

# **BVGer C-940/2009 vom 1. Juli 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-940\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-940_2009)

FR: TAF C-940/2009 du 1 juillet 2011

IT: TAF C-940/2009 del 1 luglio 2011

## **Regeste**

Unfallversicherung (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das BVGer prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2007/6 E. 1 mit Hinweisen).

#### **E. 1.1**

Anfechtungsgegenstand bildet die Verfügung der Vorinstanz vom 7. Januar 2009 (act. 13 Vorakten BAG). Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht - unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen - Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), die von Vorinstanzen nach Art. 33 VGG erlassen wurden. Der angefochtene Entscheid ist als Verfügung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG zu qualifizieren, und eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das BAG ist eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 Bst. d VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Sie ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat an deren Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse im Sinn von Art. 48 Abs. 1 VwVG. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

#### **E. 1.3**

Die Beschwerdegegnerin hat als Gesuchstellerin am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen. Die Aufhebung der angefochtenen Verfügung würde in den Bestand ihrer Rechte und Pflichten eingreifen; demnach besteht ihr Interesse darin, dass die Beschwerde abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt wird. Die Beschwerdegegnerin ist somit als Partei im Sinn von Art. 6 VwVG zu betrachten, denn mit dem Urteil sollen ihre Rechte und Pflichten geregelt werden (vgl. zur Parteistellung Isabelle Häner, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 6, Rz. 5).

#### **E. 1.4**

Die Verfügung vom 7. Januar 2009 wurde der Beschwerdeführerin am 9. Januar 2009 direkt zugestellt und dem Rechtsvertreter mit Schreiben vom 13. Januar 2009 übermittelt

(vgl. act. A 30 Akten AXA). Dieser nahm die Verfügung am 14. Januar 2009 in Empfang. In der Folge ist zu prüfen, ob die am 13. Februar 2009 der Schweizerischen Post übergebene Beschwerde rechtzeitig eingereicht wurde, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, oder ob die Einreichung entsprechend der Auffassung der Beschwerdegegnerin verspätet erfolgte. Gemäss Art. 50 Abs. 1 VwVG ist die Beschwerde innerhalb von 30 Tagen nach Eröffnung der Verfügung einzureichen. Somit ist zu prüfen, ob die angefochtene Verfügung bereits mit der Entgegennahme am 9. Januar 2009 durch die Beschwerdeführerin direkt als korrekt eröffnet gelten muss, oder ob die Zustellung erst mit der Entgegennahme durch den Rechtsvertreter am 14. Januar 2009 korrekt erfolgt ist. Gemäss Art. 11 Abs. 1 VwVG kann sich die Partei auf jeder Stufe des Verfahrens vertreten lassen. Vorliegend wurde der Vorinstanz die Vertretung mit Schreiben vom 28. Oktober 2008, also nach der Einreichung des Gesuchs, angezeigt und eine Vollmacht beigelegt. Gemäss Art. 11 Abs. 3 VwVG macht die Behörde ihre Mitteilungen an den Vertreter, solange die Partei die Vollmacht nicht widerruft. Im vorliegenden Fall wurde die Vollmacht nicht widerrufen, so dass die Zustellung an den Vertreter hätte erfolgen müssen. Die direkte Zustellung einer Verfügung an die Partei statt an deren Vertreter stellt einen Eröffnungsmangel dar (vgl. Res Nyffenegger, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Art. 11, Rz. 24). Da der Partei gemäss Art. 38 VwVG aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf, hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich ein Anrecht darauf, dass ihr Vertreter 30 Tage Zeit hat, die Beschwerdeschrift auszuarbeiten, vorausgesetzt, die korrekte Eröffnung wurde nicht rechtsmissbräuchlich verzögert. Nach der Lehre kann sich nicht auf einen Eröffnungsfehler berufen, wer mit zumutbarem Aufwand die Folgen einer mangelhaften Eröffnung abwenden könnte (vgl. Nyffenegger, a. a. O., Rz. 25). Im vorliegenden Fall ging die angefochtene Verfügung am 9. Januar 2009 bei der Beschwerdeführerin ein. Da der 9. Januar 2009 auf einen Freitag fiel, konnte die Beschwerdeführerin frühestens am Montag, 12. Januar 2009, die Verfügung dem Rechtsvertreter übermitteln. Die zuständige Sachbearbeiterin der Beschwerdeführerin informierte den Rechtsvertreter am Dienstag, 13. Januar 2009, telefonisch über den Eingang der Verfügung und stellte ihm diese gleichentags per Post zu. Dieses Verhalten stellt kein treuwidriges Hinauszögern des Fristenlaufs dar. Nach der Rechtsprechung ist in dieser Konstellation die Partei aufgrund der sie treffenden Sorgfaltspflicht in der Regel gehalten, spätestens am letzten Tag der in der Verfügung genannten Beschwerdefrist an ihren Vertreter zu gelangen; eine anschliessende Beschwerde gilt als rechtzeitig eingereicht, wenn sie innerhalb der 30-tätigen Rechtsmittelfrist, welche ab dem letzten Tag der Frist gemäss Verfügung läuft, erhoben wird (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVGer] I 565/02 vom 6. Mai 2003 E. 3.1). Nach dem Gesagten kann der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden, sie habe die Angelegenheit nicht schnell genug bearbeitet und dadurch das Recht verwirkt, sich auf Art. 38 VwVG zu berufen. Somit muss sie sich - entgegen den Vorbringen der Beschwerdegegnerin - keine verkürzte Rechtsmittelfrist gefallen lassen. Erst der Empfang der angefochtenen Verfügung durch den Rechtsvertreter am 14. Januar 2009 ist als gehörige Zustellung zu betrachten. Die Beschwerdefrist hat demnach am 15. Januar 2009 zu laufen begonnen und am 13. Februar 2009 geendet. Die am 13. Februar 2009 der Post übergebene Beschwerde ist somit rechtzeitig eingereicht worden. Der Kostenvorschuss wurde innerhalb der gesetzten Frist bezahlt, und auch die Formvorschriften im Sinn von Art. 52 Abs. 1 VwVG sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## **E. 2**

