

1. Zur Frage der Unternehmereigenschaft eines Ehegatten bei Mitarbeit im Betrieb des anderen Ehegatten als angeblich geringfügig Beschäftigter („Scheinbeschäftigung“).
2. Bei der Feststellung eines „echten“ Arbeitsverhältnisses unter Ehegatten kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Eine untertarifliche oder eine erheblich untertarifliche Bezahlung des Ehegatten schließt die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus.
3. Ein (scheinbeschäftigter) Ehegatte ist als (Mit-)Unternehmer eines formal allein dem anderen Ehegatten gehörenden Unternehmens anzusehen, wenn die Eheleute den Betrieb zusammen aufgebaut haben und von seinem Ertrag leben, ferner keine persönliche Abhängigkeit des Betroffenen vorliegt, vielmehr er aufgrund seiner Kenntnisse und Kontakte als eigentlicher Unternehmer agiert („Seniorchef“).

§ 2 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 SGB VII, § 7 Abs. 1 SGB IV

Urteil des Bayerischen LSG vom 19.01.2012 – L 17 U 575/10 –
Aufhebung des Urteils des SG Nürnberg vom 18.11.2010 – S 15 U 298/09 –

Streitig war – im Rahmen eines Witwenrentenanspruchs – die Versicherteneigenschaft des bei einem Unfall getöteten Ehemanns der Klägerin. Dieser war bei Erdarbeiten (Anlegen einer Rasenfläche auf einem Sportplatz), und zwar als er die an einem Traktor angebaute Erdfräse einstellen wollte, tödlich verletzt worden (Rn 3). Beschäftigt war er, mit zuletzt 325 € Monatslohn (= weniger als 3 € Stundenlohn, Rn 18), bei einem seiner Frau gehörenden Bau- und Fuhrunternehmen (Fa. MS). Diese Firma war regelmäßig als Subunternehmerin der Fa. F-GmbH tätig, deren Gesellschafter die Klägerin und ihr Sohn waren. Nach Ansicht der Klägerin stand ihr Mann als Beschäftigter unter Versicherungsschutz, er sei an keiner der beiden Firmen beteiligt gewesen. Die Fa. MS sei von Anfang an auf ihren Namen gelaufen, da der Verstorbene überschuldet gewesen sei (Rn 18).

Das **LSG** hat einen **Witwenrentenanspruch verneint**. Der Ehegatte der Klägerin sei **weder** nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII als **Beschäftigter noch** nach § 2 Abs. 2 SGB VII als „**Wie-Beschäftigter**“ noch als Unternehmer (keine satzungsmäßige oder freiwillige Versicherung) versichert gewesen (Rn 23). Zwar stehe der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt sei (Rn 25). Auch schließe eine – wie hier - sogar erheblich untertarifliche Bezahlung des Ehegatten die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht aus. Die Höhe des Entgelts habe „*lediglich Indizwirkung*“. Die Grenze zwischen einem Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit auf Grund einer familienhaften Zusammengehörigkeit sei nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BSG, im Urteil zitiert).

Diese **Gesamtabwägung** ergebe vorliegend aber, dass der Verstorbene nicht Beschäftigter, sondern **Mitunternehmer** des Betriebs gewesen sei (Rn 27). Die Eheleute hätten den Betrieb zusammen aufgebaut und davon auch gelebt. Von dem Lohn der „geringfügigen Beschäftigung“ allein hätte der Ehemann nicht leben können. Weiter heißt es: „*Die Klägerin war demnach nur "auf dem Papier" die Eigentümerin des Betriebs, während der Ehemann aufgrund seiner Kenntnisse und Kontakte als eigentlicher Unternehmer agierte*“. Die Eigentumsverhältnisse an den Betriebsmitteln beruhten allein darauf, dass er bei Betriebsgründung überschuldet gewesen sei. Der **formalrechtlichen Gestaltung** der betrieblichen Verhältnisse komme **keine entscheidende Bedeutung** zu. Vielmehr liege ein „**gemeinsames Familienunternehmen**“ vor.

Weiterhin sei eine persönliche Abhängigkeit des Verstorbenen bei seiner Tätigkeit nicht ersichtlich; er sei **Weisungen seiner Ehefrau nicht unterworfen** gewesen. Im Gegenteil sei er von allen Beteiligten (auch den Mitarbeitern der Fa F, Kunden usw.) als „**Seniorchef**“ angesehen worden (Planungs- und Leitungsfunktion, Weisungsrecht, Rn 10, 35).

Ein Versicherungsschutz des Verstorbenen als „**Wie-Beschäftigter**“ komme wegen seiner **Unternehmereigenschaft** gleichfalls **nicht** in Betracht (Rn 28, 31). Mangels Satzungsregelung bzw. Antrag sei ferner ein Versicherungsschutz als Unternehmer von vorneherein ausgeschlossen (Rn 28).

