dem Versicherungsschutz des § 2 Abs 2 SGB VII.

Auf die Berufung der Beklagten ist daher das Urteil des SG Nürnberg vom 09.03.2004 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Sozialgerichtsgesetz.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.