

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 2 U 73/08 B

L 3 U 259/04 (Bayerisches LSG)
S 13 U 305/02 (SG Landshut)

.....,

Kläger und Beschwerdegegner,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Lederindustrie-Berufsgenossenschaft,
Lortzingstraße 2, 55127 Mainz,

Beklagte und Beschwerdeführerin.

Der 2. Senat des Bundessozialgerichts hat am 18. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meyer sowie die Richter Mutschler und Heinz sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Burdinski und die ehrenamtliche Richterin Ende beschlossen:

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 11. Dezember 2007 wird abgelehnt.

Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu erstatten.



Gründe :

I

- 1 Der Kläger gründete zum 1. Januar 1997 die "E. W. Raumausstattung, Parkett und Bodenbeläge GmbH" (W. GmbH). Er war Alleingesellschafter und zugleich Geschäftsführer. Im Bescheid der Beklagten vom 15. Januar 1997 über die Aufnahme des Unternehmens in das Unternehmensverzeichnis und die Veranlagung zum Gehaltstarif ist Folgendes ausgeführt:
- "Neben den in Ihrem Unternehmen beschäftigten Personen sind nach unserer Satzung versichert:
- | Vor- und Zuname | Geburtsdatum | Jahresarbeitsverdienst
(Versicherungssumme) |
|---------------------|--------------|--|
| E. W. ab 01.01.1997 | 1968 | n.vers." |
- 2 Die W. GmbH beantragte mit Schreiben vom 9. Juni 1998 die Berichtigung des Gesamtbruttoentgelts für 1997 von 671.415 DM auf 615.479 DM, weil in der Lohnnachweismeldung "versehentlich die Höchstgrenze von jährlich DM 108.000,-- nicht beachtet" worden sei. Die Beklagte setzte daraufhin den Beitrag neu fest.
- 3 Am 13. April 2001 erlitt der Kläger auf dem Weg zu Kunden einen Motorradunfall mit schwersten Verletzungen. Die Beklagte lehnte dessen Entschädigung mit Bescheid vom 11. April 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. November 2002 ab, weil der Kläger als Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Kapitalbeteiligung von 100 vH nicht zu dem kraft Gesetzes oder Satzung pflichtversicherten Personenkreis gehöre. Von der Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung habe er nicht Gebrauch gemacht. Eine Formalversicherung bestehe nicht, da der Kläger im Lohnnachweis nicht namentlich bezeichnet worden sei.
- 4 Das Sozialgericht Landshut hat die Klage mit im Wesentlichen gleicher Begründung abgewiesen (Urteil vom 11. Mai 2004). Auf die Berufung des Klägers hat das Bayerische Landessozialgericht (LSG) diese Entscheidung sowie den angefochtenen Bescheid aufgehoben und festgestellt, dass das Ereignis vom 13. April 2001 ein Arbeitsunfall ist (Urteil vom 11. Dezember 2007). Zwar sei der Kläger weder pflicht- noch freiwillig versichert gewesen. Es habe indes eine Formalversicherung bestanden. Die Beklagte hätte bei Beachtung der notwendigen Sorgfalt auf Grund des Schreibens vom 9. Juni 1998 erkennen müssen, dass in der für das Jahr 1997 mitgeteilten Lohnsumme auch ein außergewöhnlich hoher Verdienst enthalten gewesen sei, der in Anbetracht der Gesamtlohnsumme nur einem nach Gesetz und Satzung unversicherten Geschäftsführer habe zugeordnet werden können. Zudem liege ein Arbeitsunfall nach § 8 Siebtes Buch Sozialgesetzbuch vor.
- 5 Mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde macht die Beklagte eine Divergenz sowie Verfahrensfehler geltend. Das LSG habe den Rechtssatz aufgestellt, eine Ausnahme vom Ausschluss der



