

L 5 KR 121/09

Land
Rheinland-Pfalz
Sozialgericht
LSG Rheinland-Pfalz
Sachgebiet
Sonstige Angelegenheiten

Abteilung
5
1. Instanz
SG Mainz (RPF)
Aktenzeichen
S 6 KR 40/07

Datum
05.05.2009
2. Instanz
LSG Rheinland-Pfalz
Aktenzeichen
L 5 KR 121/09

Datum
23.09.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. [§ 49 SGB X](#) greift nicht ein, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt nicht im Zusammenhang mit einem von einem Dritten angestregten Widerspruchsverfahren oder sozialgerichtlichen Verfahren aufgehoben wird.
2. Hat die Verwaltung in einem Bescheid nach [§ 45 SGB X](#) kein Ermessen ausgeübt, kann die Ermessensausübung nicht nach [§ 41 Abs 2 iVm Abs 1 Nr 2 SGB X](#) während des Klageverfahrens nachgeholt werden.
 1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 5.5.2009 wird zurückgewiesen.
 2. Die Beklagte hat auch die außergerichtlichen Kosten der Klägerin im Berufungsverfahren zu erstatten. Im Übrigen sind außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.
 3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Umstritten ist die Rechtmäßigkeit eines Bescheides, mit dem die Beklagte einen Bescheid zurückgenommen hat, in dem sie die Sozialversicherungsfreiheit der Tätigkeit der Klägerin festgestellt hatte.

Die 1973 geborene Klägerin war seit dem 1.7.1997 für die Beigeladene zu 1, die Firma L, tätig. Ihr Ehemann ist nach ihren Angaben seit 2004 alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter dieses Unternehmens; zuvor waren neben ihm ihre Schwiegermutter und ihr Schwiegervater Gesellschafter (zu jeweils 1/3) und Geschäftsführer gewesen.

Im August 2006 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit ab dem 1.1.1998 und gab an: Nach wenigen Monaten der Einarbeitung habe ihr ihre Schwiegermutter, mit der sie sich bis zu diesem Zeitpunkt die kaufmännische Leitung des Unternehmens geteilt habe, umfangreiche mündliche Handlungsvollmachten übertragen. Anfang 1998 habe sich ihre Schwiegermutter immer mehr aus dem Tagesgeschäft zurückgezogen und sie nur noch bei Abwesenheit vertreten. Ihr Schwiegervater und ihr Ehemann hätten völlig andere Aufgabenbereiche gehabt; dies gelte auch jetzt für ihren Ehemann. Sie sei hinsichtlich Zeit, Art und Ort der Tätigkeit weisungsfrei. Strategische Unternehmensentscheidungen treffe sie gemeinsam mit ihrem Ehemann. Sie verzichte aus unternehmerischen Erwägungen regelmäßig auf die Vergütung von Überstunden und nicht genommener Urlaubstage. In einem von der Klägerin und der Beigeladenen zu 1 unterzeichneten Feststellungsbogen wurden ua folgende ergänzende Angaben gemacht: Von dem Arbeitsentgelt in Höhe von 2.600, EUR, das auf ein privates Konto ausgezahlt werde, werde Lohnsteuer entrichtet; es werde als Betriebsausgabe verbucht. Die Tätigkeit werde nicht aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeübt.

Durch Bescheid vom 24.8.2006 stellte die Beklagte fest, die Tätigkeit der Klägerin erfülle nicht die Voraussetzungen von Sozialversicherungspflicht aufgrund einer abhängigen Beschäftigung, da das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse nicht für eine solche spreche. Nachdem die Klägerin bei der Beigeladenen zu 2 (Deutsche Rentenversicherung Bund) einen Antrag auf Beitragserstattung gestellt hatte, wandte sich diese mit Schreiben vom 6.11.2006 (eingegangen bei der Beklagten am 13.11.2006) an die Beklagte und vertrat die Auffassung, bei der Klägerin liege ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor; es werde gebeten, die Aufhebung des Bescheides vom 24.8.2006 zu prüfen.

Daraufhin nahm die Beklagte durch Bescheid vom 29.11.2006 den Bescheid vom 24.8.2006 zurück. Zur Begründung führte sie an: Der Bescheid vom 24.8.2006 sei rechtswidrig. Die Klägerin stehe seit dem 1.1.1998 in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis

zur Beigeladenen zu 1. Dafür sprächen die fehlende Kapitalbeteiligung der Klägerin an der Beigeladenen zu 1, die fehlende Weisungsbefugnis der Klägerin sowie die Nichtübernahme von Bürgschaften und Sicherungen durch die Klägerin zugunsten der Beigeladenen zu 1. Nach [§ 49](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) genieße die Klägerin keinen Vertrauensschutz auf die Bestandskraft des Bescheides vom 24.8.2006.

