



HVBG

HVBG-Info 13/1999 vom 16.04.1999, S. 1179 - 1181, DOK 320

**Zum Nichtvorliegen einer Unternehmerpflichtversicherung kraft
Satzung bei einer Bau-BG - nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten -
Anmerkung zum BSG-Urteil vom 05.05.1998 - B 2 U 23/97 R**

Zum Nichtvorliegen einer Unternehmerpflichtversicherung kraft
Satzung (§ 543 Abs. 1 RVO = § 3 Abs. 1 SGB VII) bei einer Bau-BG
- nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten (§ 729 Abs. 2 RVO);
hier: Anmerkung zum BSG-Urteil vom 05.05.1998 - B 2 U 23/97 R -
von Prof. Dr. Otfried Seewald, Passau, in
"Die Sozialgerichtsbarkeit" 4/1999, S. 195-197

Das BSG hat mit Urteil vom 05.05.1998 - B 2 U 23/97 R -
(vgl. HVBG-INFO 1998, S. 2426-2431) folgendes entschieden:
Leitsatz:

Nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten liegen vor, wenn der Betrieb
is des Gewerberechts nicht gewerbsmäßig geführt wird und der
Unternehmer ihn nicht auf längere Zeit gesichert angelegt hat.

Anmerkung:

1. Dieses Urteil bestätigt die bisherige Rechtsprechung des
BSG; es wendet sich gegen die Ansicht der Vorinstanz, den Begriff
der "gewerbsmäßigen Bau-Unternehmertätigkeit" auch auf solche
Vorgänge zu erstrecken, bei denen diese Tätigkeit nicht eine auf
"längere Zeit" angelegte Erwerbsquelle bildet.
Damit wird dem in der vorinstanzlichen Entscheidung steckenden
Vorschlag entgegengetreten, zusätzlich zu den Kategorien der
(unselbständigen) Beschäftigten und der (selbständigen)
Unternehmertätigkeit eine neue Kategorie der "(selbständigen)
unternehmerähnlichen Tätigkeit" anzuerkennen und diese Kategorie
der Unternehmertätigkeit rechtlich gleichzusetzen (vgl. dazu näher
unter 4.).

Weiterhin äußert sich diese Entscheidung zum Kriterium der
"(gewissen) Dauerhaftigkeit", das nach bisherigem Verständnis zur
Beurteilung einer Tätigkeit sowohl unter dem Aspekt der
"unternehmerischen" als auch unter dem Gesichtspunkt der
"Gewerbsmäßigkeit" herangezogen wird (vgl. unter 5.).

Außerdem wird ein nützlicher prozessualer Hinweis gegeben
(vgl. dazu unter 2.).

2. Nützlich ist der Hinweis, daß ein Urteil, das dem Kläger den
von ihm geltend gemachten Anspruch zuerkannt hat, gleichwohl eine
Beschwerde des Klägers enthalten kann, die in der nachfolgenden
Instanz ggf. geltend gemacht werden kann: Im vorliegenden Fall hat
das LSG - abweichend von der Entscheidung des SG - das Vorliegen
eines Beschäftigungsverhältnisses wegen "Scheinselbständigkeit"
und infolgedessen einen Anspruch gegenüber der Beklagten verneint,

zugleich jedoch die Entschädigungspflicht der Beigeladenen bejaht. Da sich weder der Kläger noch der Beigeladene gegen diesen Teil der Entscheidung gewandt hat, ist das Urteil des LSG insofern rechtskräftig geworden.

Damit war nach Ansicht des BSG eine Überprüfung dieser Frage in der Revision nicht mehr möglich.

3. Konsequenterweise hat das BSG keine Feststellung zur Frage getroffen, ob seiner Auffassung nach eine Beschäftigung vorgelegen hatte.