Formalversicherung durch Heranziehung zur Beitragsleistung nach den Grundsätzen des summarischen Lohnnachweises bestehe - neben der weiteren Voraussetzung der mehrjährigen Beitragserhebung - bereits dann, wenn der Unfallversicherungsträger "die Möglichkeit gehabt hätte, bei der erforderlichen Aufmerksamkeit Kenntnis davon zu nehmen, dass eine nicht versicherte Person in dem Lohnnachweis mit aufgezählt war". Demgegenüber sei nach dem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 2. Februar 1999 (*B 2 U 3/98 R - BSGE 83, 270 = SozR 3-2400 § 26 Nr 11*) die Annahme einer Formalversicherung bei Verwendung summarischer Lohnnachweise nur dann gerechtfertigt, wenn "jemand mit Wissen der Organe der BG oder so, dass es diesen Organen bei der erforderlichen Aufmerksamkeit nicht unbekannt bleiben konnte", eine an sich nicht versicherte Person in den Lohnnachweis mit aufgenommen hat. Das LSG habe nicht lediglich falsch subsumiert, sondern einen der Rechtsprechung des BSG widersprechenden anderen Maßstab entwickelt. Während das Berufungsgericht mit dem Erfordernis der bloßen Möglichkeit zur Kenntniserlangung praktisch jede leichte Fahrlässigkeit ausreichen lasse, verlange das BSG auf Grund der gewählten Formulierung eine grobe Fahrlässigkeit. Auf dieser Divergenz beruhe die angefochtene Entscheidung, weil das LSG bei Anwendung des vom BSG festgestellten Maßstabs zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Darüber hinaus sei das Urteil des LSG verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Der Entscheidung liege ein widersprüchlicher Tatbestand zu Grunde, sodass ein Verstoß gegen § 128 Abs 1 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) vorliege. Zudem sei der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt worden. Das LSG habe sich weder mit dem tatbestandlich wiedergegebenen Vortrag, dass sich die Korrekturmeldung vom 9. Juni 1998 auf mehrere Personen hätte beziehen können, noch mit dem Einwand, dass sich die gemeldete Bruttolohnsumme auch auf einen angestellten Betriebsleiter hätte erstrecken können, auseinandergesetzt. Schließlich hätte sich das LSG mit dem Hinweis auf die Beschäftigung des Vaters des Klägers für die W. GmbH befassen müssen, da insoweit eine übertarifliche Vergütung nahegelegen hätte.

II

- 6 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist teils unzulässig, teils unbegründet und daher insgesamt abzulehnen.
- 7 Soweit sich die Beklagte auf den Zulassungsgrund der Divergenz stützt, ist die Beschwerde zulässig, im Ergebnis aber nicht begründet.
- 8 Eine Divergenz iS des § 160 Abs 2 Nr 2 SGG setzt voraus, dass das angefochtene Urteil in einem entscheidungserheblichen, abstrakt formulierten Rechtssatz von einem damit inhaltlich zusammenhängenden Rechtssatz des BSG, das Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser



Abweichung beruht. Beide Rechtssätze dürfen nicht miteinander vereinbar sein (*BSG SozR 3-1500 § 160a Nr 34 S 72*). Es genügt nicht, dass das LSG im konkreten Fall lediglich einen vom BSG aufgestellten Rechtssatz nicht beachtet oder unzutreffend anwendet. Nicht die Unrichtigkeit der Entscheidung im Einzelfall, sondern die Nichtübereinstimmung im Grundsätzlichen begründet die Zulassung der Revision wegen Divergenz (*BSG SozR 4-1500 § 160 Nr 6 RdNr 5 mwN*). Sie liegt daher nicht schon dann vor, wenn das angefochtene Urteil nicht den Kriterien entsprechen sollte, die das BSG entwickelt hat, sondern erst dann, wenn das LSG diesen Kriterien - ausdrücklich - widersprochen, also andere rechtliche Maßstäbe bei seiner Entscheidung herangezogen hat (*BSG SozR 4-1500 § 160a Nr 4 RdNr 6 mwN*). An einer die Zulassung der Revision rechtfertigenden Divergenz fehlt es demnach, wenn das LSG nicht von dem Rechtssatz des BSG selbst abweicht, sondern diesen seiner Entscheidung vielmehr zu Grunde gelegt hat, dabei aber ggf unrichtig entschieden hat. Das ist hier der Fall.