Mit ihrem hiergegen eingelegten Widerspruch machte die Klägerin geltend, der Anwendungsbereich des [§ 49 SGB X](#) wäre nur eröffnet, wenn die Beigeladene zu 2 Klage gegen den Bescheid vom 24.8.2006 erhoben hätte. Im Übrigen sei der Bescheid vom 29.11.2006 wegen fehlender Anhörung rechtswidrig. Bei ihr lägen die Voraussetzungen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht vor.

Durch Widerspruchsbescheid vom 7.2.2007 wies die Beklagte den Widerspruch zurück und legte zur Begründung dar: Das Gesamtbild der Tätigkeit der Klägerin weise auf ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis hin. Gegen die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit spreche ua, dass die Klägerin nach den Geburten ihrer Kinder Leistungen nach dem Mutterschaftsgesetz bzw Bundeserziehungsgeldgesetz beantragt und bezogen habe. Eine Stellung als faktische Geschäftsführerin sehe das GmbH-Gesetz nicht vor. Da [§ 49 SGB X](#) eingreife, könne die Klägerin keinen Vertrauensschutz geltend machen; im Übrigen habe die Klägerin nichts vorgetragen, was einen solchen begründen könne.

Mit ihrer am 1.3.2007 erhobenen Klage hat die Klägerin ihr Begehren weiterverfolgt. Das Sozialgericht (SG) Mainz hat durch Urteil vom 5.5.2009 den Bescheid der Beklagten vom 29.11.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7.2.2007 aufgehoben und zur Begründung ausgeführt: [§ 49 SGB X](#) sei vorliegend bereits deshalb nicht anwendbar, weil der Verwaltungsakt vom 24.8.2006 nicht von der Widerspruchsstelle oder einem Sozialgericht, sondern von der Ausgangsstelle aufgehoben worden sei. Zudem greife [§ 49 SGB X](#) deshalb nicht ein, weil die Beigeladene zu 2 den Bescheid vom 24.8.2006 nicht angefochten, sondern nur die Beklagte um dessen Überprüfung gebeten habe. Auch eine entsprechende Anwendung des [§ 49 SGB X](#) komme nicht in Betracht. Dieser Vorschrift liege der Gedanke zugrunde, dass ein durch einen Verwaltungsakt Begünstigter keinen Vertrauensschutz verdiene, solange der begünstigende Verwaltungsakt noch der Nachprüfung durch eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht unterliege. Eine solche Situation sei vorliegend nicht gegeben, nachdem der beigeladene Rentenversicherungsträger erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist die Beklagte um Aufhebung des Bescheides vom 24.8.2006 ersucht habe. Der angefochtene Bescheid genüge nicht den Anforderungen des [§ 45 SGB X](#). Der Bescheid vom 24.8.2006 sei zwar rechtswidrig, weil die Klägerin bei der Beigeladenen zu 1 abhängig beschäftigt sei. Die Klägerin genieße aber Vertrauensschutz auf den Bestand des Bescheides vom 24.8.2006, da sie die Rechtswidrigkeit dieses Bescheides nicht gekannt und nicht grob fahrlässig verkannt habe. Zudem fehle es an der für eine rechtmäßige Rücknahmeentscheidung erforderlichen Ermessensausübung, da die Beklagte unzutreffend von einer gebundenen Entscheidung ausgegangen sei.

Gegen dieses ihr am 17.6.2009 zugestellte Urteil richtet sich die am 23.6.2009 eingelegte Berufung der Beklagten. Diese hat unter dem 1.7.2009 der Klägerin mitgeteilt: In Ergänzung ihres Bescheides vom 29.11.2006 benenne sie die Ermessensgründe, die sie bewogen hätten, den Bescheid vom 24.8.2006 aufzuheben. Bei der Abwägung des Interesses der Klägerin an der Aufrechterhaltung des Bescheides vom 24.8.2006 und den von ihr treuhänderisch zu wahrenden Interessen der Beigeladenen zu 2 und der Beigeladenen zu 3 (Bundesagentur für Arbeit), den Bescheid wegen seiner Rechtswidrigkeit zwecks Herstellung der materiellen Rechtslage aufzuheben, sei letzteren der Vorzug zu geben, zumal die Klägerin private Belange wie die Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz weder vorgetragen habe noch solche sonst ersichtlich seien.