Streitig und zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob die Beschwerdeführerin als Unfallversicherer der C. \_\_\_\_\_ AG, in deren Betrieb der Versicherte den Testeinsatz absolvierte, für die Folgen des Unfalls vom 17. August 2002 leistungspflichtig ist, oder ob die Beschwerdegegnerin, Unfallversicherer der regulären Arbeitgeberin des Versicherten, dafür aufzukommen hat.

### **E. 2.1**

Mit der Beschwerde an das BVGer kann gerügt werden, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), beruhe auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

### **E. 2.2**

Das BVGer ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 212).

## **E. 3**

Vorab ist darzulegen, welche Rechtsnormen in zeitlicher Hinsicht im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

### **E. 3.1**

Nach den allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (BGE 130 V 1 E. 3.2). Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. c UVG kommt das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG im Verfahren um geldwerte Streitigkeiten zwischen Versicherern nicht zur Anwendung.

### **E. 3.2**

In materiellrechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3). Da die Leistungskoordination zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Ansprüche des Versicherten aus dem Unfall vom 17. August 2002 strittig ist, sind vorliegend die Bestimmungen des UVG und der Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV, SR 832.202) in der in diesem Zeitpunkt gültig gewesenen Fassung anwendbar. Die vorliegend anwendbaren Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) haben seit dem 17. August 2002 keine Änderung erfahren.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz begründet ihre Verfügung vom 7. Januar 2009 folgendermassen: Der Versicherte habe bei der C. \_\_\_\_\_ AG einen Testeinsatz geleistet und für 4.5 Stunden Arbeit eine Entschädigung in Form von Spesen über Fr. 85.50 erhalten. Das BSV bejahe bei einer solchen Entschädigung, insbesondere aufgrund der Höhe des Betrags, das Vorliegen