Hinweis: Siehe das ebenso ein **Ehegattenarbeitsverhältnis** wegen einer **Scheinbeschäftigung** ablehnende Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 22.11.2011 – L 2 U 5633/10 –, [UVR 005/2012, S. 295 ff.](#) Dort wurde allerdings die Zahlung eines nicht leistungsgerechten Lohns als „**starkes Indiz**“ für eine Scheinbeschäftigung gewertet. Auch in diesem Urteil wurde der Verstorbene als Mitunternehmer angesehen.

Das **Bayerische Landessozialgericht** hat mit **Urteil vom 19.01.2012 – L 17 U 575/10 –** wie folgt entschieden:

Tatbestand

1

Der 1939 geborene G. A. (GS), Ehemann der Klägerin, starb am 06.06.2009 an den Folgen eines Unfalls, den er an diesem Tag bei Arbeiten an der Feineinstellung einer Bodenfräse beim Sportplatzbau erlitt. Die Beteiligten streiten darüber, ob der Ehegatte der Klägerin bei diesem tödlichen Unfall am 06.06.2009 unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung stand und die Klägerin dadurch Anspruch auf Hinterbliebenenleistungen nach dem Siebten Buch Sozialgesetzbuch (SGB VII) hat.

2

Der verstorbene Ehegatte der Klägerin war seit 1974 in dem Einzelunternehmen der Klägerin A. - MS (A. - Baustoffe und Fuhrunternehmen) tätig. Weitere Beschäftigte hatte das Unternehmen MS nicht. Das Unternehmen MS arbeitete jeweils in den Monaten März bis Oktober bei den Bauprojekten der Firma F. -Gesellschaft für Freizeitanlagen mbH- mit. Gesellschafter der Firma F. sind die Klägerin und ihr Sohn H. A. (HS), Letzterer ist auch Geschäftsführer der Firma. HS hat für die von der Firma F. auszuführenden Bauarbeiten regelmäßig auch die Dienste des Verstorbenen in Anspruch genommen. Der Verstorbene war jeweils in die Baustellenplanung mit eingebunden und hatte im Auftrag des HS teilweise die Bauleitung auf den Baustellen wahrgenommen. Der Verstorbene erhielt hierfür von der Firma F. kein Entgelt. Für die Wartung, Pflege und den Transport sämtlicher Maschinen und Geräte der Firma F. und für Erdarbeiten wurden von der Firma MS Rechnungen an die Firma F. gestellt. All diese Arbeiten führte der Verstorbene aus. Dieser wurde bei der Firma MS als geringfügig Beschäftigter mit einem Monatslohn von zuletzt EUR 325,00 monatlich geführt.

3

Der tödliche Unfall des GS ereignete sich am 06.06.2009 beim Anlegen einer Rasenfläche auf einem Sportgelände. Es handelte sich dabei um ein von der Firma F. durchzuführendes Bauvorhaben. GS fuhr einen Traktor mit angebauter Erdfräse. Nachdem er von dem Traktor abgestiegen war, um Einstellarbeiten an der Erdfräse vorzunehmen, wurde er von der rotierenden Fräse erfasst und komplett unter diese gezogen. Hierbei zog er sich tödli-

che Verletzungen zu. Zum Unfallzeitpunkt waren auf der Baustelle auch HS und zwei Angestellte der Firma F. tätig. Der Traktor und auch die angebaute Erdfräse standen im Eigentum der F..

4

Nachdem im Juli 2009 ein Angehöriger des Prüfdienstes der Beklagten die betrieblichen Verhältnisse in einem persönlichen Gespräch mit der Klägerin und deren Sohn erfragt hatte, erließ die Beklagte am 20.08.2009 einen Bescheid, mit dem sie feststellte, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Leistungen hätte. Ihr verstorbener Ehemann sei am Unfalltag nicht gesetzlich unfallversichert gewesen. Der Verstorbene sei weder in dem Unternehmen der Klägerin noch in dem Unternehmen des Sohnes als Arbeitnehmer tätig gewesen. Er habe die Stellung eines Unternehmers gehabt, habe jedoch von der Möglichkeit einer freiwilligen Versicherung keinen Gebrauch gemacht.

5

Im anschließenden Widerspruchsverfahren nahm die Beklagte noch Einsicht in die Akten der Staatsanwaltschaft. Mit Widerspruchsbescheid vom 27.11.2009 wurde der Widerspruch zurückgewiesen. Darin wurde ausgeführt, dass der Verstorbene am Unfalltag nur formal an die Firma F. ausgeliehen bzw. dort wie ein Subunternehmer tätig geworden sei. Tatsächlich sei die Klägerin nur auf dem Papier die Arbeitgeberin des Verstorbenen gewesen. Der Verstorbene sei sowohl im Unternehmen der Klägerin als auch im Unternehmen F. nicht als Beschäftigter, sondern unternehmerähnlich tätig geworden. Mangels einer freiwilligen Versicherung bestünde kein Versicherungsschutz.