4. Im Kern konnte es demnach in dieser Entscheidung nur um die Frage gehen, ob die Tätigkeit des Klägers deshalb unter Versicherungsschutz gestanden hatte (mit der Folge einer Entschädigungspflicht der Beigeladenen), weil es sich um die Tätigkeit - erstens - eines "Unternehmers" gehandelt hat (dazu im folgenden unter a)), die außerdem - zweitens - als "gewerbsmäßige" Unternehmertätigkeit zu qualifizieren war; denn nicht-gewerbsmäßige Unternehmertätigkeit stand entsprechend der Satzung der Beigeladenen nicht unter Versicherungsschutz. Und in diesem Zusammenhang war zu klären, ob es auch eine Kategorie der "unternehmerähnlichen" Tätigkeit (ihre "Gewerbsmäßigkeit" oder "Nicht-Gewerbsmäßigkeit" zunächst einmal dahingestellt) gibt oder geben sollte.

a) Hinsichtlich der Frage nach der unternehmerischen Tätigkeit des Klägers im Zeitpunkt des Unfalls knüpft das BSG an die bisherige Rechtsprechung und die darin als maßgeblich erachteten Kriterien an, die auch im Schrifttum einhellig anerkannt sind (vgl. für alle Schlegel, in: Schulin, HS-UV § 19 Rdnr. 15 mit zahlreichen Nachweisen zur Rspr. des BSG; Spellbrink, in: Schulin, HS-UV § 25 Rdnr. 10 ff. m.w.N.). Das BSG hat das Vorliegen einer versicherten Unternehmertätigkeit zunächst deswegen verneint, weil es an der "Planmäßigkeit" der unfallbringenden Tätigkeit fehle; die entsprechenden Ausführungen des BSG sind dahingehend zu verstehen, daß diese Tätigkeit eingebunden sein muß in ein Verhalten, das auf einer auch in die Zukunft reichenden (unternehmerischen) Planung beruht, die somit auch von einer gewissen Dauer sowie einer Vielzahl zukünftiger, mit einer gewissen Regelmäßigkeit ausgeübten Tätigkeiten ausgeht; die unfallbringende Tätigkeit ist also nur dann versichert, wenn sie gleichsam als ein "Bestandteil" eines solchen (unternehmerischen) Tätigkeitskomplexes erscheint.

In dieser Frage (nach dem Vorliegen unternehmerischer Tätigkeit) hatte sich das LSG nach der Darstellung des BSG offenbar kurz gefaßt; mehrmonatige (insgesamt umfassen die tatsächlichen Feststellungen einen Zeitraum von acht Monaten, nämlich Juli 1991 - Februar 1992) Malerarbeiten mit insgesamt 370 Arbeitsstunden (im Durchschnitt also 46,25 Std. pro Monat) machten den Kläger zum Unternehmer i.S.d. gesetzlichen Unfallversicherung (mit Hinweis auf § 543 Abs. 1 RVO i.V. mit der Satzung der Beigeladenen und § 646 RVO, Art. 4 (§ 11 UVNG)).

b) Das LSG befaßt sich freilich auch mit dem Problem einer (unfallbringenden) Tätigkeit, die nicht "(Bestand-)Teil" von Verrichtungen eines "beständig arbeitenden Unternehmens" ist: diese Erörterung geschieht jedoch nicht im begrifflich-dogmatischen Zusammenhang mit der Frage nach der unternehmerischen Qualität der Tätigkeit, sondern anläßlich der Frage, ob der Unfall des Klägers sich bei "gewerbsmäßiger" Tätigkeit zugetragen hat. Anläßlich der Auslegung der