von massgebendem Lohn. Zu diesem gehörten alle Bezüge der arbeitnehmenden Person, die wirtschaftlich betrachtet mit dem Arbeitsverhältnis in Zusammenhang stünden. Folglich sei der Versicherte für seine Tätigkeit bei der C. \_\_\_\_\_ AG UVG-versichert gewesen. Überdies wäre er entsprechend BGE 133 V 161 [Urteil des EVGer U 486/05 vom 15. Dezember 2006] auch ohne Lohnauszahlung UVG-versichert, da er im Sinn eines Eignungstests im Hinblick auf eine feste Anstellung bei der C. \_\_\_\_\_ AG tätig gewesen sei. Der Begriff der Erwerbstätigkeit bedeute die Ausübung einer auf die Erzielung von Einkommen gerichteten bestimmten (persönlichen) Tätigkeit, durch welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöht werde.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdegegnerin schliesst sich dieser Auffassung in ihrer Beschwerdeantwort vom 18. Mai 2009 an. Zudem führt sie an, gemäss Art. 1a Abs. 1 UVV seien auch Personen obligatorisch unfallversichert, die zur Abklärung der Berufswahl bei einem Arbeitgeber tätig seien. Dies treffe auf den vorliegenden Sachverhalt zu. Weiter bringt die Beschwerdegegnerin vor, der Unfall sei dem Versicherten bei einer Arbeit zugestossen, die er auf Anordnung und im Interesse der C. \_\_\_\_\_ AG ausgeführt habe. Mit dem durch das Zurückschieben eines Go-Karts eingetretenen Schulterschaden habe sich ein typisch betriebsspezifisches Unfallrisiko verwirklicht. Demgemäss liege ein Berufsunfall vor, dessen Folgen von der Beschwerdeführerin als Berufsunfallversicherer der C. \_\_\_\_\_ AG zu decken seien. Da sich der Unfall im Rahmen beruflicher Arbeiten auf Anordnung und im Interesse der C. \_\_\_\_\_ AG ereignet habe, liege auch kein Nichtberufsunfall vor, für den die Beschwerdegegnerin aufzukommen hätte.

#### **E. 4.3**

Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft sei ein Lohnanspruch Voraussetzung. Die Berufung der Beschwerdegegnerin auf BGE 133 V 161 sei im vorliegenden Fall nicht statthaft, weil jenem Urteil eine andere Konstellation zugrunde liege. Das BGer habe explizit offen gelassen, ob - Erwerbsabsicht und unselbständiger Charakter der Arbeit vorausgesetzt - jegliche üblicherweise entlohnte Tätigkeit dem UVG-Obligatorium zu unterstellen sei. Es könne nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, jede noch so geringfügige, zeitlich eng begrenzte Arbeit der obligatorischen Unfallversicherung unterstellen zu wollen, unbesehen davon, ob massgeblicher Lohn erzielt werde oder nicht. Selbst wenn kurzfristig Arbeit im Hinblick auf eine künftige, regelmässige Erwerbstätigkeit erbracht werde, könne nicht ohne weiteres eine Erwerbsabsicht und die Erzielung eines massgebenden (hypothetischen) Lohns angenommen werden. Es gebe keine Hinweise darauf, dass es sich bei der Spesenentschädigung von Fr. 85.50 um vereinbarten Lohn gehandelt habe. Reisekosten würden ebenso wie Fahrt- und Verpflegungskosten als Unkosten im Sinn von Art. 9 AHVV und damit nicht als massgebender Lohn gelten. Allein die Kosten für die Hin- und Rückfahrt von M. \_\_\_\_\_ nach G. \_\_\_\_\_ mit dem Privatwagen (2 Mal ca. 30 km) würden rund 50 % der ausgerichteten Spesen ausmachen. Die Vorinstanz habe nicht überzeugend dargelegt, in welchem Umfang dem Versicherten unter diesen Umständen noch ein wirtschaftlicher Vorteil aus der ausgeübten Tätigkeit verbleibe. Der Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach der Versicherte zur Abklärung der Berufswahl bei der C. \_\_\_\_\_ AG tätig geworden sei, könne nicht gefolgt werden, da es lediglich um eine geplante Nebenerwerbstätigkeit gegangen sei, die zusätzlich zur hauptberuflich bei der Beschwerdegegnerin versicherten Beschäftigung hätte ausgeübt werden sollen. Art. 1a

