

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
23. Januar 2018

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 2 U 4/16 R**
LSG Niedersachsen-Bremen 30.09.2015 - L 3 U 209/12
SG Lüneburg 02.10.2012 - S 3 U 90/11

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau
als landwirtschaftliche Berufsgenossenschaft,
Weißensteinstraße 70 - 72, 34131 Kassel,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter:

.....

Der 2. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
23. Januar 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Spellbrink, die
Richterin Hüttmann-Stoll und den Richter Dr. Bieresborn sowie
die ehrenamtliche Richterin Haase und den ehrenamtlichen Richter Voigt
für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 30. September 2015 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Anschlussberufung gegen den Bescheid der Beklagten vom 28. April 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. Mai 2015 als unzulässig verworfen wird.

Der Kläger hat auch die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

G r ü n d e :

I

- 1 Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger versicherungs- und beitragspflichtiges Mitglied der beklagten landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft ist.
- 2 Der Kläger erwarb im Jahr 1994 gemeinsam mit seiner Ehefrau ein 4705 qm großes, mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück. Die Beklagte nahm durch Bescheid vom 6.9.1995 den Kläger als Unternehmer mit dem Unternehmensteil "Haus- und Ziergarten" zum 29.7.1994 in ihr Unternehmerverzeichnis auf und erteilte ihm einen Mitgliedsschein; zugleich erhob sie den Beitrag für das Jahr 1994. Durch Bescheid vom 18.4.2011 setzte sie gegenüber dem Kläger den Beitrag für das Umlagejahr 2010 in Höhe des in ihrer Satzung vorgesehenen Mindestbeitrags iHv 39 Euro fest. Der Widerspruch blieb erfolglos (*Widerspruchsbescheid vom 8.6.2011*).
- 3 Hiergegen hat der Kläger Klage zum SG erhoben, das durch Urteil vom 2.10.2012 den Bescheid der Beklagten vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 aufgehoben hat, weil das Grundstück des Klägers aufgrund der anzuwendenden Ausnahmvorschrift des § 123 Abs 2 SGB VII als versicherungsfreier Haus- und Ziergarten einzuordnen sei. Die Beklagte hat Berufung eingelegt. Auf Anregung des LSG hat die Beklagte sodann den Widerspruch des Klägers gegen den Bescheid vom 18.4.2011 auch als Überprüfungsantrag des Bescheids vom 6.9.1995 ausgelegt. Durch Bescheid vom 28.4.2015 hat sie jedoch eine Rücknahme des bestandskräftigen Bescheids vom 6.9.1995 gemäß § 44 SGB X abgelehnt. Der Widerspruch hiergegen blieb erfolglos (*Widerspruchsbescheid vom 20.5.2015*). Der Kläger hat sodann vor dem LSG im Wege der Anschlussberufung beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 28.4.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.5.2015 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Bescheid vom 6.9.1995 rückwirkend zum Erlasszeitpunkt zurückzunehmen. Die Beklagte hat dieser "Klageänderung" zugestimmt.
- 4 Das LSG hat das Urteil des SG aufgehoben sowie die Anschlussberufung des Klägers zurückgewiesen. Die Klage gegen den Bescheid vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbe-