6

Am 28.12.2009 hat die Klägerin Klage zum Sozialgericht Nürnberg (SG) erhoben und geltend gemacht, ihr Ehegatte habe am 06.06.2009 einen Arbeitsunfall im Sinne des Gesetzes erlitten. Der Verstorbene sei weder an den operativen Geschäften der Firma MS, noch an denen der F. beteiligt gewesen. Er sei lediglich maßgeblich mit der Ausführung der Aufträge der Firma MS auch für die Firma F. beschäftigt gewesen. Er sei an keiner der beiden Firmen beteiligt gewesen und habe daher auch kein Unternehmerrisiko getragen. Er habe auch keine dinglichen Rechte an den vorhandenen Betriebsmitteln gehabt. Es würden die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung gegenüber einer selbstständigen Tätigkeit überwiegen. Das SG hat die BG Bau gemäß § 75 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) zum Verfahren beigelegt, da sie wegen der Mitgliedschaft der Firma F. als leistungspflichtig in Betracht komme. Die Beigeladene äußerte sich mit Schriftsatz vom 03.05.2010 gegenüber dem SG dahingehend, dass der Verstorbene zum Zeitpunkt des Unfalls weder Gesellschafter noch Geschäftsführer noch Arbeitnehmer der F. gewesen sei. Ihre Zuständigkeit sei daher nicht gegeben. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde HS als Zeuge gehört.

7

Mit Urteil vom 18.11.2009 hat das SG die Beigeladene verurteilt, der Klägerin Hinterbliebenenleistungen zu gewähren und die Klage gegen die BG Handel und Warendistribution abgewiesen. Zwar habe die Klägerin die Verurteilung der Beklagten beantragt, jedoch sei regelmäßig davon auszugehen, dass Kläger hilfsweise auch die Verurteilung eines beigelegten Trägers begehren.

8

Die Beigeladene hat hiergegen am 22.12.2010 Berufung eingelegt.

9

In einem Termin zur Erörterung des Sachverhalts am 07.10.2011 hat die Klägerin unter anderem erklärt, ihr Ehemann sei in ihrem Unternehmen geringfügig beschäftigt gewesen. Dieses Unternehmen sei im Besitz eines Tiefladers sowie eines Hängers gewesen und habe die Maschinen der Firma F. umgesetzt. Den jeweiligen Transport habe sie als Unternehmerin der Firma F. in Rechnung gestellt. Auch die Arbeitsstunden des Ehemannes habe sie in Rechnung gestellt. Sie und ihr Ehemann hätten das Geschäft miteinander aufgebaut und auch davon gelebt.

10

Die Beigeladene führt aus, Im Unfallzeitpunkt habe keine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit des Verstorbenen für die Firma F. vorgelegen, sondern eine Unternehmertätigkeit. Es habe sich um eine planmäßige und regelmäßige Tätigkeit für die Firma F. gehandelt. Es seien Planungs- und Leitungsfunktionen sowie umfangreiches Fachwissen eingebracht worden. Der Verstorbene habe als Seniorchef der Firma F. gegolten. Die Außendienstermittlungen der Beklagten hätten ergeben, dass das Unternehmen MS und die Firma F. gemeinsame Familienunternehmen gewesen seien. Man habe in einem ständigen Wechsel miteinander Hand in Hand gearbeitet und die einzelnen Aufträge beziehungsweise Bauprojekte gemeinsam abgewickelt. Der Verstorbene sei in der Firma F. mit der Bauleitung betraut gewesen und habe selbst mitgearbeitet. Er habe die anwesenden Arbeiter beaufsichtigt und Arbeitsanweisungen erteilt. Der Verstorbene sei sowohl nach außen als auch den Mitarbeitern gegenüber als Seniorchef aufgetreten. Er sei keinen Weisungen unterworfen gewesen und habe über Zeiten und Einsätze seiner Arbeit selbst bestimmen können. Auch die Staatsanwaltschaft sei zu gleichen Ergebnissen gekommen. Der Sohn habe angegeben, dass er sich um den kaufmännischen Bereich gekümmert habe, während die Arbeitsausführungen der Vater übernommen habe. Der Verstorbene habe die Firma F. aufgebaut und sich von seinem Sohn in den praktischen Tätigkeiten keine Vorschriften machen lassen. Die Mitarbeiter der Firma F. hätten den Verstorbenen durchgängig als Seniorchef bezeichnet. Auch im Internet sei der Verstorbene als Seniorchef der Firma F. aufgetreten.

11

Die Beigeladene beantragt,

12

das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 18.11.2010 in Ziffer I., Ziffer II. und Ziffer IV. aufzuheben.