UVV sei im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da es nie um die Abklärung der Berufswahl im Sinn dieser Bestimmung gegangen sei. Da weder ein Arbeitsvertrag noch ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis bestanden habe und der Versicherte im Rahmen seines Testeinsatzes insbesondere keinen massgebenden Lohn erzielt habe, sei der Arbeitnehmerbegriff mit Bezug auf die fragliche Tätigkeit nicht erfüllt. Demzufolge sei der Versicherte in der fraglichen Zeit nicht bei der Beschwerdeführerin obligatorisch unfallversichert gewesen.

## **E. 5**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 UVG in der Fassung vom 20. März 1981 (seit dem 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 1 UVG) sind obligatorisch versichert nach dem UVG die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer, einschliesslich der Heimarbeiter, Lehrlinge, Praktikanten, Volontäre sowie der in Lehr- oder Invalidenwerkstätten tätigen Personen. Der Bundesrat kann gemäss Art. 1 Abs. 2 erster Satz UVG in der Fassung vom 20. März 1981 (seit dem 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 2 erster Satz UVG) die Versicherungspflicht ausdehnen auf Personen, die in einem arbeitsvertragsähnlichen Verhältnis stehen. Von dieser Kompetenz hat der Bundesrat in Art. 1a UVV Gebrauch gemacht.

### **E. 5.1**

Zuzustimmen ist der Beschwerdeführerin in ihrer Auffassung, wonach Art. 1a UVV auf die vorliegende Konstellation nicht anwendbar ist. Diese Bestimmung ist auf Personen zugeschnitten, die keine Anstellung haben und zur Abklärung der Berufswahl in einem beruflichen Umfeld tätig sind. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin kann die Leistungspflicht der Beschwerdeführerin nicht aus Art. 1a UVV abgeleitet werden. Die Frage, ob der Versicherte für den am 17. August 2002 absolvierten Testeinsatz obligatorisch bei der Beschwerdeführerin unfallversichert war, ist somit nach Massgabe von Art. 1 Abs. 1 UVG in der Fassung vom 20. März 1981 (seit dem 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 1 UVG) zu prüfen. Die Versicherteneigenschaft ist zu bejahen, wenn der Versicherte in Bezug auf die im Rahmen des Testeinsatzes ausgeführte Tätigkeit als Arbeitnehmer der C.\_\_\_\_\_ AG zu qualifizieren ist. Diesfalls müssen gleichzeitig die Voraussetzungen für einen Berufsunfall nach Art. 7 Abs. 1 UVG erfüllt sein, für dessen Folgen gemäss Art. 99 Abs. 1 UVV die Beschwerdeführerin leistungspflichtig wäre. Hat der Versicherte die Tätigkeit hingegen nicht als Arbeitnehmer der C.\_\_\_\_\_ AG, sondern in seiner Freizeit ausgeübt, läge ein Nichtberufsunfall vor, für dessen Folgen gemäss Art. 77 Abs. 2 UVG die Beschwerdegegnerin aufzukommen hätte.

### **E. 5.2**

Gemäss Art. 1 UVV (in der Fassung vom 15. Dezember 1997, AS 1998 151, in Kraft vom 1. Januar 1998 bis zum 31. Dezember 2002) gilt als Arbeitnehmer nach Artikel 1 Absatz 1 UVG (seit dem 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 1 UVG), wer eine unselbständige Erwerbstätigkeit im Sinn der Bundesgesetzgebung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) ausübt. Der Begriff der unselbständigen Erwerbstätigkeit wird in der AHV-Gesetzgebung nicht definiert. Vor dem Inkrafttreten von Art. 10 ATSG, der eine Legaldefinition der arbeitnehmenden Person enthält (die allerdings im Verfahren nach Art. 78a UVG nicht zur Anwendung kommt, vgl. E. 3.1), liess sich der Arbeitnehmerbegriff aus der Umschreibung des massgebenden Lohns als Beitragsobjekt ableiten (vgl. Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl., Bern 2003, S. 168 Rz. 6). Gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt

für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit; der massgebende Lohn umfasst auch Teuerungs- und andere Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnliche Bezüge, ferner Trinkgelder, soweit diese einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen. Aus der Umschreibung des Beitragsobjekts ergeben sich mittelbar die vier Elemente der Arbeitnehmereigenschaft in der AHV: Leistung von Arbeit, auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, Subordinationsverhältnis, Entgeltlichkeit. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass nach der Lehre und Rechtsprechung das Vorhandensein eines Arbeitsvertrags im Sinn von Art. 319 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) nicht Voraussetzung für die Versicherteneigenschaft gemäss Art. 1a Abs. 1 UVG ist. Der Begriff des Arbeitnehmers in der Unfallversicherung ist weiter als im Arbeitsvertragsrecht: Nicht die privatrechtliche Qualifizierung der Vertragsbeziehung, sondern die wirtschaftlichen Umstände in ihrer Gesamtheit sind ausschlaggebend für die Arbeitnehmereigenschaft in der Unfallversicherung (André Ghélew/Olivier Ramelet/Jean-Baptiste Ritter, Commentaire de la loi sur l'assurance-accidents [LAA], Lausanne 1992, S. 21). Das Schweizerische Bundesgericht (BGer) hat den Begriff des Arbeitnehmers in der Unfallversicherung in BGE 115 V 55 folgendermassen definiert: "Als Arbeitnehmer nach Art. 1 Abs. 1 UVG gilt, wer um des Erwerbes oder der Ausbildung willen für einen Arbeitgeber, mehr oder weniger untergeordnet, dauernd oder vorübergehend tätig ist, ohne hiebei ein eigenes wirtschaftliches Risiko zu tragen."

#### **E. 5.2.1**

Das Kriterium der Arbeitsleistung ist im vorliegenden Fall zweifellos erfüllt, hat doch der Versicherte eine im Betrieb der Beschwerdeführerin übliche Tätigkeit ausgeführt. Am Charakter der Tätigkeit als Arbeitsleistung ändert auch die Tatsache nichts, dass der Versicherte dabei getestet wurde.

#### **E. 5.2.2**

Das Kriterium "auf bestimmte oder unbestimmte Zeit" meint die Ausgestaltung des Arbeitseinsatzes als Dauerverhältnis. Dieses ist, etwa im Gegensatz zum Werkvertrag oder Auftrag, durch Zeitablauf definiert in dem Sinn, dass dem Dauerverhältnis eine Vereinbarung über die Arbeitszeit zu Grunde liegt. Ob die Vereinbarung befristet oder unbefristet ist, spielt für die Kategorisierung als Dauerverhältnis keine Rolle. Im vorliegenden Fall wurde ein auf einen Nachmittag (ca. 4.5 Stunden) befristeter Einsatz vereinbart. Das Erfordernis der Tätigkeit auf Zeit ist somit erfüllt.

#### **E. 5.2.3**

Der Begriff des Subordinationsverhältnisses spricht die unselbständige Stellung der arbeitnehmenden Person an. Charakteristisch hierfür ist, dass die Arbeit auf Weisung des Arbeitgebers und in dessen Interesse ausgeführt wird, ohne dass der Arbeitnehmer dabei ein wirtschaftliches Risiko zu tragen hätte (vgl. Peter Forster, AHV-Beitragsrecht, Zürich 2007, S. 95 Rz. 91). Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der Testeinsatz des Versicherten auf der Kartbahn unter vollständiger Einbindung in die Arbeitsorganisation der C.\_\_\_\_\_ AG erfolgte. Der Versicherte führte die Arbeit zweifellos auf Anweisung und im Interesse der Unternehmung durch. Die Voraussetzung "in untergeordneter Stellung" ist damit gegeben.

