

Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge - Einrede der Verjährung - Verzinsung (§ 27 Abs. 2 Satz 1 SGB IV);  
hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Nordrhein-Westfalen vom 11.4.2002 - L 9 AL 103/00 - (Vom Ausgang des Revisionsverfahrens - B 12 AL 1/02 R - wird berichtet.)

Das LSG Nordrhein-Westfalen hat mit Urteil vom 11.4.2002 - L 9 AL 103/00 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

### **Orientierungssatz**

Ein Versicherungsträger ist gehalten, bei einem Erstattungsanspruch zu Unrecht entrichteter Beiträge die Einrede der Verjährung nicht geltend zu machen, wenn die Beitragsentrichtung auf einem fehlerhaften Verwaltungshandeln des Versicherungsträgers bzw der Einzugsstelle beruht (vgl BSG vom 26.6.1986 - 7 RAr 121/84 = USK 86104)

### Anlage

Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 11.4.2002 - L 9 AL 103/00 -

### **Tatbestand**

Die Beteiligten streiten über die Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge zur Arbeitslosenversicherung.

Die Klägerin war bis zur Geburt ihres Sohnes als Textilverkäuferin in Vollzeitarbeit versicherungspflichtig beschäftigt. Anschließend arbeitete sie ab 01.09.1977 regelmäßig nur noch 15 Stunden an zwei Tagen in der Woche bei derselben Arbeitgeberin, die ca. 10 bis 15 Arbeitnehmer beschäftigte. Am 08.07.1997 meldete sie sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. Die Beklagte lehnte diesen Antrag bestandskräftig ab, weil die Klägerin nur eine kurzzeitige Beschäftigung ausgeübt und damit die Anwartschaftszeit nicht erfüllt habe. Sie verwies die Klägerin auf die Möglichkeit der Beitragserstattung.

Daraufhin beantragte die Klägerin am 10.11.1997 bei der Kaufmännischen Krankenkasse Halle (KKH) die Erstattung der von 1977 bis 1997 entrichteten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung in Höhe von 6.523,33 DM, weil keine Versicherungspflicht bestanden habe. Die KKH leitete den Antrag der Beklagten zu und teilte ergänzend mit, sie habe am 22.11.1991 bei der Arbeitgeberin der Klägerin eine Betriebsprüfung ohne Beanstandungen durchgeführt. Eine versicherungsrechtliche Beurteilung hätte damals erfolgen können. Unterlagen seien aber nicht mehr vorhanden. Die Beklagte lehnte daraufhin den Antrag auf Beitragserstattung mit Bescheid vom 14.01.1998 im Wesentlichen ab. Sie führte aus, die Beitragsentrichtung zur Arbeitslosenversicherung sei in der streitigen Zeit zwar zu Unrecht erfolgt. Aus diesem Grund seien der Klägerin die ab 01.01.1993 entrichteten Beiträge zu erstatten. Der auf die Zeit davor entfallende Betrag von 4.267,31 DM sei jedoch verjährt. Es lägen keine besonderen Gründe vor, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, denn die Entrichtung der Beiträge sei nicht auf ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln der Beklagten oder der damaligen Einzugsstelle zurückzuführen. Die Klägerin erhob gegen diesen Bescheid am 20.01.1998 Widerspruch, den die Beklagte durch Bescheid vom 30.03.1998 zurückwies. Sie berief sich weiterhin darauf, der Erstattungsanspruch der Klägerin für die Zeit von 1977 bis 31.12.1992 sei verjährt. Im Rahmen ihrer Ermessensausübung verzichte die Beklagte nicht auf die Erhebung dieser Einrede, weil weder auf ihrer Seite noch bei der KKH ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln vorgelegen habe. Auch die am 22.11.1991 durchgeführte Betriebsprüfung stelle im Rahmen der Ermessensausübung keinen Grund dar, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten. Hierbei handle es sich lediglich um eine schwerpunktmäßige Prüfung, bei der nicht für jeden Arbeitnehmer eines Betriebes geprüft werde, ob zu Recht Versicherungspflicht angenommen worden sei (abgesandt am 30.03.1998).