13

Die Klägerin beantragt,

14

die Berufung gegen das Urteil vom 18.11.2010 des Sozialgerichts Nürnberg zurückzuweisen.

15

Sie führt aus, die Berufung sei unbegründet. Zu Recht sei das Erstgericht von einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VII ausgegangen. Die planmäßige unregelmäßige Tätigkeit des Verstorbenen für die Firma F. spreche für sich genommen noch nicht für eine unternehmerische Tätigkeit. Auch die in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehenden Personen oder die arbeitnehmerähnlich

Beschäftigten könnten im Rahmen der ihnen zugewiesenen Arbeit planmäßig und regelmäßig für den Betrieb tätig werden. Soweit der Verstorbene in der Öffentlichkeit als Seniorchef betrachtet worden sei, sei der Anschein allein dem Umstand geschuldet, dass die klägerische Einzelfirma und die Firma F. als Familienunternehmen geführt worden seien. Der Verstorbene sei weder an der Firma F. noch an der Firma der Klägerin als Gesellschafter beteiligt und habe auch keine dinglichen Rechte an den jeweiligen Betriebsmitteln gehabt. Der Umstand, dass der Verstorbene auch im Auftrag des HS auf den Baustellen der Firma F. die Leitung wahrgenommen habe, rechtfertige nicht die Annahme einer unternehmerischen Tätigkeit. Die zu verrichtenden Arbeiten seien vorab besprochen worden. Der Verstorbene habe auf der Baustelle mitgearbeitet und nicht nur Anweisungen an andere Arbeiter erteilt. Eine Bauleitung begründe für sich noch keine unternehmerische Tätigkeit. Es treffe nicht zu, dass der Verstorbene keinen Weisungen unterworfen gewesen sei und seine Arbeitstätigkeit habe selbst bestimmen können. Der Verstorbene sei in die Baustellenplanung jeweils eingegliedert gewesen. Seine Tätigkeit sei geprägt gewesen von den jeweiligen Auftragslagen der Firmen. Er habe nicht machen können, was er gewollt habe.

16

Die Beklagte beantragt,

17

das Urteil des Sozialgerichts Nürnberg vom 18.11.2010 in Ziffer I. aufzuheben.

18

Sie verweist auf die Feststellungen des Prüfdienstes vom 28.07.2009 sowie darauf, dass das bezogene Entgelt des Verstorbenen in keinem Verhältnis der in 10 Monaten erbrachten Gesamtarbeitsleistung von 1144 h gestanden habe. Hierbei errechne sich für die ausgeübte leitende Tätigkeit ein Stundenlohn von weniger als 3 €. Dies passe gut zu einem Familienunternehmen, indem sich der Verstorbene als Unternehmer beziehungsweise Seniorchef verstanden habe, ganz gleich, welche rechtliche Ausgestaltung gewählt worden sei. Die Mitarbeiter der Firma F. hätten den Verstorbenen als Seniorchef betrachtet und bezeichnet. Der Sohn habe angegeben, dass die Klägerin lediglich auf dem Papier der Arbeitgeber des Verstorbenen gewesen sei. Der Verstorbene habe die Firma ursprünglich aufgebaut und nicht loslassen können und mitgearbeitet (vergleiche Blatt 156 der Akte der Beklagten). Auch der technische Aufsichtsbeamte der Beklagten sei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Firma F. zwar formell von Herrn GS und die Firma MS von Frau S. geführt worden sei, in der betrieblichen Praxis und bei den technischen Ausführungen von Aufträgen seien jedoch beide Unternehmen vom Seniorchef geführt worden, so dass aufgrund der realen familiären Verpflichtungen und Abhängigkeiten der für den Arbeitsschutz Verantwortlichen mit dem tödlich Verletzten die zum Unfall führenden Rechtsverstöße nicht zweifelsfrei einer einzelnen Person haben zugeordnet werden können. Nach Angaben der Klägerin sei die Firma seit der Gründung im Jahre 1974 auf ihren Namen gelaufen, da der Verstorbene überschuldet gewesen sei. Seit diesem Zeitpunkt sei er durchgehend als geringfügig Beschäftigter tätig gewesen. Laut Bescheinigung der Mini-Job-Zentrale von 27.03.2008 sei ein geringfügig entlohntes Beschäftigungsverhältnis des GS gemeldet gewesen, das sich nach den Angaben der Klägerin vom 08.01.2008 auf Tätigkeiten als Kraftfahrer und in der Werkstatt bezogen habe und mit 325,00 € monatlich entlohnt worden sei bei 7,5 Arbeitsstunden pro Woche. Die im Schriftsatz vom 18.10.2011 erneut aufgestellte Behauptung, die Beklagte sei an eine Entscheidung vom 08.07.2008 gebunden, sei nicht haltbar. Selbst wenn man entgegen dem Gesamtbild der Verhältnisse