satzungsmäßigen Ausnahmeregelung der Beigeladenen (wonach die Pflichtversicherung nicht für Unternehmer gelten soll, die nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten verrichten) wird vom LSG festgestellt, daß im Hinblick auf ihre soziale Schutzbedürftigkeit kein wesentlicher Unterschied zwischen beständig arbeitenden Unternehmern und solchen bestehe, bei denen von vornherein eine langjährige Tätigkeit nicht zu erwarten sei. Die Vermutung, daß damit das LSG der Sache nach die Relevanz der "Planmäßigkeit" von unternehmerischem Handeln, bei dem Unfallversicherungsschutz in Betracht kommt, angesprochen hat, wird durch die Nennung der Merkmale bestätigt, an denen allein (nach Ansicht des LSG) das Vorliegen einer (u.U. nicht) gewerbsmäßigen Unternehmertätigkeit (i.S.d. Satzungsregelungen der Beigeladenen) zu messen sei: Der Unternehmer müsse die fachlichen Voraussetzungen für eine selbständige Führung eines entsprechenden Handwerksbetriebes erfüllen; und die "entsprechende Tätigkeit" müsse "zumindest auf mehrere Monate hinweg ausgerichtet" sein.

Nach Ansicht des LSG war in dem zu entscheidenden Fall demnach die unfallbringende Tätigkeit nicht nur die eines Unternehmers, sondern sie war außerdem auch als "gewerblich" zu qualifizieren; dabei ist - im Rahmen dieser Anmerkung nur am Rande - darauf hinzuweisen, daß nach Ansicht des LSG die Frage der "(Nicht)Gewerbsmäßigkeit" der Tätigkeit i.S. der Satzungsregelungen der Beigeladenen abweichend von dem Verständnis zu beantworten ist, das diesem Begriff i.S.d. § 729 Abs. 2 RVO allgemein (insb. von der Rechtsprechung) beigelegt wird; dies folge aus dem - von § 729 Abs. 2 RVO - abweichenden Zweck der Satzungsbestimmungen, die zwar auch einen Ausschluß der Versicherung bei nicht gewerbsmäßigen Bauarbeiten regelten, jedoch mit der Einbeziehung der Unternehmer (insgesamt) die soziale Schutzbedürftigkeit dieser Gruppe anerkannt habe - was zu einer restriktiven Auslegung der Ausnahmeregelung im Hinblick auf die gewerbsmäßigen Bauarbeiten führen müsse.

c) Das BSG läßt im vorliegenden Fall - wie oben unter 4.a) ausgeführt - den Versicherungsschutz bereits wegen Fehlens der Kriterien unternehmerischer Tätigkeit entfallen. Es greift allerdings einen terminologischen Vorschlag der Revision auf, wonach diese Art von Tätigkeit, um deren Beurteilung es ging, "allenfalls als unternehmerähnlich" bezeichnet werden könne.

Eine solche Bezeichnung ist juristisch verfänglich; denn "Ähnlichkeit" ist im Recht kein visuelles Phänomen, sondern setzt eine bestimmte Gedankenkette in Gang: Für einen rechtlich nicht geregelten Sachverhalt, der einem (ausdrücklich) normierten Sachverhalt "ähnlich" ist, kann bekanntlich im Wege der Analogie eine Regelung gefunden werden, die der - dem Wortlaut nach nicht einschlägigen - Norm entnommen wird. Wenn man bedenkt, daß "ähnlich" solche Sachverhalte sind, die in wesentlichen Merkmalen übereinstimmen, lassen sich die Ausführungen des LSG zur restriktiven Interpretation der Satzungsbestimmungen der Beigeladenen auch folgendermaßen deuten: Es werden im Ergebnis beständig arbeitende Unternehmer (die zweifellos in den satzungsmäßigen Versicherungsschutz fallen) und andere, nicht beständig arbeitende, rechtlich gleich behandelt - weil "kein wesentlicher Unterschied" zwischen diesen Gruppen bestehe. Man kann also auch sagen, daß das LSG letztlich keine restriktive Interpretation der Ausnahmeregelung, sondern in Wahrheit eine entsprechende Anwendung der satzungsmäßigen Regelbestimmung vorgenommen hat im Hinblick auf Tätigkeiten, die - davon müßte das LSG implizit ausgegangen sein - nicht in den ausdrücklichen

Regelungsbereich der Regelnorm fallen.