Hiergegen richtet sich die am 22.04.1998 erhobene Klage. Die Klägerin hat zu deren Begründung im Wesentlichen vorgetragen, es stelle eine typische Konstellation dar, dass eine junge Mutter nach Ablauf der Schutzfristen nur noch eine Teilzeitbeschäftigung aufnehmen. Wenn dementsprechend das Arbeitsentgelt verringert werde, bestehe sehr wohl eine Verpflichtung der mit dem Einzug der Sozialversicherungsbeiträge befassten Stellen, wegen des reduzierten Arbeitsentgeltes und der auch der Sozialversicherung bekannt gewordenen Mutterschaftssituation die Arbeitszeit zu überprüfen. Die Beklagte berufe sich daher zu Unrecht auf die Verjährung der entrichteten Beiträge von 1977 bis 31.12.1992.

Die Klägerin hat sinngemäß beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, unter Aufhebung des Bescheides vom 14.01.1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 30.03.1998 ihr die ab September 1977 entrichteten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung zu erstatten.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die angefochtenen Bescheide für Rechtens gehalten und ergänzend darauf hingewiesen, es sei Sache des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, bei Zweifeln die Versicherungspflicht durch einen Antrag bei der Einzugsstelle abklären zu lassen. Dies sei offensichtlich von der Arbeitgeberseite versäumt worden, nachdem die Klägerin weniger als 18 Stunden wöchentlich gearbeitet habe.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Gerichtsbescheid vom 07.06.2000 abgewiesen und sich der Auffassung der Beklagten angeschlossen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Gegen den am 14.06.2000 zugestellten Gerichtsbescheid richtet sich die am 06.07.2000 eingelegte Berufung der Klägerin. Sie verbleibt zu deren Begründung bei ihrer Auffassung, es sei rechtsmissbräuchlich, dass sich die Beklagte angesichts der durchgeführten Betriebsprüfung und des Übergangs von einer Voll- in eine Teilzeitbeschäftigung auf die Verjährung der Beiträge berufe. Es gehe nicht an, der Klägerin die Prüfung und Feststellung zu überlassen, ob im Einzelfall Arbeitslosenversicherungsbeiträge zu Unrecht abgeführt worden seien.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid vom 07.06.2000 zu ändern und nach dem erstinstanzlichen Klageantrag zu erkennen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält den angefochtenen Gerichtsbescheid für zutreffend und verweist ergänzend auf das Urteil des Landessozialgerichts NRW vom 11.01.1996 L 1 Ar 80/94 –, in dem bestätigt werde, dass Betriebsprüfungen im Interesse der Versicherungsträger die Beitragsentrichtung zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherungen zu sichern hätten. Über diese Kontrollfunktion hinaus bezweckten sie insbesondere nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze sowie der Verwaltungsakte der Beklagten – Az.: ... – Reg.Nr. ... – Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet, soweit die Beitragserstattung für die Zeit vom 01.01.1987 bis 31.12.1992 streitig ist, im Übrigen aber unbegründet.

Die Klägerin hat im Sinne des hier anzuwendenden § 185 a Abs. 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz – AFG – (vor 1984: § 186 Abs. 1 Satz 1 AFG) von September 1977 bis 1997 zu Unrecht Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet. Sie ist in dieser Zeit nicht versicherungspflichtig gewesen, weil sie ihre Teilzeitbeschäftigung nur 15 Stunden wöchentlich ausgeübt hat und diese somit nach § 169 a Abs. 1 iVm § 102 Abs. 1 (bis 31.12.1988: § 169 Nr. 6 iVm § 102) AFG wegen Kurzzeitigkeit beitragsfrei zur Arbeitslosenversicherung gewesen ist. Gleichwohl hat der Arbeitgeber für sie Beiträge einschließlich des Arbeitnehmeranteils abgeführt. Die Beklagte hat der Klägerin daher zu Recht bereits die nach § 185 a Abs. 1 Satz 1 AFG iVm § 27 Abs. 2 Satz 1 Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften – (SGB IV) auf den – nach ihrer Meinung – nicht verjährten Erstattungsanspruch entfallenden Beiträge ab 01.01.1993 erstattet.