unterstellen würde, GS sei im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung als Fahrer des Sattelschleppers von Frau S sowie bei Wartungsarbeiten versichert gewesen, sei die unfallbringende Tätigkeit dieser Beschäftigung nicht zuzurechnen. Laut Entgeltnachweis vom 20.01.2009 seien im Jahr 2008 370 Arbeitsstunden angefallen. Eine Berechnung der Arbeitszeit des Verstorbenen für die Firma F. ergebe, dass der Verstorbene weitere 1074 h für die Firma F. tätig gewesen sei. Das vom Verstorbenen von der Firma der Klägerin bezogene Entgelt stehe damit in keinem Verhältnis zu seinen erbrachten Leistungen. Zudem habe der Verstorbene auch ein unternehmertypisches Unternehmerrisiko getragen, da er nach Angaben der Klägerin von den Erlösen der Firma gelebt habe.

19

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Verwaltungsakte der Beklagten und der Gerichtsakten in beiden Instanzen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

20

Die von der Beigeladenen form- und fristgerecht und auch ansonsten zulässigerweise eingelegte Berufung ist im Sinne des Entscheidungssatzes auch begründet.

21

Gegenstand der von der Klägerin erhobenen Anfechtungs- und Leistungsklage ist der Bescheid der Beklagten vom 20.08.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.11.2009, mit dem diese es ablehnte, der Klägerin Hinterbliebenenleistungen wegen des in der Folge des Unfalls vom 06.06.2009 eingetretenen Todes des Ehemannes der Klägerin zu gewähren.

22

Auf das Rechtsmittel der vom SG nach § 75 Abs 2 SGG und Abs 5 SGG verurteilten Beigeladenen ist auch über den gegen die Beklagte gerichteten Anspruch zu entscheiden (allgemeine Meinung, vgl zB BSGE 9, 67, 69; BSG SozR 4100 § 57 Nr 9 S 30; BSG, U. v. 03.04.86, 4a RJ 1/85; zustimmend zB Meyer-Ladewig, SGG, 2. Aufl, § 75 RdNr 18). § 75 Abs 5 SGG eröffnet den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit die Möglichkeit, in allen Fällen, in denen gegen einen in Wahrheit nicht passiv legitimierten Versicherungsträger Klage erhoben worden ist, den tatsächlich leistungsverpflichteten, aber nicht verklagten Versicherungsträger nach Beiladung zu verurteilen, ohne dass dadurch eine Klageänderung vorgenommen oder bewirkt würde (BSGE aaO und 14, 86, 89; BSG SozR Nr 26, 27 zu § 75 SGG). Um dem in § 75 Abs 5 SGG zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken voll gerecht werden zu können, muss selbst noch das Revisionsgericht über alle in Frage kommenden Ansprüche entscheiden können, auch dann, wenn nur der verurteilte Versicherungsträger ein Rechtsmittel eingelegt hat; sonst könnten einander widersprechende Entscheidungen ergehen mit der Folge, dass der Kläger zum Beispiel mit seinem Begehren in erster Instanz nicht gegen den einen, in der weiteren Instanz auch nicht gegen den anderen Träger durchdringt, obschon feststeht, dass jedenfalls gegen einen von ihnen ein Anspruch besteht (BSG SozR 2200 § 1237a Nr 16).

1.

23

Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Hinterbliebenenleistungen, weil GS nicht zum versicherten Personenkreis der Beklagten gehörte. Er war weder als Beschäftigter (§ 2 Abs 1 Nr. 1 SGB VII), noch als Wie-Beschäftigter (§ 2 Abs. 2 SGB VII), noch als Unternehmer (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII) bei der Beklagten versichert.

24

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs 1 SGB IV, der für alle Bereiche der Sozialversicherung gilt. Er bestimmt, dass Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, ist, wobei Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers sind. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte und eigener Betriebsmittel, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben letztere den Ausschlag (vgl BSGE 45, 199, 200 ff, BSGE 85, 214, 216; BSGE 87, 53,; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 19; BSG SozR 4-2700 § 2 Nr 1; zuletzt BSG SozR 4-2400 § 7 Nr 5; BSG vom 30.01.2007, B 2 U 6/06). Ausschlaggebend ist allein die persönliche Abhängigkeit bei der Dienstleistung, die nicht unbedingt mit einer wirtschaftlichen Abhängigkeit einhergehen muss (BSG vom 30.06.2009, B 2 U 3/08 R). Bei der Prüfung der Frage der Eingliederung in einen Betrieb sind die besonderen Eigenarten dieses Betriebes zu berücksichtigen (BSG vom 30.06.2009, B 2 U 3/08 R).