scheids vom 8.6.2011 sowie die Klage gegen den Bescheid vom 28.4.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.5.2015 hat es abgewiesen (*Urteil vom 30.9.2015*). Zur Begründung hat es ausgeführt, die im Wege der Anschlussberufung vorgenommene Klageänderung sei zulässig, weshalb auch über die Klage gegen den Bescheid vom 28.4.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.5.2015 zu entscheiden sei. Der Statthaftigkeit der Anschlussberufung stehe nicht entgegen, dass das SG dem in erster Instanz gestellten Klageantrag im vollen Umfang stattgegeben habe, denn für die Anschließung an die gegnerische Berufung sei keine Beschwer des Berufungsbeklagten erforderlich. Die Klageänderung sei gemäß § 153 Abs 1 iVm § 99 Abs 1 SGG zulässig, weil die Beklagte hierzu ihre Einwilligung erklärt habe. Deshalb habe der Senat auch über den Anspruch auf Rücknahme des Bescheids vom 6.9.1995 zu entscheiden, wobei er eine erstinstanzliche Entscheidung treffe. Dem stehe nicht entgegen, dass hierfür gemäß § 29 SGG keine funktionelle bzw instanzielle Zuständigkeit des LSG bestehe. Die Klage gegen den Bescheid vom 28.4.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.5.2015 habe jedoch in der Sache keinen Erfolg, weil der Bescheid rechtmäßig sei. Der Kläger sei Miteigentümer des Grundstücks und damit als landwirtschaftlicher Unternehmer gesetzlich unfallversichert. Der Ausnahmetatbestand des § 123 Abs 2 Nr 1 SGB VII sei nicht erfüllt. Bereits das Reichsversicherungsamt (RVA) habe eine Grundstücksgröße von 2500 qm als Obergrenze für Haus- und Ziergärten angesehen. Daher falle der Garten des Klägers nicht unter die Ausnahmeregelung des § 123 Abs 2 Nr 1 SGB VII. Die Gesamtfläche übersteige hier den allgemein akzeptierten Grenzwert von 2500 qm so deutlich, dass der Garten nicht mehr als Haus- und Ziergarten angesehen werden könne. Angesichts eines wöchentlichen Arbeitsaufwands im Sommer von etwa 1 ½ Stunden sowie darüber hinaus anfallender Arbeiten zur Pflege der Ziersträucher könne nicht von einem extrem geringen Umfang der Bewirtschaftung ausgegangen werden. Zu Unrecht berufe sich der Kläger darauf, dass er lediglich hälftiger Miteigentümer des Grundstücks sei. Hieraus folge die gesamtschuldnerische Haftung jedes einzelnen Mitunternehmers, sodass die alleinige Inanspruchnahme des Klägers nicht zu beanstanden sei. Da der Kläger damit kraft Gesetzes versichert sei, erweise sich auch der Beitragsbescheid für das Umlagejahr 2010 als rechtmäßig.

- 5 Der Kläger rügt mit seiner Revision eine Verletzung des § 123 Abs 2 SGB VII. Er beantragt, das Urteil des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen vom 30. September 2015 und den Bescheid der Beklagten vom 28. April 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. Mai 2015 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Lüneburg vom 2. Oktober 2012 zurückzuweisen.
- 6 Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

II

- 7 Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet und daher zurückzuweisen. Das Urteil des LSG vom 30.9.2015 war dahingehend zu berichtigen, dass die Anschlussberufung als unzulässig verworfen wird (*dazu unter A.*). Im Übrigen hat das LSG im Ergebnis zu Recht das Urteil des SG aufgehoben und die Klage gegen den Bescheid vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 abgewiesen (*dazu unter B.*).
- 8 A. Die Anschlussberufung gegen den während des Berufungsverfahrens ergangenen Bescheid der Beklagten vom 28.4.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.5.2015 war unzulässig, weil sie nicht den gleichen prozessualen Anspruch wie die Hauptberufung der Beklagten betrifft (*dazu unter 1.*). Dahinstehen kann daher, ob die mit der Anschlussberufung einhergehende Klageänderung zulässig und das LSG für die Entscheidung über diese geänderte Klage zuständig war (*dazu unter 2.*).
- 9 1. Die Anschlussberufung war unzulässig, weil der Kläger hierdurch einen neuen Streitgegenstand in den Rechtsstreit eingeführt hat. Der Kläger hat im Wege der Anschlussberufung ausdrücklich beantragt, neben der Berufungszurückweisung den Überprüfungsbescheid vom 28.4.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.5.2015 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, den Veranlagungsbescheid vom 6.9.1995 rückwirkend zurückzunehmen. Die Anschließung des Klägers und Berufungsbeklagten an die Berufung der Beklagten und Berufungsklägerin im Wege einer unselbständigen Anschlussberufung konnte zwar wirksam auch im Laufe der mündlichen Verhandlung durch Erklärung zur Niederschrift des Gerichts erfolgen (*BSG vom 16.10.1968 - 3 RK 25/65 - SozR Nr 9 zu RAM-Erl über KrV vom 2.11.1943 = Juris RdNr 21; BSG vom 13.3.1968 - 12 RJ 622/64 - BSGE 28, 31 = SozR Nr 4 zu § 522a ZPO; BSG vom 31.1.1967 - 2 RU 82/63 - AP Nr 3 zu § 522a ZPO; BGH vom 6.5.1987 - IVb ZR 51/86 - BGHZ 100, 383 = NJW 1987, 3263*). Die im SGG nicht ausdrücklich geregelte Anschlussberufung richtet sich nach § 202 SGG iVm § 524 ZPO. Sie ist kein Rechtsmittel, sondern eröffnet dem Berufungsbeklagten lediglich die Möglichkeit, sich mit eigenen Sachanträgen über die begehrte Zurückweisung des Rechtsmittels hinaus oder nach Ablauf der Berufungsfrist gegen die Berufung zu verteidigen und damit eine reformatio in peius zu Lasten des Berufungsklägers zu erreichen (*Schreiber in Breitzkreuz/Fichte, SGG, 2. Aufl 2014, § 143 RdNr 23; Sommer in Roos/Wahrendorf, SGG, 1. Aufl 2014, § 143 RdNr 26*).
- 10 Die Anschlussberufung ist hier jedoch unzulässig, weil sie nicht denselben Streitgegenstand wie die Hauptberufung der Berufungsklägerin betrifft. Im Wege der Anschlussberufung kann kein neuer Streitgegenstand in das Berufungsverfahren eingeführt werden (*BSG vom 5.5.2010 - B 6 KA 6/09 R - BSGE 106, 110 = SozR 4-2500 § 106 Nr 27; BSG vom 10.2.2005 - B 4 RA 48/04 R - Juris RdNr 33 f; BSG vom 26.10.2017 - B 8 SO 12/16 R - SozR 4 <vorgesehen> RdNr 14; Sommer in Roos/Wahrendorf, SGG, 1. Aufl 2014, § 143 RdNr 31*). Streitgegenstand ist der prozessuale Anspruch, nämlich das vom Kläger aufgrund eines