- 9 Es trifft zu, dass nach dem Urteil des Senats vom 2. Februar 1999 (*aaO*) ein formal-rechtliches Versicherungsverhältnis nur dann zu rechtfertigen ist, wenn dem Unfallversicherungsträger die Berücksichtigung einer nicht versicherten Person in den Lohnnachweisen zumindest "nicht unbekannt bleiben konnte". Demgegenüber hat es das LSG ausnahmsweise ausreichen lassen, dass ein Versicherungsträger "die Möglichkeit gehabt hätte", bei der erforderlichen Aufmerksamkeit Kenntnis von der fehlerhaften Einbeziehung in die Lohnnachweise zu nehmen. Unabhängig davon, inwieweit diese Feststellungen voneinander abweichen, hat das Berufungsgericht die bezeichnete Entscheidung des Senats als Beleg für seine Rechtsauffassung zitiert. Damit hat es gerade nicht den Rechtsausführungen des BSG widersprochen, sondern die höchstrichterliche Rechtsprechung auf den von ihm zu entscheidenden konkreten Fall anwenden wollen. Mit der vom LSG gewählten Formulierung zu den Voraussetzungen einer Formalversicherung hat es zwar den Rechtssatz des BSG nicht korrekt wiedergegeben, nicht aber einen davon abweichenden Rechtssatz aufgestellt.
- 10 Unzulässig ist die Beschwerde, soweit sie auf den Zulassungsgrund des Verfahrensfehlers gestützt wird. Die geltend gemachten Verfahrensmängel sind nicht in der gebotenen Weise bezeichnet worden (*§ 160a Abs 2 Satz 3 SGG*).
- 11 Nach *§ 160 Abs 2 Nr 3 SGG* ist die Revision nur zuzulassen, wenn ein Verfahrensmangel geltend gemacht wird, auf dem die angefochtene Entscheidung beruhen kann; der geltend gemachte Verfahrensmangel kann nicht auf eine Verletzung der *§§ 109* (Anhörung eines bestimmten Arztes) und *128 Abs 1 Satz 1 SGG* (freie richterliche Beweiswürdigung) und auf eine Verletzung des *§ 103 SGG* (Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen) nur gestützt werden, wenn er sich auf einen Beweisantrag bezieht, dem das LSG ohne hinreichende Begründung nicht gefolgt ist. Die den behaupteten Verfahrensmangel (vermeintlich) begründenden Tatsachen müssen substantiiert dargetan werden (*BSG SozR 4-1500 § 160a Nr 3 RdNr 4 mwN*). Dem wird die Beschwerdebegründung nicht gerecht.



- 12 Soweit die Beklagte geltend macht, das angefochtene Urteil beruhe auf einem widersprüchlichen Tatbestand, hat sie schon einen Verfahrensfehler nicht bezeichnet. Ein Verfahrensmangel liegt vor, wenn eine prozessrechtliche Vorschrift nicht oder fehlerhaft angewandt worden ist. Die Rechtsverletzung muss allerdings den Weg zur angefochtenen Entscheidung und darf nicht nur deren Inhalt betreffen (*BSG SozR 1500 § 160 Nr 52 S 53*). Die Rüge bezieht sich indes auf das Urteil selbst. Soweit die Beklagte ausführt, das LSG hätte die Korrekturmeldung vom 9. Juni 1998 wegen des nicht eindeutigen Tatbestandes nicht nur auf eine Person beziehen, sondern Alternativberechnungen anstellen müssen, beanstandet sie die mit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angreifbare inhaltliche Richtigkeit des angefochtenen Urteils.
- 13 Darüber hinaus ist die gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht hinreichend bezeichnet. Zwar kann als Verfahrensmangel iS von § 160 Abs 2 Nr 3 SGG iVm Art 103 Abs 1 Grundgesetz und §§ 62, 128 Abs 2 SGG gerügt werden, das Gericht habe wesentliches Vorbringen der Prozessbeteiligten nicht berücksichtigt. Die angefochtene Entscheidung muss jedoch nicht ausdrücklich jedes Vorbringen der Beteiligten bescheiden. Vielmehr verpflichtet das Gebot des rechtlichen Gehörs das Gericht, deren Ausführungen zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Es ist erst dann verletzt, wenn sich im Einzelfall auf Grund besonderer Umstände klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist (*BVerfGE 96, 205, 216*). Solche Umstände hat die Beklagte nicht dargelegt. Der Senat lässt daher offen, ob mit der geltend gemachten Gehörsrüge im Kern nicht eine mit der Nichtzulassungsbeschwerde nicht angreifbare Verletzung des § 128 Abs 1 Satz 1 SGG behauptet wird.
- 14 Eine unterbliebene Berücksichtigung ihres Vortrags, die Korrekturmeldung vom 9. Juni 1998 könne sich auf mehrere Personen beziehen, hat die Beklagte schon deshalb nicht schlüssig dargetan, weil diese ausweislich der Beschwerdebegründung im Tatbestand wiedergegeben worden ist. Hinsichtlich des Hinweises auf die Beschäftigung des Vaters des Klägers geht aus der Beschwerdebegründung nicht hervor, weshalb sich das LSG damit hätte befassen müssen, zumal die Beklagte selbst nicht von einer übertariflichen Vergütung ausgegangen ist, sondern diese nur als naheliegend beschrieben und damit lediglich pauschal nicht ausgeschlossen hat. Schließlich ist eine verfahrensfehlerhafte Außerachtlassung des Vortrags nicht substantiiert aufgezeigt worden, soweit sich die Beklagte auf die im Widerspruchsbescheid dargelegte eventuelle Meldung für einen angestellten Betriebsleiter beruft. Der Beschwerdebegründung ist nicht zu entnehmen, dass dieser Vortrag im Berufungsverfahren aufrechterhalten worden wäre.
- 15 Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung der §§ 183, 193 SGG.