25

Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 11 S 29 mwN, BSG vom 17.12.2002, B 7 AL 34/02). Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit auf Grund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSGE 3, 30, 39 f; 19, 1, 4 f = SozR Nr 31 zu § 165 RVO; BSGE 74, 275, 278 f = SozR 3-2500 § 5 Nr 17; BSG SozR 2200 § 165 Nr 90; SozR 3-4100 § 168 Nr 11 S 30; BSG, Urteil vom 12.09.1996 - 7 Rar 120/95 -, USK 9635 = DBIR Nr 4475 zu § 168 RVO). Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Eine untertarifliche oder eine erheblich untertarifliche Bezahlung des Ehegatten schließt die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus. Ein solcher Rechtssatz findet sich auch weder im Gesetz noch in Entscheidungen des BSG (BSG, Urteil vom 12.09.1996 - 7 RAR 120/95). Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit auf Grund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist ebenso wie die Beurteilung der abhängigen Beschäftigung eines

Geschäftsführers einer GmbH (siehe dazu nur Schlegel in Eicher/Schlegel, SGB III, § 25 Rz 91 f mwN) nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen (BSG vom 10.05.2007, B 7a AL 8/06 R).

26

Für die Annahme einer Wie-Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VII ist weder eine persönliche noch eine wirtschaftliche Abhängigkeit zu einem Unternehmen erforderlich (BSG, Urteil vom 31.05.2005 - B 2 U 35/04 R; Krasney, NZS 1999, 577ff, S 578). Es genügt, dass eine ernstliche, dem anderen Unternehmen dienende Tätigkeit verrichtet wird, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht. Die verrichtete Tätigkeit muss zudem ihrer Art nach auch von Personen verrichtet werden können, die in einem dem allgemeinen Arbeitsmarkt zuzurechnenden Beschäftigungsverhältnis stehen; sie muss unter solchen Umständen geleistet werden, die einer Tätigkeit aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ähnlich sind und nicht auf einer Sonderbeziehung z.B. als Familienangehöriger oder Vereinsmitglied beruhen (BSGE 5, 168, 173; BSG, Urteil vom 13.08.2002 - B 2 U 29/01 R - und B 2 U 33/01; BSG, Urteil vom 31.05.2005 - B 2 U 35/04 R; Wiester in Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Band 3, Gesetzliche Unfallversicherung, Stand Januar 2005 S 2 Rn 804ff mwN; Niedermeyer, Die "Wie-Beschäftigten" nach § 2 Abs. 2 SGB VII - Ein Beitrag zur Frage der Notwendigkeit einer neuen Systematisierung der bisherigen Judikatur, NZS 2010, S. 312).

27

Die Gesamtabwägung ergibt vorliegend zur vollen Überzeugung des Senats, dass der Ehemann der Klägerin nicht als Beschäftigter oder Wie-Beschäftigter in deren Fuhrunternehmen, sondern als Mitunternehmer in diesem Betrieb tätig geworden ist. Der Senat stützt dieses Ergebnis auf die im Laufe des Verfahrens ermittelten Gesamtumstände, die von der Klägerin in dem Erörterungstermin vom 07.10.2011 dahingehend zusammengefasst wurden, sie und ihr Ehemann hätten den Betrieb zusammen aufgebaut und sie hätten auch davon gelebt. Allein von den Einnahmen aus der "geringfügigen Beschäftigung" habe ihr Ehemann nicht leben können. Die Klägerin war demnach nur "auf dem Papier" die Eigentümerin des Betriebs, während der Ehemann aufgrund seiner Kenntnisse und Kontakte als eigentlicher Unternehmer agierte. Dies entnimmt der Senat neben den vorstehenden Ausführungen der Klägerin auch den Ermittlungen des Prüfdienstes der Beklagten, die insbesondere auf den Angaben der Klägerin und ihres Sohnes beruhen, sowie auch der Aussage des Sohnes gegenüber der Kriminalpolizeiinspektion Sch. am 09.06.2009. Hieraus ergibt sich auch, dass die Eigentumsverhältnisse an den Betriebsmitteln allein darauf beruhten, dass der Ehemann der Klägerin überschuldet gewesen ist, wie die Klägerin auch in der mündlichen Verhandlung beim SG am 18.11.2010 angegeben hat. Ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis in dem Sinne, dass der Verstorbene Weisungen seiner Ehefrau unterworfen gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Sowohl aus den Angaben der Klägerin gegenüber dem Prüfdienst der Beklagten ("gemeinsames Familienunternehmen", "man arbeite in einem ständigen Wechsel Hand in Hand") als auch aus der zitierten Äußerung der Klägerin vom 07.10.2011 lässt sich gerade nicht auf ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen ihr und ihrem Ehemann im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit schließen. Soweit der Sohn in seiner Zeugenaussage gegenüber dem SG in Bezug auf die Firma F. angegeben hat, der Vater habe Aufträge, die er ihm gegeben habe, ausführen müssen, widerspricht diese Aussage den früheren Angaben des Zeugen gegenüber dem Prüfdienst der Beklagten und gegenüber der Polizei und auch den Angaben der Klägerin und ist daher nicht geeignet, ein Weisungsverhältnis darzulegen. Auch soweit von der Klägerseite hiergegen eingewendet wird, dem Verstorbenen sei die selbstständige