bestimmten Sachverhalts an das Gericht gerichtete Begehren der im Klageantrag bezeichneten Entscheidung (*zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff - hM, zB B. Schmidt in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl 2017, § 95 RdNr 5 mwN*). Maßgebend für die Bestimmung des Streitgegenstands ist neben der Auslegung des Klageantrags und des Vorbringens zum Klagegrund in erster Linie der Inhalt des angefochtenen Bescheids (*Jaritz in Roos/Wahrendorf, SGG, 1. Aufl 2014, § 94 RdNr 20*).

- 11 Gegenstand der mit der Berufung angegriffenen Entscheidung des SG war ausschließlich der die Höhe der Beiträge für das Jahr 2010 regelnde Verwaltungsakt vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 (*vgl § 746 Abs 1 RVO bzw ab 1.1.1997 § 168 Abs 1 SGB VII*). Der Prüfungsumfang bei der Anfechtung dieses Bescheids bezieht sich vorrangig auf die individuellen unternehmensbezogenen Faktoren wie die richtige Lohnsumme oder den Gehaltstarif (*Spellbrink in Kasseler Komm, Stand September 2017, § 168 SGB VII RdNr 10*). Wegen des gestuften Beitragsverfahrens der gesetzlichen Unfallversicherung werden die Zuständigkeit und Veranlagung dort im Regelfall nicht mehr geprüft (*Mutschler, WzS 2009, 353, 355, 356*). Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte bei Erlass des Beitragsbescheids vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 den Mitgliedsbescheid vom 6.9.1995 ggf konkludent überprüft und damit eine erneute gerichtliche Überprüfung ermöglicht hätte, sind nicht ersichtlich. Dies bestimmt sich nach dem objektiven Erklärungsinhalt dieser Bescheide im Wege der Auslegung (§ 133 BGB), zu der auch das Revisionsgericht befugt ist (*vgl zuletzt BSG vom 17.12.2015 - B 2 U 2/14 R - SozR 4-2400 § 27 Nr 7 und BSG vom 3.4.2014 - B 2 U 25/12 R - BSGE 115, 256 = SozR 4-2700 § 136 Nr 6, RdNr 15*).
- 12 Bei dem vom Kläger erst im Wege der Anschlussberufung eingeführten Überprüfungsbescheid vom 28.4.2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.5.2015 betreffend die Zuständigkeit der Beklagten handelt es sich mithin um einen anderen Streitgegenstand, weil damit erstmals im Berufungsverfahren der Mitgliedschein vom 6.9.1995 (§ 664 Abs 1 RVO), der alleine die Mitgliedschaft des Klägers bei der Beklagten betrifft, gemäß § 44 SGB X zur Überprüfung gestellt wurde. Der Bescheid aus dem Jahre 1995 hat bei Übereinstimmung mit der materiellen Mitgliedschaft zwar nur deklaratorische Bedeutung (*BSG vom 17.2.1971 - 7/2 RU 74/68 - BSGE 32, 218 = SozR Nr 1 zu § 655 RVO = Juris RdNr 11*), jedoch begründet er unabhängig von der materiellen Richtigkeit ein formal-rechtliches Versicherungsverhältnis und damit die formelle Zuständigkeit (*BSG vom 28.11.1961 - 2 RU 36/58 - BSGE 15, 282, 287; vgl BSG vom 3.4.2014 - B 2 U 25/12 R - BSGE 115, 256 = SozR 4-2700 § 136 Nr 6, RdNr 26*). In dem Verfahren zur Überprüfung des Aufnahmebescheids aus dem Jahre 1995 gemäß § 44 SGB X ist damit die materielle Zuständigkeit der Beklagten für das Unternehmen des Klägers und damit ein anderer prozessualer Anspruch als die Höhe der zu zahlenden Beiträge zu prüfen.
- 13 Damit war das Urteil des LSG insoweit zu korrigieren, als es die Anschlussberufung des Klägers in der Sache zurückgewiesen und nicht - richtigerweise - als unzulässig verworfen hat (§ 158 SGG).