Darüber hinaus hat die Klägerin aber auch für die Zeit vom 01.01.1987 bis 31.12.1992 einen Beitragserstattungsanspruch, weil die Beklagte wegen eines fehlerhaften Verhaltens der Einzugsstelle bei der im November 1991 durchgeführten Betriebsprüfung gehalten ist, von der Verjährungseinrede, deren Geltendmachung in ihrem pflichtgemäßem Ermessen steht, abzusehen und ihr insoweit kein Leistungsverweigerungsrecht zusteht (vgl. BSG - Urteil vom 26.06.1986 – 7 RAr 121/84 –). Denn sie hat außer Betracht gelassen, dass der Einzugsstelle (KKH) damals die Beitragsfreiheit der Klägerin nicht aufgefallen ist, obwohl ihr jedenfalls im Hinblick auf die Grösse der Arbeitgeberin (Kleinbetrieb mit 10 – 15 Arbeitnehmern) eine zutreffende Beurteilung der Beitragsfreiheit der Klägerin ohne

Schwierigkeiten möglich war. Es trifft zwar zu, dass eine Betriebsprüfung oder deren Unterlassen im Rahmen des Lohnabzugsverfahrens gegenüber Arbeitgebern regelmäßig keinen Vertrauensschutz hinsichtlich der richtigen oder falschen Beurteilung der Versicherungspflicht durch die Einzugsstelle bewirkt, weil die Arbeitgeber die Einstufung grundsätzlich selbst vornehmen oder in Zweifelsfällen eine fachkundige Klärung herbeiführen können, so dass der Betriebsprüfung gegenüber Arbeitgebern nur eine Kontrollfunktion zukommt (vgl. hierzu BSG – SozR 2100 § 27 Nr. 4; BSGE 47, 194, 198; BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 8). Neben dieser Aufgabe und dem Ziel, Beitragsausfälle zu Lasten der Versicherungsträger zu verhindern, ist anlässlich der Betriebsprüfung aber auch darauf zu achten, dass keine Beiträge geleistet werden, die nicht oder nicht mehr geleistet werden dürfen. Denn die Prüfer sollen nicht nur die finanziellen Interessen des Versicherungsträgers verfolgen, sondern auch die Interessen der Versicherten berücksichtigen (vgl. Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, Band II, 11. Aufl. 1988 bis einschließlich 70. Nachtrag Seite 377 c mwN und 378; Peters, SGB IV, Stand: Dezember 1998, § 28 p Anm. 2). Die in dem von der Beklagten zitierten Urteil des 1. Senats des Landessozialgerichts NRW vom 11.01.1996 – L 1 Ar 80/94 –, das den Erstattungsanspruch eines Arbeitgebers betrifft, zum Ausdruck gekommene Auffassung, es sei nicht Sinn und Zweck von Betriebsprüfungen, die Beitragspflicht einzelner Beschäftigter festzustellen, teilt der erkennende Senat nicht. Der den Interessen der Versicherten dienenden Zielsetzung der Betriebsprüfung entspricht die Regelung des § 28 p Abs. 1 Sätze 2 und 6 SGB IV in der Fassung des Gesetzes vom 20.12.1988 (BGBl. I 2330), nach der die Einzugsstellen auch die nach § 28 f Abs. 1 Satz 1 SGB IV von den Arbeitgebern zu erstellenden Lohnunterlagen sämtlicher Beschäftigten zu prüfen haben – also auch der Personen, die wegen ihres Beschäftigungsumfangs versicherungsfrei sind und die aufgrund der nach § 2 Abs. 1 Nrn. 4 – 7 Beitragsüberwachungsverordnung – BÜVO – vom 22.05.1989 (BGBl. I 992) erforderlichen Angaben in den Lohnunterlagen (Beginn und Ende der Beschäftigung, Beschäftigungsart, maßgebende Angaben für die Versicherungspflicht oder von deren Befreiung, Arbeitsentgelt einschließlich dessen Zusammensetzung und zeitliche Zuordnung) als solche erkannt werden können. Diese Prüfung ist im Gegensatz zur Überprüfung der gemeldeten Arbeitsentgelte auch nicht nur auf eine Unstimmigkeitsprüfung reduziert (§ 6 Abs. 2 BÜVO), sondern ist daneben – wenn auch stichprobenhaft – als regelmäßige eigenständige Arbeitsvorgabe vorgesehen (§ 6 Abs. 1 BÜVO). Es kann vorliegend auf sich beruhen, welcher Umfang an Stichproben in den Lohnunterlagen nach § 6 Abs. 1 BÜVO zur Sicherung dieses Zwecks im allgemeinen zu fordern ist. Der Senat hält es jedenfalls bei Kleinbetrieben wie demjenigen, in dem die Klägerin beschäftigt gewesen ist (ca. 10 – 15 Arbeitnehmer), auch unter Berücksichtigung der grundsätzlich zugelassenen Stichproben für geboten und erforderlich, das angesichts der geringen Arbeitnehmerzahl und der nur alle vier Jahre vorgesehenen, häufig viel seltener stattfindenden Prüfung alle Lohnunterlagen im Sinne nach § 2 Abs. 1 BÜVO durchgesehen und geprüft werden, um anhand der insoweit aussagekräftigen Angaben nach § 2 Abs. 1 Nrn. 4 – 7 BÜVO die versicherungsfreien und versicherungspflichtigen Beschäftigten zu erfassen. Denn in derartigen Betrieben kommt es wegen des geringen Personalbestandes nicht zu einer für die Prüfer unzumutbaren Arbeitsbelastung, die durch die Zulassung der Stichproben vermieden werden soll, so dass die Verwirklichung des Arbeitnehmerschutzes bezüglich der richtigen versicherungsrechtlichen Beurteilung Vorrang vor der Arbeitserleichterung haben muss. Im vorliegenden Fall hätte sich bei einer entsprechenden Prüfung aufgedrängt, dass wegen der Arbeitszeit und des Arbeitsentgelts der Klägerin keine Beitragspflicht bestehen konnte. Da die Beklagte das sich aus der Zielsetzung der konkreten Betriebsprüfung ergebende Versäumnis der Einzugsstelle im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung, ob sie die Verjährungseinrede erheben soll, nach eigenem Bekunden nicht berücksichtigt und sich mit der Auskunft der zuständigen Einzugsstelle, sie habe über die Betriebsprüfung vom 22.11.1991 keine Unterlagen mehr, damals aber die Versicherungspflicht prüfen können, ohne Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse im vorliegenden Fall – Kleinbetrieb, offensichtliche Versicherungsfreiheit der Klägerin angesichts des Arbeits- und Entgeltumfangs – zufrieden gegeben hat, hat sie ihr Ermessen fehlerhaft ausgeübt und ist gehalten, ausgehend vom 22.11.1991 (Zeitpunkt der Betriebsprüfung und dem Entstehen des Beratungsbedarfs für die richtige versicherungsrechtliche Beurteilung) für weitere vier Jahre ab 01.01.1987 – § 27 Abs. 2 SGB IV – die Verjährungseinrede nicht zu erheben.