#### **E. 5.2.4**

Letztes Kriterium für die Arbeitnehmereigenschaft bildet die Entgeltlichkeit der Arbeitsleistung bzw. die Erwerbsabsicht des Arbeitnehmers. Die Beschwerdeführerin geht in ihren Ausführungen davon aus, dass zwischen dem Versicherten und der C.\_\_\_\_\_ AG kein Arbeitsverhältnis im vertragsrechtlichen Sinn bestanden habe. Dementsprechend sei auch kein Lohn geflossen; die ausgerichtete Entschädigung sei nicht Lohnverwendung, sondern Auslagenersatz. Vorab ist anzumerken, dass die Bezahlung eines Lohns keine strenge Voraussetzung für die Arbeitnehmerschaft im unfallversicherungsrechtlichen Sinn bildet. Dies ergibt sich aus der Formulierung von Art. 1 Abs. 1 UVG in der Fassung vom 20. März 1981 (seit dem 1. Januar 2003: Art. 1a Abs. 1 UVG), wonach ausdrücklich auch Volontäre als Arbeitnehmer gelten, obwohl Volontärtätigkeiten üblicherweise nicht entschädigt werden. Gemäss Schreiben der C.\_\_\_\_\_ AG vom 10. April 2004 (act. A 1.1 Akten AXA) hatte der Versicherte einen Probeeinsatz von ca. 4.25 bis 4.75 Stunden geleistet und war dafür mit einer Spesenauszahlung entschädigt worden; einen Vertrag hatte er nie erhalten oder unterschrieben. Auf Nachfrage der Beschwerdeführerin gab die C.\_\_\_\_\_ AG an, der Betrag von Fr. 85.50 sei dem Versicherten für "Aufwand Vorstellen" sowie für "Spesen Fahrten" ausbezahlt worden (vgl. act. A 2 Akten AXA). Die Formulierung "Aufwand Vorstellen" legt nahe, die ausgerichteten Spesen von Fr. 85.50 zumindest nach Abzug der Fahrkosten als Entgelt für geleistete Arbeit zu betrachten. Die Geringfügigkeit des Entgelts spielt für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses im sozialversicherungsrechtlichen Sinn keine Rolle (vgl. BGE 115 V 55 E. 3c). Nach der Lehre ist der Begriff des massgebenden Lohns im Sinn von Art. 5 Abs. 2 AHVG weit auszulegen (Ueli Kieser, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 5, Rz. 92 ff.). Insbesondere spielt es keine Rolle, ob das Entgelt geschuldet ist oder auf freiwilliger Basis entrichtet wird (Pierre-Yves Greber/Jean-Louis Duc/Gustavo Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-veillesse et survivants [LAVS], Basel 1997, Art. 5, Rz. 19). Für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft in der Unfallversicherung steht die Ausrichtung eines Entgelts nicht im Vordergrund, da wie in E. 5.2 dargelegt die Gesamtheit der wirtschaftlichen Umstände zu berücksichtigen ist. Die Frage, ob der geleistete Testeinsatz als entgeltliche Tätigkeit gelten kann, ist weniger anhand der ausgerichteten Spesenentschädigung von Fr. 85.50 als vielmehr im Zusammenhang mit der Erwerbsabsicht des Versicherten zu beurteilen. Das BGer hat in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, ob es nicht - Erwerbsabsicht und unselbständiger Charakter der Arbeit vorausgesetzt - genüge, wenn die Arbeit üblicherweise entlohnt sei, hat dann aber die Frage offen gelassen (vgl. BGE 133 V 161 E. 5.2.2). Im vorliegenden Fall wurde als Teil einer Stellenbewerbung ein Testeinsatz im Hinblick auf eine Anstellung durchgeführt. Dabei verrichtete der Versicherte auf Anordnung der C.\_\_\_\_\_ AG eine bezahlte Tätigkeit, um seine Eignung für diese Arbeit unter Beweis zu stellen. Wesentliches Merkmal einer Erwerbstätigkeit ist nach der Rechtsprechung die planmässige Verwirklichung einer Erwerbsabsicht in Form einer Arbeitsleistung (BGE 125 V 383 E. 2a). Durch den Einsatz von Arbeit mit dem Ziel, eine Anstellung zu erhalten, ist dieses Merkmal erfüllt. Der Versicherte hatte somit - wenn auch nicht bezogen auf den Zeitraum des Testeinsatzes selbst, so doch bezogen auf die zukünftige Tätigkeit auf der Kartbahn - eindeutig eine Erwerbsabsicht. Der erwerbliche Charakter des Testeinsatzes ist daher im Zusammenhang mit der in Aussicht genommenen Anstellung zu sehen, unabhängig davon, ob eine solche erfolgt ist oder nicht. Diese Auffassung vertritt auch das BGer, welches in der Tatsache, dass eine arbeitslose Person auf eigene Initiative einen Einsatz in einer Unternehmung leistete, um