- 14 2. Dahinstehen kann, ob die mit der Anschlussberufung einhergehende Klageänderung zulässig und das LSG für die Entscheidung über diese geänderte Klage zuständig war. Der Senat hat zwar bereits ausgeführt, dass das LSG - im Unterschied etwa zu einer in der zweiten Instanz erfolgten Einbeziehung von Folgebescheiden (§ 96 iVm § 153 Abs 1 SGG) oder einer Widerklage (§ 100 iVm § 153 Abs 1 SGG) - in den Fällen der gewillkürten Klageänderung in der Berufungsinstanz nach § 153 Abs 1 iVm § 99 Abs 1 und 2 SGG, durch die ein neuer Streitgegenstand in das Berufungsverfahren eingeführt wird, wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit grundsätzlich nicht zu einer Sachentscheidung befugt ist (*BSG vom 31.7.2002 - B 4 RA 113/00 R - Juris RdNr 16 f; BSG vom 18.3.2015 - B 2 U 8/13 R - Juris RdNr 14; BSG vom 5.7.2016 - B 2 U 4/15 R - Juris RdNr 17; Stotz in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGG, 1. Aufl 2017, § 29 RdNr 64*). Andererseits wäre der erkennende Senat aber als Rechtsmittelgericht nach § 98 SGG iVm § 17a Abs 5 GVG hier wohl an die Feststellung der sachlichen Zuständigkeit durch das LSG gebunden gewesen (*vgl Gutzeit in Roos/Wahrendorf, SGG, 1. Aufl 2014, § 98 RdNr 20; aA noch BSG vom 18.3.2015 - B 2 U 8/13 R - Juris RdNr 16*).
- 15 B. Das LSG hat im Ergebnis zu Recht das Urteil des SG aufgehoben. Die Klage gegen den Bescheid vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 ist nicht begründet. Ermächtigungsgrundlage für die Beitragsforderung der Beklagten ist § 183 Abs 5 SGB VII. Danach teilt der Unfallversicherungsträger den Beitragspflichtigen den von ihnen zu zahlenden Beitrag schriftlich mit. Diese "Mitteilung" ist keine bloße Bekanntgabe einer kraft Gesetzes bestehenden Zahlungspflicht, sondern ein an den Beitragspflichtigen gerichtetes vollstreckbares Zahlungsgebot (*BSG vom 20.7.2010 - B 2 U 7/10 R - SozR 4-2700 § 150 Nr 5*). Der Bescheid war gemäß § 183 Abs 5 S 1 SGB VII sowohl formell (*dazu unter 1.*) als auch materiell rechtmäßig (*dazu unter 2.*).
- 16 1. Der Beitragsbescheid vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 war nicht gemäß § 42 S 2 SGB X wegen fehlender Anhörung gemäß § 24 SGB X aufzuheben. Als Adressat der Beitragsfestsetzung für das Umlagejahr 2010 in Höhe von 39 Euro sowie des entsprechenden Zahlungsgebots in dem Beitragsbescheid war der Kläger "Beteiligter" des Verfahrens, das seinerseits auf den Erlass dieser beiden Verwaltungsakte (§ 31 SGB X) gerichtet war (§ 12 Abs 1 Nr 2 SGB X). Mit der Beitragsforderung wurde durch die Beklagte zumindest in die allgemeine Handlungsfreiheit und damit in das Grundrecht des Klägers aus Art 2 Abs 1 GG eingegriffen, wodurch ein anhörungspflichtiger "Eingriff" iS des § 24 Abs 1 SGB X vorlag (*vgl BSG Urteil vom 25.1.1979 - 3 RK 35/77 - SozR 1200 § 34 Nr 7; Mutschler in Kasseler Komm, Stand September 2015, § 24 SGB X RdNr 7; Siefert in von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl 2014, § 24 RdNr 8*). Dahinstehen kann hier, ob bei Beitragsbescheiden im Regelfall auf eine Anhörung nach § 24 Abs 1 SGB X als Massenverwaltungsakte iS des § 24 Abs 2 Nr 4 SGB X oder weil sie im Allgemeinen auf Entgeltangaben des Unternehmers beruhen, ohne zu seinen Ungunsten abzuweichen, verzichtet werden kann (§ 24 Abs 2 Nr 3 SGB X; *Höller in Hauck/Noftz, SGB VII, K § 168 RdNr 3; Spellbrink in Kasseler Komm, Stand*

September 2017, § 168 SGB VII RdNr 2). Auch bei einem Verzicht auf eine Anhörung nach § 24 Abs 2 SGB X wäre im Übrigen hierüber eine Ermessensentscheidung zu treffen gewesen, die offensichtlich ebenfalls nicht vorliegt.