Soweit die Klägerin darüber hinaus eine Beitragserstattung ab 1977 geltend macht, ist die Berufung unbegründet. Die Beklagte erhebt insoweit die Einrede der Verjährung zu Recht, da bei der Arbeitgeberin der Klägerin vor 1991 keine Kontrolle der Beitragsentrichtung durch eine Betriebsprüfung stattgefunden und keine Gelegenheit bestanden hat, die Fehlbeurteilung des Arbeitgebers zu erkennen und zu berichtigen. Insoweit ist kein fehlerhaftes Verwaltungshandeln auf Seiten der Beklagten oder der Einzugsstelle zu erkennen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Der Senat hat die Revision gemäß § 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG zugelassen.

Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge - Erhebung der Verjährungseinrede - unzulässige Rechtsausübung - fehlerhaftes Verwaltungshandeln - Betriebsprüfung - Prüfung der Versicherungspflicht (§ 27 Abs. 2 SGB IV);

hier: Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts (LSG) vom 30.8.2002 - L 8 AL 150/00 -

Das Bayer. LSG hat mit Urteil vom 30.8.2002 - L 8 AL 150/00 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

### **Orientierungssatz**

Betriebsprüfungen dienen gemäß § 28p Abs 1 SGB 4 in der bis zum 31.12.1995 geltenden Fassung iVm der BeitrÜV primär der Prüfung der Vollständigkeit der Lohn- und Gehaltsabrechnungen sowie der Eintragungen im Beitragsnachweis und nicht der Versicherungspflicht. Weder der Bundesanstalt für Arbeit noch der Einzugsstelle kann daher ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln vorgeworfen werden, wenn bei durchgeführten Betriebsprüfungen für die Zeit bis Ende 1995 Beanstandungen nicht erfolgten. Die Erhebung der Einrede der Verjährung von Beitragserstattungsansprüchen nach § 27 Abs 2 SGB 4 stellt insofern keine unzulässige Rechtsausübung dar.