Leistungsbereitschaft, Eignung und Arbeitsfähigkeit im Hinblick auf eine Festanstellung unter Beweis zu stellen, ein Erwerbsmotiv erblickte und die Leistungspflicht des Unfallversicherers der Unternehmung bejahte, obwohl kein Lohn vereinbart worden war (vgl. BGE 133 V 161 E. 5.2.1 und E. 5.2.2). Im Einklang mit dieser Rechtsprechung ist daher die Erwerbsabsicht des Versicherten im vorliegenden Fall zu bejahen.

### **E. 5.3**

Für die Leistungspflicht der Beschwerdeführerin spricht zudem die Tatsache, dass sich mit der infolge der Betätigung der Go-Karts eingetretenen Schulterluxation ein betriebsspezifisches Risiko verwirklicht hat. Dass der Beschwerdeführer in dieser Hinsicht prädisponiert war, ändert nichts daran, dass sich der Unfall bei der Arbeit mit betriebseigenen Geräten ereignete. Dies ist zudem typisch für den Berufsunfall gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a UVG, dessen Tatbestandsmerkmale für die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft des Versicherten in Bezug auf den Testeinsatz vom 17. August 2002 erfüllt sein müssen. Auch nach der Rechtsprechung spricht in einer vergleichbaren Konstellation die Art des Unfalls, bei dem sich ein betriebsspezifisches Risiko verwirklicht hat, für die Annahme eines Berufsunfalls und damit für die Leistungspflicht des Versicherers der Unternehmung, in deren Betrieb sich der Unfall ereignet hat (vgl. BGE 133 V 161 E. 5.2.3).

### **E. 6**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen kommt das BVGer zum Schluss, dass die Vorinstanz die Arbeitnehmereigenschaft des Versicherten in Bezug auf den Testeinsatz vom 17. August 2002 bei der C.\_\_\_\_\_ AG zu Recht bejaht hat. Demzufolge gilt die C.\_\_\_\_\_ AG für die Zeit des Testeinsatzes als Arbeitgeberin des Versicherten, und der Unfall vom 17. August 2002 ist als Berufsunfall im Sinn von Art. 7 Abs. 1 Bst. a UVG zu qualifizieren. Art. 99 UVV regelt die Leistungspflicht bei Versicherten mit mehreren Arbeitgebern. Erleidet eine versicherte Person, die bei mehreren Arbeitgebern versichert ist, einen Berufsunfall, so ist gemäss Art. 99 Abs. 1 UVV der Versicherer jenes Arbeitgebers leistungspflichtig, in dessen Dienst die versicherte Person verunfallt ist. Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin für den Unfall vom 17. August 2002 leistungspflichtig ist. Die angefochtene Verfügung ist somit zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 7.1**

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 zweiter Halbsatz VwVG). Diese werden auf Fr. 3'500.- festgesetzt und mit dem einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 3'500.- verrechnet.

### **E. 7.2**

Die Beschwerdegegnerin ist mit ihrem Eventualantrag auf Abweisung der Beschwerde durchgedrungen und gilt somit als obsiegende Partei. Als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 61 Abs. 1 UVG) gilt sie gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. c VwVG als Bundesverwaltungsbehörde. Sie hat daher keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.