- 17 Allerdings wurde die hier vor Erlass des Bescheids vom 18.4.2011 erforderliche Anhörung jedenfalls vor dem LSG und damit innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 41 Abs 1 Nr 3 SGB X wirksam nachgeholt. Die Nachholung der Anhörung parallel zum gerichtlichen Verfahren setzt ein eigenständiges, nicht notwendigerweise formelles Verwaltungsverfahren voraus, in dessen Rahmen die beklagte Behörde dem Kläger in angemessener Weise Gelegenheit zur Äußerung zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu geben hat. Dies hat in der Regel dadurch zu erfolgen, dass die Behörde den Kläger in einem gesonderten Anhörungsschreiben alle Haupttatsachen mitteilt, auf die sie die belastende Entscheidung stützen will, und ihm eine angemessene Frist zur Äußerung setzt (*vgl die Entscheidung des erkennenden Senats vom 18.9.2012 - B 2 U 15/11 R - SozR 4-5671 § 3 Nr 6; BVerwG Urteil vom 17.8.1982 - 1 C 22.81 - BVerwGE 66, 111*). Ferner ist erforderlich, dass die Behörde das Vorbringen des Betroffenen zur Kenntnis nimmt und sich abschließend zum Ergebnis der Überprüfung äußert, insbesondere zu erkennen gibt, ob sie nach erneuter Prüfung an dem bisher erlassenen Verwaltungsakt festhält (*BSG Urteile vom 6.4.2006 - B 7a AL 64/05 R - Juris, vom 9.11.2010 - B 4 AS 37/09 R - SozR 4-1300 § 41 Nr 2 RdNr 15 und vom 7.7.2011 - B 14 AS 153/10 R - BSGE 108, 289 = SozR 4-4200 § 38 Nr 2, RdNr 26; BVerwG Urteil vom 10.3.1971 - VIII C 210.67 - BVerwGE 37, 307*).
- 18 Vorliegend wurden sämtliche Aspekte, auf die die Beklagte die Verbeitragung des Klägers stützt, insbesondere seine Aufnahme in das Mitgliedsverzeichnis im Jahre 2015 im Rahmen des Überprüfungsverfahrens des Mitgliedsbescheids vom 6.9.1995 sowohl durch die Ausgangsbehörde als auch die Widerspruchsbehörde (*s zur erforderlichen Entscheidungskompetenz der Widerspruchsbehörde BVerwG vom 17.8.1982 - 1 C 22.81 - BVerwGE 66, 111; Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 6. Aufl 2018, RdNr 939*) in dem nach Berufungseinlegung durchgeführten gesonderten Verwaltungsverfahren dem Kläger mitgeteilt, sodass dieser Gelegenheit hatte, zu allen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen. Damit wurde ein etwaiger Anhörungsmangel jedenfalls geheilt.
- 19 2. Der Bescheid vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 ist auch materiell rechtmäßig. Zum einen stand die Eigenschaft des Klägers als landwirtschaftlicher Unternehmer aufgrund des bestandskräftigen (§ 77 SGG) Mitgliedsscheins fest (*dazu unter a*), zum anderen war eine Ermessensentscheidung der Beklagten, welchen der beiden Gesamtschuldner sie zur Beitragstragung heranzieht, im Ergebnis nicht erforderlich, weil die Ehefrau des Klägers keine landwirtschaftliche Unternehmerin ist (*dazu unter b*).
- 20 a) Die Eigenschaft des Klägers als landwirtschaftlicher Unternehmer stand aufgrund des bestandskräftigen (§ 77 SGG) Mitgliedsscheins aus dem Jahre 1995 fest. Dieser Verwaltungs-