### Anlage

Urteil des Bayer. LSG vom 30.8.2002 - L 8 AL 150/00 -

### **Tatbestand**

Zwischen den Beteiligten ist der Anspruch auf Erstattung von Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung (Arbeitnehmeranteil bzw. Arbeitgeberanteil) streitig, soweit die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben hat.

Die Klägerin zu 1) betreibt einen Container-Service. Die Klägerin zu 2) ist neben ihrem Ehemann Gesellschafter-Geschäftsführerin der Klägerin zu 1). Seit dem 01.06.1977 wurden für die Klägerin zu 2) Beiträge zur Arbeitslosenversicherung abgeführt.

Mit Bescheid vom 29.05.1998 stellte die zuständige Einzugsstelle, die kaufmännische Krankenkasse (KKH), fest, dass die Klägerin zu 2) in keinem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin zu 1) gestanden habe. Da man von diesem Tatbestand erst jetzt Kenntnis erhalten habe, sei rückwirkend ab Beginn der Geschäftsführertätigkeit davon auszugehen, dass kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bei der Klägerin zu 1) vorliege. Ab 01.07.1977 habe deshalb eine Umstellung der Versicherung zu erfolgen, da die Klägerin zu 2) ab diesem Zeitpunkt als Selbständige anzusehen sei.

Mit Schreiben vom 14.04.1999 stellten die Klägerinnen daraufhin einen Antrag auf Erstattung von Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung für die Zeit vom 01.07.1977 bis 31.12.1993.

Mit Schreiben vom 26.10.1999 teilte die KKH der Beklagten mit: "... wir können noch nachvollziehen, dass am 17.11.1992 eine Betriebsprüfung für die Zeit vom 01.01.1990 bis 31.12.1991 und am 27.02.1996 für den Zeitraum 01.01.1992 bis 31.12.1995 durchgeführt wurde. Bei beiden Prüfungen ergaben sich keine Beanstandungen. Der Betriebsprüfbericht vom 27.02.1996 liegt uns noch vor, eine Kopie fügen wir bei. Ältere Unterlagen wurden -- im Hinblick auf die Verjährungsfristen -- bereits vernichtet. Die Versicherungspflicht von Frau B wurde seinerzeit nicht geprüft."

Mit Bescheid vom 12.11.1999 erstattete die Beklagte der Klägerin zu 2) die Beiträge für die Zeit vom 01.12.1994 bis 31.05.1998 (Arbeitnehmeranteil) in Höhe von DM 2.700,--. Bezüglich der Zeit vom 01.06.1977 bis 30.11.1994 (Betrag von DM 12.234,83) berief sich die Beklagte auf die Verjährung. Besondere Gründe, die Einrede der Verjährung nicht zu erheben, lägen nicht vor.

Mit gleichlautendem Bescheid vom 12.11.1999 gegenüber der Klägerin zu 1) entschied die Beklagte bzgl. des Arbeitgeberanteils.

Zur Begründung der dagegen eingelegten Widersprüche wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die Erhebung der Einrede der Verjährung eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. Bei den regelmäßigen Betriebsprüfungen hätte der Sachverhalt zutreffend aufgeklärt und beanstandet werden müssen. Es sei bekannt gewesen, dass Frau ... B seit Juni 1977 Gesellschafter/Geschäftsführerin und als solche nicht in persönlicher Abhängigkeit beschäftigt gewesen sei, sondern in selbständiger unternehmerischer Art und Weise ihre Tätigkeit ausübte. Dass gerade jeweils auch die Versicherungspflicht von Frau ... B geprüft wurde, sei ebenfalls eine Tatsache, die belegt werden könne. Sie sei durch die Einsicht in die Unterlagen über die jeweiligen Betriebsprüfungen nachzukontrollieren. Jedenfalls habe es nie Stichprobenprüfungen gegeben.