Planung und Entscheidung seiner Arbeitskraft nicht überlassen gewesen, diese sei von der Auftragslage anhängig gewesen, für die er selbst nicht verantwortlich gewesen sei, kann dies das Gesamtbild nicht entscheidend beeinflussen. Zum Einen war das gesamte Fuhrunternehmen der Klägerin von der Auftragslage der Firma F. abhängig, da sich seine Geschäftstätigkeit fast ausschließlich im Transport der Baufahrzeuge der Firma F. erschöpfte. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit in diesem Sinne allein spricht aber weder für noch gegen eine selbstständige Tätigkeit (BSG vom 30.06.2009, B 2 U 3/08 R). Zum Anderen widerspricht diese Darstellung wiederum den Angaben der Klägerin und auch den Angaben des Sohnes gegenüber dem Prüfdienst und der Polizei. Der formalrechtlichen Gestaltung der betrieblichen Verhältnisse kommt demgegenüber keine entscheidende Bedeutung zu. Vielmehr handelte sich zumindest auch um einen Betrieb des GS. Wie die Klägerin glaubhaft ausführte, war der Betrieb gemeinsam aufgebaut worden. Der Umstand, dass es sich um einen gemeinsamen Betrieb handelte, wurde - wie bereits ausgeführt - auch nach außen dokumentiert. Die angebliche "Anstellung" des GS ist demgegenüber nicht nachvollziehbar.

28

Der Verstorbene war daher im Betrieb seiner Ehefrau nicht als Beschäftigter im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII oder als Wie-Beschäftigter im Sinne des § 2 Abs. 2 SGB VII tätig, sondern als Unternehmer. In dieser Eigenschaft war er nicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII in Verbindung mit § 43 Abs. 1 und 3 der Satzung der Beklagten in der zum Zeitpunkt des Unfalles gültigen Fassung versichert, weil das Unternehmen als Fuhrunternehmen unter § 3 Nr. 5 der Satzung fällt und dementsprechend nach dem eindeutigen Wortlaut des § 41 Abs. 2 Nr. 4 der Satzung keine Unternehmensversicherung kraft Satzung bestand.

29

Selbst wenn man eine Beschäftigung des Verstorbenen im Betrieb seiner Ehefrau annehmen wollte, ist dem SG (hilfsweise) darin zuzustimmen, dass er am Unfalltag gerade nicht für dieses Fuhrunternehmen tätig geworden ist. Die Klägerin hat im Erörterungstermin vom 07.10.2011 ausgeführt, ihr Unternehmen habe für die Firma F. die Maschinen "umgesetzt", d.h., von einem Einsatzort zum anderen gebracht. Der Transport einschließlich der Arbeitsstunden des GS habe sie dann der Firma F. in Rechnung gestellt. Die Tätigkeit des GS, die dann unmittelbar zum Unfall führte, nämlich die Bedienung der Bodenfräse, geschah damit nicht im Auftrag der Firma der Klägerin, sondern sollte ausnahmslos der Firma F. zugute kommen, wie auch die Klägerin im Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 16.06.2011 selbst ausführen ließ. Für die Arbeiten mit der Bodenfräse, bei denen sich der Unfall ereignete, wäre die Beklagte nicht zuständig (vgl. § 3 der Satzung). Die Beklagte ist schon deshalb auch nicht aufgrund einer Bindungswirkung früherer Entscheidungen, z.B. des Bescheides vom 08.07.2008, zur Leistung verpflichtet.

2.

30

Die Berufung der Beigeladenen ist zulässig und begründet.

31

Die Voraussetzungen des § 63 Abs. 1 Satz 2 SGB VII gegenüber der Beigeladenen liegen nicht vor, weil GS den Unfall weder als Beschäftigter der Firma F. erlitten hat, noch wie ein Beschäftigter für diese Firma tätig gewesen ist. Eine Versicherung aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII liegt insofern - was auch zwi-

schen den Beteiligten unstreitig ist - offensichtlich nicht vor. Auch eine Versicherung des GS als "Wie-Beschäftigter" im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 1 SGB VII scheidet aus. Hierfür genügt, wie bereits ausgeführt, dass eine ernstliche, dem anderen Unternehmen dienende Tätigkeit verrichtet wird, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Unternehmers entspricht. Die verrichtete Tätigkeit muss zudem ihrer Art nach auch von Personen verrichtet werden können, die in einem dem allgemeinen Arbeitsmarkt zuzurechnenden Beschäftigungsverhältnis stehen; sie muss unter solchen Umständen geleistet werden, die einer Tätigkeit aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses ähnlich sind und nicht auf einer Sonderbeziehung z.B. als Familienangehöriger oder Vereinsmitglied beruhen.