akt aus dem Jahre 1995 war weder nichtig iS des § 40 SGB X, noch wurde er zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder hatte sich durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt (§ 39 Abs 2 SGB X). Die in § 40 Abs 2 SGB X genannten Tatbestände liegen nicht vor. Nach § 40 Abs 1 SGB X ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Selbst im Falle einer fehlenden Eigenschaft des Klägers als landwirtschaftlicher Unternehmer wäre dieser Fehler nach den Kriterien des § 40 Abs 1 SGB X nicht "offensichtlich". Maßstab für die "Offensichtlichkeit" eines Fehlers ist der Durchschnittsbürger, der ohne besondere Sachkenntnis den Fehler erkennen können muss (*vgl nur Roos in von Wulffen/Schütze, SGB X, 8. Aufl 2014, § 40 RdNr 10 mwN*). Selbst bei groben Zuständigkeitsverstößen ist ein Feststellungsbescheid daher zwar rechtswidrig, aber nicht nichtig (*s zuletzt zur fehlenden Nichtigkeit bei Verstoß gegen europarechtliche Kollisionsnormen Urteil des ererkennenden Senats vom 3.4.2014 - B 2 U 25/12 R - BSGE 115, 256 = SozR 4-2700 § 136 Nr 6, RdNr 25; BSG Urteil vom 28.11.1961 - 2 RU 36/58 - BSGE 15, 282, 285 = SozR Nr 1 zu § 666 RVO; BSG Urteil vom 30.10.1974 - 2 RU 42/73 - BSGE 38, 187, 192 = SozR 2200 § 664 Nr 1 S 7*).

- 21 Die Beklagte durfte den Kläger mithin auf der rechtlichen Grundlage des bestandskräftigen Mitgliedsscheins aus dem Jahre 1995 als landwirtschaftlichen Unternehmer mit Beiträgen belasten.
- 22 b) Im Ergebnis sind die Beitragsbescheide auch nicht wegen Ermessensnichtgebrauchs rechtswidrig. Wie der Senat zuletzt entschieden hat (*Urteil vom 30.3.2017 - B 2 U 10/15 R - BSGE <vorgesehen> = SozR 4-2700 § 130 Nr 1*), ist die Beklagte zwar grundsätzlich gehalten, eine Ermessensentscheidung zu treffen, wenn sie einen von mehreren Gesamtschuldern im Sinne des auch für die landwirtschaftliche Unfallversicherung geltenden § 150 Abs 2 S 2 SGB VII als alleinigen Beitragsschuldner in Anspruch nehmen will (*dazu unter aa*). Jedoch war die Ehefrau des Klägers im Ergebnis kein weiterer, für die Beiträge haftender Gesamtschuldner, sodass eine Ermessensausübung der Beklagten insoweit nicht erforderlich war (*dazu unter bb*).
- 23 aa) Dem Beitragsbescheid der Beklagten vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 ist eine Ermessensausübung hinsichtlich der Inanspruchnahme des Klägers als Beitragsschuldner nicht zu entnehmen. Eine solche Prüfung hätte hier grundsätzlich deswegen nahegelegen, weil die Beklagte wusste, dass die Ehefrau des Klägers Miteigentümerin des Grundstücks zu 1/2 war. Der Senat hat zuletzt entschieden (*BSG vom 30.3.2017 - B 2 U 10/15 R - BSGE <vorgesehen> = SozR 4-2700 § 130 Nr 1*), dass die Möglichkeit eines Gläubigers, "die Leistung nach ... Belieben von jedem" der (Gesamt-)Schuldner "ganz oder zu einem Teil" zu "fordern" (*vgl § 421 S 1 BGB*), im Beitragsrecht der gesetzlichen Unfallversicherung als Teil des öffentlichen Rechts verfassungsrechtlich in der Weise überformt ist, dass bei der Auswahl des Gesamtschuldners und der Bestimmung der Quantität ("ganz oder zu einem Teil") eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen ist. Die gesetzliche Anordnung in § 150 Abs 2 S 2 SGB VII, dass Unternehmer und Bevollmächtigter als Gesamtschuldner haf-

ten, räumt als allgemeiner, das gesamte Beitragsrecht beherrschender im Ersten Unterabschnitt des Ersten Abschnitts des Sechsten Kapitels geregelter Grundsatz (vgl. *Spellbrink in Kasseler Komm, Stand Juli 2017, § 150 SGB VII RdNr 8*), der auch für landwirtschaftliche Berufsgenossenschaften gilt (*s insbesondere § 182 Abs 1 SGB VII, der Ausnahmen ausdrücklich nur für die Regelungen aus dem 2. Unterabschnitt des ersten Abschnitts des Sechsten Kapitels anordnet*) der ausführenden Behörde damit gleichzeitig Ermessen ein, für das die allgemeinen Grundsätze des § 39 SGB I gelten. Jeder Gesamtschuldner hat damit ein subjektiv-öffentliches Recht, dass der Unfallversicherungsträger die belastende Entscheidung über seine Inanspruchnahme ermessensfehlerfrei trifft (*BSG vom 30.3.2017 - B 2 U 10/15 R - BSGE <vorgesehen> = SozR 4-2700 § 130 Nr 1, RdNr 17; vgl zB BFH Urteil vom 2.12.2003 - VII R 17/03 - BFHE 204, 380 sowie Beschlüsse vom 12.7.1999 - VII B 2/99 - Juris RdNr 15 und vom 7.10.2004 - VII B 46/04 - BeckRS 2004, 25007513; Ratschow in Klein, AO, 13. Aufl 2016, § 44 RdNr 13*).