Die Beklagte trägt vor: Das Schreiben der Beigeladenen zu 2 vom 6.11.2006 habe einen Widerspruch gegen den Bescheid vom 24.8.2006 dargestellt. Dass die Abhilfeentscheidung durch die Ausgangsstelle und nicht durch die Widerspruchsstelle getroffen worden sei, stehe der Anwendbarkeit des [§ 49 SGB X](#) nicht entgegen.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des SG Mainz vom 5.5.2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt. Die Beigeladene zu 2 hat vorgetragen: Ihr Schreiben vom 6.11.2006 sei nicht als Widerspruch gegen den Bescheid vom 24.8.2006 zu werten. Hätte sie gegen diesen Bescheid vorgehen wollen, hätte sie Klage erheben müssen, da ein Widerspruch durch sie nicht zulässig gewesen sei (Hinweis auf BSG 23.6.1994 [4 RK 3/93](#)).

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten und der Beigeladenen zu 2 sowie die Prozessakte verwiesen, die ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der mündlichen Verhandlung und der Beratung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die nach [§§ 143 f, 151](#) Sozialgerichtsgesetz SGG zulässige Berufung ist nicht begründet. Das SG hat der Klage zu Recht stattgegeben, weil der angefochtene Bescheid rechtswidrig ist.

Die Beklagte ist im Bescheid vom 29.11.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7.2.2007 zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Bescheid vom 24.8.2006 rechtswidrig ist (dazu unten 1.). Voraussetzung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides ist aber weiter, dass die Anforderungen des [§ 45 SGB X](#) erfüllt sind; [§ 49 SGB X](#) greift nämlich nicht ein (dazu unten 2.). Die Aufhebung des Bescheides vom 24.8.2006 war, soweit es um die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit geht, nach [§ 45 Abs 4 Satz 1 SGB X](#) unzulässig (dazu unten 3.). Eine Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft war zwar grundsätzlich möglich (dazu unten 4.); die Beklagte hat auch die vor dem Bescheid vom 29.11.2006 unterlassene Anhörung im Widerspruchsverfahren wirksam nachgeholt (dazu unten 5.). Der angegriffene Bescheid ist aber insgesamt wegen fehlender und nicht wirksam nachgeholter Ermessensbetätigung rechtswidrig (dazu unten 6.).

1. Die Beklagte hat in dem Bescheid vom 24.8.2006 unzutreffend festgestellt, dass die Klägerin wegen ihrer Tätigkeit für die Beigeladene zu 2 sozialversicherungspflichtig sei. Zur Begründung verweist der Senat insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des Widerspruchsbescheides vom 7.2.2007.

2. Die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides ist davon abhängig, dass die Voraussetzungen des [§ 45 SGB X](#) erfüllt sind. Denn [§ 49 SGB X](#) greift nicht zugunsten der Beklagten ein. Nach dieser Vorschrift gelten [§§ 45 Abs 1 bis 4 SGB X](#) nicht, wenn ein begünstigender Verwaltungsakt, der von einem Dritten angefochten worden ist, während des Vorverfahrens oder während des sozialgerichtlichen Verfahrens aufgehoben wird, soweit dadurch dem Widerspruch abgeholfen oder der Klage stattgegeben wird. [§ 49 SGB X](#) kommt vorliegend nicht zur Anwendung, weil die Beklagte ihren Bescheid vom 24.8.2006 nicht aufgrund eines Widerspruchs oder einer Klage der Beigeladenen zu 2 aufgehoben hat. Das Schreiben der Beigeladenen zu 2 vom 6.11.2006 stellt keinen Widerspruch dar. Für die Beigeladene zu 2 war der Widerspruch gegen den Bescheid vom 24.8.2006 gemäß [§ 78 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGG](#) nicht zulässig. Nach dieser Vorschrift bedarf es eines Vorverfahrens nicht, wenn ein Versicherungsträger klagen will. Aus dieser Vorschrift folgt nicht nur die Zulässigkeit der Klage ohne Vorverfahren, sondern auch die generelle Unzulässigkeit des Vorverfahrens in den dort geregelten Fällen (BSG 23.6.1994 [4 RK 3/93](#), SozR 3 1500 § 87 Nr 1; Zeihe, SGG, § 78 Rn 7). Bei dieser Sachlage kann das Schreiben vom 6.11.2006 nicht als Widerspruch ausgelegt werden. Im Übrigen würde ein unzulässiger Widerspruch nicht zur Anwendbarkeit des [§ 49 SGB X](#) führen (Merten in Hauck/Noftz, SGB X, K § 49 Rn 10). Eine Auslegung des Schreibens vom 6.11.2006 als Klage scheidet aus.