So betrachtet zeigt sich im übrigen, daß die Argumentation des LSG - jedenfalls in der Darstellung durch das BSG - relativ schwach untermauert ist.

Vor allem zeigt sich folgendes: Wer "unternehmerähnlich" sagt, provoziert damit eine möglicherweise gar nicht gewollte Assoziation; deshalb sollte die Vorstellung von (rechtlich) "unternehmerähnlichen" Tätigkeiten - übrigens auch angesichts einer ebenfalls vorstellbaren gedanklichen Verbindung zu § 539 Abs. 2 RVO/§ 2 Abs. 2 SGB VII nicht gepflegt werden.

d) Wenn das BSG von "unternehmerähnlicher" Tätigkeit entsprechend der Redeweise im Revisionsbegehren spricht, dann wird damit bei genauer Betrachtungsweise jedoch gar nicht die dogmatisch-begriffliche Zuordnung des Problems durch das LSG aufgegriffen. Denn das LSG hatte offenbar keine Zweifel, die in Frage stehende Tätigkeit als "unternehmerisch" zu bewerten; vielmehr sah es sich gemäßigt, das Vorliegen von "Gewerbsmäßigkeit" relativ ausführlich zu begründen. Es hat dabei - nach eigener Ansicht - die Ausnahmeregelung der Satzung der Beigeladenen restriktiv ausgelegt; nach anderer methodologischer Einschätzung des Vorgehens des LSG handelt es sich um die entsprechende ("analoge") Anwendung der satzungsmäßigen Regelanordnung hinsichtlich der Versicherungspflicht gewerbsmäßiger Bauunternehmer (vgl. oben 4.c)). So betrachtet hat das LSG der Sache nach eigentlich auf der Ebene der "Gewerbsmäßigkeit" eine dritte Kategorie - neben den gewerbsmäßigen und den nicht-gewerbsmäßigen Bauarbeiten - geschaffen, nämlich "gewerbsmäßig-ähnliche" (oder "gewerbeähnliche") Bauarbeiten.

e) Das BSG hat in dieser Entscheidung schließlich auch die Gelegenheit wahrgenommen, sich zur Problematik der ("Nicht-)Gewerbsmäßigkeit" zu äußern; dabei hat es unterstellt, daß die unfallbringende Tätigkeit des Klägers diesen als Unternehmer i.S.d. § 658 Abs. 2 Nr. 1 RVO betroffen hat.

Abweichend von der Auffassung des LSG hat das BSG diese Tätigkeit als nicht gewerbsmäßige Bauarbeiten bewertet. Die Unterschiede in der rechtlichen Beurteilung ergeben sich jedoch nicht daraus, daß grundsätzlich verschiedene Kriterien an das Vorliegen von "Gewerbsmäßigkeit" als Bewertungsmaßstab angelegt worden sind; denn beide Gerichte setzen bei den gleichen Merkmalen an, nämlich der Gewerbsmäßigkeit i.S.d. Gewerberechts, der Bestandssicherung sowie dem Merkmal der Dauer der betreffenden Tätigkeit.

aa) Hinsichtlich des gewerberechtlichen Kriteriums besteht offensichtlich Übereinstimmung dahingehend, daß die Tätigkeit dazu bestimmt sein muß, eine selbständige Einnahmequelle für den Unternehmer zu bilden und "fortgesetzten Gewinn" zu erzielen (so das BSG). Auch im Hinblick auf die "Bestandssicherung" sind sich BSG und LSG offenbar einig darin, daß dies ein relevantes Merkmal ist; die Akzente werden bei der Auslegung dieses Merkmals jedoch verschieden gesetzt: Das LSG betont den gewerbe(polizei)rechtlichen Aspekt, wenn es darauf hinweist, daß dem Kläger seine Tätigkeit aus handwerksrechtlichen Gesichtspunkten nicht hätte untersagt werden können und seine Tätigkeit als insofern gesichert bewertet werden kann. Demgegenüber legt das BSG den Schwerpunkt seiner diesbezüglichen Erwägungen auf Erläuterungen, die sich mit der Notwendigkeit dieses Merkmals befassen; diese ergäbe sich aus dem Ziel des