- 24 bb) Die fehlende Ermessensausübung führt jedoch im vorliegenden Fall nicht zur Rechtswidrigkeit des Beitragsbescheids vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011, weil die Ehefrau des Klägers kein landwirtschaftliches Unternehmen iS des § 123 Abs 1 SGB VII betrieb und daher keine Beitragspflicht ihrerseits bestand. Zwar wäre die Ehefrau als Miteigentümerin des Grundstücks potentiell als landwirtschaftliche Unternehmerin nach § 2 Abs 1 Nr 5 Buchst a SGB VII iVm § 123 Abs 1 SGB VII beitragspflichtig. Eine Beitragspflicht besteht nach dem zum Zeitpunkt der etwaigen Gesamtschuldnerauswahl bei Erlass des Bescheids vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 anwendbaren § 123 Abs 2 SGB VII aber nur dann, wenn die Haus- und Ziergärten regelmäßig oder in besonderem Umfang mit besonderen Arbeitskräften bewirtschaftet werden oder ihre Erzeugnisse nicht hauptsächlich dem eigenen Haushalt dienen. Ohne diese weiteren Voraussetzungen kann daher unabhängig von seiner Größe bei einem Ziergarten eine Beitragspflicht nicht entstehen. Dafür sprechen die grammatikalische, die systematische sowie die historisch-teleologische Auslegung dieser Norm.
- 25 Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 123 Abs 2 Nr 1 SGB VII idF vom 31.10.2006 (*BGBI I 2407*) sind Haus- und Ziergärten, als welchen die Beklagte ausweislich des an den Kläger gerichteten Mitgliedscheins vom 6.9.1995 den Garten ansieht, keine landwirtschaftlichen Unternehmen, es sei denn, sie werden regelmäßig oder in erheblichem Umfang mit besonderen Arbeitskräften bewirtschaftet oder ihre Erzeugnisse dienen nicht hauptsächlich dem eigenen Haushalt. Der Wortlaut der Norm enthält insofern auch keine Einschränkung oder Gegen Ausnahme derart, dass Haus- und Ziergärten ab einer bestimmten Größe (etwa 2500 qm = 0,25 ha) wieder der Beitragspflicht unterliegen sollen.
- 26 Auch die Gesetzessystematik legt eine Größenbeschränkung versicherungsfreier Ziergärten nicht nah. Eine Deckungsgleichheit mit der in § 5 SGB VII (*idF des Gesetzes vom 21.3.2005, BGBI I 818, mWv 30.3.2005*) ausdrücklich normierten Größe von 0,25 ha, bis zu der sich

landwirtschaftliche Unternehmer auf Antrag von der Versicherung befreien lassen können, hat der Gesetzgeber gerade nicht hergestellt.