3. Die Aufhebung des Bescheides vom 24.8.2006 war daher nur unter den Voraussetzungen des [§ 45 SGB X](#) zulässig. Soweit der Bescheid vom 29.11.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7.2.2007 eine Regelung für die Vergangenheit getroffen hat, ist er nach [§ 45 Abs 4 Satz 1 SGB X](#) rechtswidrig. Nach dieser Vorschrift kommt die Rücknahme eines Verwaltungsakts mit Wirkung für die Vergangenheit nur in den Fällen von [§ 45 Abs 2 Satz 3 und Abs 3 Satz 2 SGB X](#) in Betracht. Die Anforderungen des [§ 45 Abs 2 Satz 3, Abs 3 Satz 2 SGB X](#) sind aber nicht erfüllt. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Klägerin die Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 24.8.2006 kannte. Auch grob fahrlässige Unkenntnis kann ihr nicht vorgeworfen werden. Die Beurteilung, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, erfordert eine Gesamtschau aller Umstände des gegebenen Sachverhalts. Da bei der Klägerin auch Gesichtspunkte vorliegen, die gegen ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis sprechen, kann nicht die Rede davon sein, dass sie bei einfachsten Überlegungen die Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 24.8.2006 hätte erkennen müssen.

4. Soweit der Bescheid vom 29.11.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7.2.2007 eine Regelung für die Zukunft getroffen hat, sind die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Rücknahme des Bescheides vom 24.8.2006 nach [§ 45 SGB X](#) erfüllt. Zwar darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist ([§ 45 Abs 2 Satz 1 SGB X](#)). Die Klägerin hat jedoch nichts für ein schutzwürdiges Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 24.8.2006 vorgetragen; hierfür ist auch sonst nichts ersichtlich. Gegen die Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Klägerin spricht insbesondere die Kürze des Zeitraums zwischen dem 24.8.2006 und dem 29.11.2006.

5. Der angefochtene Bescheid ist nicht wegen fehlender Anhörung vor dem Bescheid vom 29.11.2006 rechtswidrig, weil das Fehlen der Anhörung dadurch geheilt wurde, dass die Klägerin im Widerspruchsverfahren Gelegenheit zur Äußerung hatte (vgl Steinwedel in Kasseler Kommentar, [§ 41 SGB X](#) Rn 15).

6. Der angegriffene Bescheid ist aber rechtswidrig, weil die Beklagte in ihm kein Ermessen ausgeübt hat, wie es im Rahmen des [§ 45 SGB X](#) erforderlich gewesen wäre. Ein Ausnahmefall, bei dem eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht kommen könnte, etwa bei betrügerischer Leistungerschleichung (vgl Steinwedel, aaO, [§ 45 SGB X](#), Rn 60), liegt nicht vor.

Die Beklagte hat die Ermessensausübung nicht während des Berufungsverfahrens durch das Schreiben vom 1.7.2009 wirksam gemäß [§ 41 Abs 2 SGB X](#) nachgeholt. Es kann offenbleiben, ob gemäß [§ 41 Abs 2](#) iVm Abs 1 Nr 2 SGB X die Nachholung der Mitteilung der bei Erlass des Bescheides und Widerspruchsbescheides maßgebenden Ermessensgründe zulässig ist (vgl Urteil des Senats vom 3.7.2008 [L 5 LW 9/07](#), juris mit Anm Schaer, jurisPR SozR 23/2008 Anm 6). Dies ist jedenfalls dann nicht möglich, wenn der Versicherungsträger wie vorliegend im streitbefangenen Bescheid überhaupt kein Ermessen ausgeübt hat, weil hier kein Fehler der Ermessensbegründung, sondern der Ermessensbetätigung vorliegt (Schütze in: von Wulffen, SGB X, § 41 Rn 11; Castendiek in Hk SGG, § 54 Rn 12). Die Angabe der Beklagten in ihrem Schreiben vom 1.7.2009, sie benenne in diesem die Ermessensgründe, die sie zu dem Bescheid vom 29.11.2006 bewogen hätten, trifft nicht zu. Aus den Ausführungen des Bescheides vom 29.11.2006 und des Widerspruchsbescheides vom 7.2.2007 wird deutlich, dass die Beklagte seinerzeit davon ausging, kein Ermessen ausüben zu müssen.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

RPF

Saved

2010-10-27