§ 729 Abs. 2 RVO, diejenigen Bauunternehmer vom Versicherungsschutz auszunehmen, von denen wegen der Bestandsunsicherheit ihres Unternehmens nicht erwartet werden könne, daß sie den Finanzbedarf des Versicherungsträgers dauernd mitbestritten; die kontinuierliche, auch in Zukunft gesicherte Ausführung der Bauarbeiten wird als entscheidende Grundlage für das Beitragsaufkommen der Berufsgenossenschaft betrachtet.

bb) Diese auf das Gewerbe(polizei)recht bezogenen Gesichtspunkte der Sicherheit mit daraus folgender Kontinuität und Dauerhaftigkeit werden ergänzt durch das weitere - dritte - Merkmal, hinsichtlich dessen grundsätzlicher Bedeutung ebenfalls Übereinstimmung zwischen BSG und LSG besteht, nämlich dem Gesichtspunkt des Zeitfaktors. Fraglich ist allerdings, ob das BSG dieses Kriterium lediglich als eines von mehreren Gesichtspunkten der Bestandssicherung des Unternehmens versteht oder ob ihm in Wahrheit eine selbständige Bedeutung zukommen soll; vieles spricht jedoch dafür, daß das BSG die Frage der Dauer der unternehmerischen Tätigkeit als einen Teilaspekt der betrieblichen Bestandssicherheit verstanden wissen will.

In den Aussagen zu diesem Gesichtspunkt, also in der konkretisierenden Definition dieses Merkmals, unterscheiden sich LSG und BSG. Dem LSG genügt es, wenn die Tätigkeit "zumindest auf mehrere Monate hinweg" ausgerichtet ist - es müsse sich nicht um "beständige", "langjährige" Tätigkeit handeln. Das BSG fordert diesbezüglich hingegen, daß die Tätigkeit eine "auf Dauer angelegte selbständige Erwerbsquelle bilden soll".

Zu bedenken ist freilich, daß das LSG seine Auffassung nicht aus § 729 Abs. 2 RVO und dessen Ziel und Zweck ableitet, sondern aus der satzungsmäßigen Ausnahmeregelung der Beigeladenen, die vom LSG unter dem Gesichtspunkt sozialer Schutzbedürftigkeit restriktiv interpretiert wird zugunsten auch solcher unternehmerischer Tätigkeit, die nach dem Maßstab des § 729 Abs. 2 RVO als nicht gewerbsmäßig eingestuft werden müßte. Gleichwohl - das Endergebnis der jeweiligen Argumentationskette ist entscheidend; und danach reicht es nach Ansicht des LSG aus, wenn die betreffende Tätigkeit "zumindest auf mehrere Monate hinweg ausgerichtet" ist.

5. Eine Bewertung der Entscheidung des BSG - und im Vergleich mit dem Urteil des LSG - hat folgendes zu berücksichtigen: Das "auf (gewisse) Dauer angelegte Handeln" (die "auf - gewisse - Dauer angelegte Tätigkeit") ist ein typisches und verlässliches Merkmal der "Gewerbsmäßigkeit". Insoweit besteht eine Verbindung zwischen Unfallversicherungs- und Gewerberecht, so daß auf die umfangreiche gewerberechtliche Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden kann; dort finden sich zahlreiche Einzelfallentscheidungen und - daraus entwickelt - eine Reihe typisierender Merkmale, die eine relativ sichere Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit erlauben (vgl. für alle Landmann-Rohmer, GewO, Bd. I, Einl. Rdnr. 32 ff.), insbesondere auch im Hinblick auf das Merkmal der (gewerberechtlichen) Dauerhaftigkeit (vgl. Landmann/Rohmer, a.a.O., Rdnr. 32, 51, 59 f. mit zahlreichen Nachweisen). Mißt man den vorliegenden Fall an den gewerberechtlichen Judikaten, ist die unfallbringende Tätigkeit als nicht gewerblich zu beurteilen.