27 Schließlichen gebieten Sinn und Zweck sowie die Entstehungsgeschichte der Regelung keine Größenbegrenzung bei der Beitragsfreiheit. Sofern die Beklagte sich auf frühere Entscheidungen des RVA beruft, verkennt sie, dass diese sich auf nicht mehr geltende Vorschriften der Reichsversicherungsordnung (RVO) mit nicht deckungsgleichem Inhalt beziehen. Nach § 917 Abs 2 RVO idF vom 19.7.1911 (*RGBI S 509*) sollten kleine Haus- und Ziergärten, die nicht regelmäßig und in erheblichem Umfang mit besonderen Arbeitskräften bewirtschaftet werden und deren Erzeugnisse hauptsächlich dem eigenen Haushalt dienen, nicht als landwirtschaftliche Betriebe gelten. Durch das Sechste Gesetz über Änderungen in der Unfallversicherung vom 9.3.1942 (*RGBI I S 107*) wurde die Versicherungspflicht auch auf andere Kleingärten unter ähnlichen Voraussetzungen wie Haus- und Ziergärten ausgedehnt. Damit sollten in erster Linie die Schrebergärten und ähnliche Kleingärten erfasst werden, welche die Spruchpraxis der Schiedsstelle beim Reichsverband der deutschen landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft bereits zuvor grundsätzlich den kleinen versicherungsfreien Gärten iS des § 917 Abs 2 RVO gleichgestellt hatte (*Entscheidung der Schiedsstelle vom 26.6.1942 - EuM 50, 6; Entscheidung vom 8.12.1931 - EuM 31, 530*). Diese Fassung wurde unverändert und ohne besondere Begründung in § 778 RVO idF des UVNG vom 30.4.1963 (*BGBI I 241; vgl BT-Drucks IV/120*) übernommen. Zur Größe, bis zu der ein versicherungsfreier Haus-, Zier- oder anderer Kleingarten angenommen werden kann, äußerten sich weder die ursprüngliche Fassung des § 917 Abs 2 RVO noch die in der Folge geänderten Fassungen. Durch das UVEG vom 7.8.1996 (*BGBI I 1254*) wurde § 123 Abs 2 SGB VII eingeführt, nach dem unter Nr 1 isoliert Haus- und Ziergärten als versicherungsfrei gelten, was erst recht nahelegt, dass eine isolierte Prüfung der Eigenschaft des Gartens ohne Vergleich zu den nunmehr unter Nr 2 aufgelisteten "anderen Kleingärten im Sinne des ..." stattzufinden hat, wenn auch die gesetzliche Begründung ausführt, dass diese Regelung dem geltenden Recht iS des § 778 RVO und der dazu ergangenen Rechtsprechung entspreche (*vgl BR-Drucks 263/95, S 295*).

28 Unabhängig davon ist auch in der bisherigen Rechtsprechung eine solche Grenzziehung nicht vorgenommen worden. Bereits den Entscheidungen des RVA ist keine feste Obergrenze zu entnehmen. Das RVA hat 2500 qm (= 25 Ar) als Obergrenze versicherungsfreier Ziergärten angenommen, jedoch auch größere Gärten als nicht versichert angesehen, wenn besondere Verhältnisse - zB die Lage in einer ländlichen Gegend aufgrund der geringeren Bewertung von Grund und Boden und der damit verbundenen Größe - dies rechtfertigten (*RVA vom 7.9.1942 - EuM 50, 11, 13; vgl Entscheidung der Schiedsstelle vom 26.6.1942 - EuM 50, 6*). Auch in der bisherigen Rechtsprechung des BSG ist eine solche strikte Grenzziehung bei Haus- und Ziergärten nicht vorhanden (*vgl BSG vom 18.1.2011 - B 2 U 16/10 R - SozR 4-2700 § 123 Nr 2 = Juris RdNr 25; BSG vom 11.11.2003 - B 2 U 51/02 R - Juris RdNr 24; BSG vom 6.5.2003 - B 2 U 37/02 R - Juris RdNr 20; BSG vom 31.1.1989 - 2 RU 30/88 - BSGE 64, 252, 254 = SozR 2200 § 778 Nr 2 S 7; BSG vom 28.7.1977 - 2 RU 40/77 - SozR 2200 § 778 Nr 1*

= *Juris RdNr 20; BSG vom 26.6.1973 - 8/7 RU 34/71 - BSGE 36, 71 = SozR Nr 40 zu § 539 RVO = Juris RdNr 21).*

- 29 Eine Beitragspflicht besteht mithin nach dem ausdrücklichen Wortlaut des zum Zeitpunkt der etwaigen Gesamtschuldnerauswahl bei Erlass des Bescheids vom 18.4.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8.6.2011 anwendbaren § 123 Abs 2 SGB VII also nur dann, wenn die Haus- und Ziergärten regelmäßig oder in besonderem Umfang mit besonderen Arbeitskräften bewirtschaftet werden oder ihre Erzeugnisse nicht hauptsächlich dem eigenen Haushalt dienen. Diese Voraussetzungen einer Beitragspflicht lagen hier nicht vor, sodass die Ehefrau des Klägers mangels Eigenschaft als Unternehmerin im Ergebnis nicht als weitere Schuldnerin in Betracht kam und somit von der Beklagten auch keine Ermessensentscheidung hinsichtlich der Auswahl des in Anspruch genommen Schuldners zu treffen war. Der einzig den Streitgegenstand des Revisionsverfahrens bildende Beitragsbescheid aus dem Jahre 2011 erweist sich damit im Ergebnis als richtig. Der Kläger ist mithin mit seinem materiellen Begehren, nicht allein wegen der Größe seines Haus- und Ziergartens von 4705 qm der Beitragspflicht zur Beklagten zu unterfallen, nur aufgrund der Bestandskraft des Mitgliedsbescheids aus dem Jahre 1995 unterlegen.
- 30 Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 S 1 SGG iVm § 154 Abs 1 VwGO.