32

Die zum Unfall führende Tätigkeit des GS, nämlich die Bedienung der an eine Zugmaschine angehängten Fräse, kann schon deshalb nicht als Wie-Beschäftigung angesehen werden, weil sie der Verstorbene im Rahmen seiner Tätigkeit für das Fuhrunternehmen MS und damit als Unternehmer verrichtet hat. Nimmt aber ein Unternehmer im Rahmen seines eigenen Unternehmens Verrichtungen auch im Interesse eines fremden Unternehmens vor, steht er nicht wie ein Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 2 iVm Abs. 1 Nr. 1 SGB VII) unter Unfallversicherungsschutz (vgl. BSG vom 10.03.1994, 2 RU 20/93).

33

Darüber hinaus war die Tätigkeit des Verstorbenen für die Firma F. nach Art und Umfang der Tätigkeit von der Sonderbeziehung zwischen ihm, seiner Ehefrau und seinem Sohn HS geprägt, so dass GS jedenfalls "in anderer Funktion bzw. Eigenschaft" und damit nicht als "Wie-Beschäftigter" im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 1 SGB VII tätig war.

34

Bei der Abgrenzung des "Wie-Beschäftigten" von den "in anderer Eigenschaft oder Funktion" Tätigen ist insbesondere zu prüfen, ob im Einzelfall Art und Umfang der Tätigkeit noch durch die engen persönlichen Beziehungen geprägt sind oder ob diese Beziehungen nur der Beweggrund dafür waren, die Tätigkeit "wie ein Beschäftigter" auszuführen (BSG SozR 2200 § 539 Nr 49). Je enger die persönlichen Beziehungen sind, desto mehr spricht dafür, dass die Tätigkeit durch diese enge Beziehung geprägt wird (BSG vom 20.04.1993 - 2 RU 38/92 - in Fortsetzung von BSG vom 25.10.1998 - 2 RU 4/98 = SozR 2200 § 539 Nr 134; Krasney, NZS 1999 577ff, S 581). Bei der Beurteilung, ob eine Gefälligkeit arbeitnehmerähnlich ist, kommt es dabei nicht allein darauf an, ob die einzelne Verrichtung - abstrakt betrachtet - auch im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses geschehen könnte. Entscheidende Bedeutung kommt vielmehr dem tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhang zu, in dem die Tätigkeit verrichtet wird, d. h. insbesondere, ob sie wesentlich selbstständig in Wahrnehmung eigener Interessen oder mit fremdwirtschaftlicher Zielrichtung erfolgt bzw. die zum Unfall führende Verrichtung als Erfüllung gesellschaftlicher - nicht rechtlicher - Verpflichtungen anzusehen ist, die bei besonders engen Beziehungen üblich und deshalb zu erwarten ist (Niedermeyer, aaO. S. 315 m.w.N.).

35

Im vorliegenden Fall waren die persönlichen Beziehungen des GS zu seinem Sohn prägend für Art und Umfang der vom Kläger am Unfalltag für diesen erbrachten Tätigkeiten. Zudem hatte der GS auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse am Erfolg des Unternehmens des Sohnes, da er selbst lediglich eine geringfügiges Entgelt erhielt und im Übrigen von den Erlösen der Klägerin aus der F. profitierte, wie diese in dem Erörterungstermin vom 07.10.2011 ausgeführt hat. Soweit der Sohn HS der Klägerin in seiner Einvernahme im sozialgerichtlichen Verfahren am 18.11.2010 angegeben hat, sein Vater GS habe in

seinem Namen bei kleineren Aufträgen beim potenziellen Auftraggeber vorgesprochen, er sei in die Baustellenplanung eingegliedert gewesen und habe die Bauleitung auf den Baustellen wahrgenommen, wobei nahezu jeden Tag eine Baustellenbesprechung vorgenommen worden sei, spricht dies für einen "unentgeltlich" geleisteten Umfang des Tätigwerdens des GS im Betrieb F., der nur durch die engen persönlichen Beziehungen und die besondere geschäftliche bzw. familiäre Verbindung zu erklären ist. Soweit HS im sozialgerichtlichen Verfahren angegeben hat, sein Vater habe die Aufträge "ausführen müssen" wurde dies schon oben unter 1. gewürdigt. Auch nach außen trat GS nicht als weisungsabhängiger Mitarbeiter seines Sohnes, sondern als Seniorchef auf, wie die Aussagen der Mitarbeiter K. E. und D. S. bei der Polizei belegen. Dafür spricht auch der Schlussvermerk der KPI Sch. vom 21.10.2009, wonach GS die Firma F. aufgebaut hat und sich von seinem Sohn keine Vorschriften machen ließ.

36

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

37

Gründe, die Revision zuzulassen (§160 Abs. 2 SGG), sind nicht gegeben.