Weiterhin zeigt der Blick auf das Gewerberecht, daß dieses Rechtsgebiet eine "gewerbeähnliche" Tätigkeit, die gleichwohl den gewerberechtlichen Vorschriften unterfällt, nicht kennt; das LSG hat demnach mit seiner Erfindung der "gewerbeähnlichen" Tätigkeit eine unfallversicherungsrechtlich-spezifische Kategorie geschaffen und insoweit die Anknüpfung an das Gewerberecht verlassen.

Das Kriterium der "gewissen" Dauerhaftigkeit (sowie Planmäßigkeit, Regelmäßigkeit und Zweckgerichtetheit) ist vom BSG auch (sowie auch vom LSG nur) im Rahmen der "Gewerbsmäßigkeit" erörtert worden; es ist freilich auch als Merkmal des "Unternehmerischen" anerkannt (vgl. für alle KassKomm-Ricke § 658 Rdnr. 5-7 = § 121 SGB VII Rdnr. 5-7 mit Hinweis auf die st. Rspr.; Leube, in Kater/Leube, SGB VII § 104 Rdnr. 4). Dabei ist allerdings folgendes zu beachten: Dieses Merkmal (oder diese "Merkmalgruppe") ist nur im gleichsam positiven Sinn ein verlässlicher Maßstab; d.h.: Sind diese Voraussetzungen von Dauerhaftigkeit und Regelmäßigkeit gegeben, so liegt unternehmerische Tätigkeit vor. Ob das in gleicher Weise auch umgekehrt gilt, ob also bei Nichtvorliegen dieser Kriterien "Unternehmerisches" gleichsam automatisch nicht gegeben sein kann, mußte bislang als fraglich betrachtet werden; denn auch eine Tätigkeit, die diesen Kriterien nicht entspricht - z.B. eine einmalige und kurzfristige nicht gewerbsmäßige Bauarbeit - wird gleichwohl als "Unternehmen" bewertet (so KassKomm-Ricke § 658 RVO Rdnr. 7 = § 121 SGB VII Rdnr. 7). So betrachtet ist die diesbezügliche Beurteilung durch das LSG zutreffend, die Auffassung des BSG hingegen zu eng und unzutreffend; dann wäre die Entscheidung des BSG letztlich nur durch die lediglich hilfsweise, auf der Basis der unterstellten Unternehmertätigkeit angestellten Erwägungen gerechtfertigt.

Es ist jedoch eine andere Deutung dieses BSG-Urteils möglich, nämlich dahingehend, daß die Anforderungen an das "Unternehmerische" im Hinblick auf die "(gewisse) Dauerhaftigkeit" mit dieser Entscheidung (und zukünftig) strenger zu verstehen sind - und zwar praktisch wohl in gleicher Weise, wie die "gewisse Dauerhaftigkeit" als Kriterium der "Gewerbsmäßigkeit" im Gewerbe- und im Unfallversicherungsrecht verstanden wird. So gesehen hätte diese Argumentation des BSG, die im Ergebnis zutreffend zur Ablehnung des Versicherungsschutzes bei der unfallbringenden Tätigkeit geführt hat, an sich jedoch bei der Erörterung des "Unternehmerischen" dieser Tätigkeit angebracht werden müssen; und konsequenterweise könnte dann dieser Gesichtspunkt im Unfallversicherungsrecht zukünftig als Merkmal der Gewerbsmäßigkeit wohl entfallen.

Prof. Dr. Otfried Seewald,
Universität Passau