Die Beklagte wandte dagegen ein, die Einrede der Verjährung werde von der Bundesanstalt für Arbeit nach pflichtgemäßem Ermessen nur in Fällen einer besonderen Härte nicht erhoben. Eine besondere Härte sei im allgemeinen anzunehmen, wenn die Beitragszahlung deshalb zu Unrecht erfolgt sei,

a) weil sie auf einem fehlerhaften Verwaltungshandeln der Bundesanstalt für Arbeit, der Einzugsstelle oder eines Trägers der Rentenversicherung beruhe, d.h. die fehlerhafte Beitragszahlung müsse von einer dieser Stellen nachweislich verursacht worden seien, oder

b) . . . .

Die Erhebung der Einrede der Verjährung stelle keine unzulässige Rechtsausübung dar. Unkenntnis über das tatsächliche Bestehen der Versicherungsfreiheit sei ein typischer Fall einer möglicherweise eintretenden Verjährung. Die Bundesanstalt für Arbeit habe über das tatsächliche Bestehen der Versicherungsfreiheit nachweislich erst im Jahre 1999 Kenntnis erlangt.

Auf eine entsprechende Anfrage der Beklagten bei der KKH teilte diese mit, die letzte Betriebsprüfung sei am 27.02.1996 von Herrn N durchgeführt worden. Es sei nur stichprobenweise geprüft worden. Da die Summenabstimmung positiv beschieden gewesen sei, habe er auch keine Veranlassung gehabt, in Einzelprüfungen einzutreten. Die Versicherungspflicht der GmbH-Geschäftsführerin Frau B sei nicht geprüft worden. Aus der Vergangenheit lägen keine Unterlagen mehr vor, da die Zeiträume bereits verjährt seien. Im Regelfall würden die Betriebsprüfungen jedoch immer nur stichprobenhaft ausgeführt, wie dies auch die Betriebsüberwachungsverordnung (§ 6) vorsehe. Deshalb könne selbst bei einer Prüfung ohne Beanstandungen nicht ausgeschlossen werden, dass nicht sämtliche in einer Firma beschäftigten Arbeitnehmer versicherungspflichtig geprüft wurden. Gleiches gelte für die Prüfung der Lohnunterlagen.

Die Klägerinnen führten dazu aus, es könne nicht die Rede davon sein, dass aufgrund angeblich durchgeführter Stichprobenüberprüfungen übersehen worden sei, dass Frau B tatsächlich gar nicht versicherungspflichtig beschäftigt war. Des Weiteren wurden Lohnkontenunterlagen für die Klägerin zu 2) für den Zeitraum von 1977 bis 1989 übersandt, die jeweils mit einem Prüfstempel der AOK ... versehen waren.

Nach einer Rücksprache der Beklagten bei der AOK ... wurde von dort mitgeteilt, dass bei den Prüfungen lediglich geprüft werde, ob die gemeldeten Entgelte mit der Beitragszahlung übereinstimmen. Eine versicherungsrechtliche Beurteilung sei nicht erfolgt. Die letzten Unterlagen, die der AOK vorlägen, stammten aus dem Jahre 1989, wonach am 05.01.1989 eine Prüfung erfolgt war. Eine versicherungsrechtliche Beurteilung erfolge grundsätzlich nur auf Antrag.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 25.01.2000 wies die Beklagte die Widersprüche als unbegründet zurück. Das Erheben der Verjährungseinrede stelle keine unzulässige Rechtsausübung dar. Die unrechtmäßige Beitragsentrichtung für die Zeit vom 01.06.1977 bis 30.11.1994 beruhe nicht auf einem fehlerhaften Verwaltungshandeln der Bundesanstalt für Arbeit, der Einzugsstelle oder des Rentenversicherungsträgers. Sie sei nachweislich nicht von den genannten Stellen verursacht worden. Aufgrund der Angaben der KKH sei die Richtigkeit der Beitragszahlung für die Klägerin zu 2) in keiner Zeit in einem Prüfbericht aufgrund einer Betriebsprüfung ausdrücklich bestätigt worden. Die eingereichten Lohnkonten der Frau Charlotte B würden keinesfalls bestätigen, dass im Rahmen der von der AOK vorgenommenen stichprobenhaften Prüfungen auch tatsächlich eine spezielle Prüfung der Versicherungspflicht bzw. Versicherungsfreiheit stattgefunden habe. Insofern handele es sich nach Auskunft der AOK ausschließlich um die Prüfung der Lohnkonten zur Feststellung, ob die an den Sozialversicherungsträger gemeldeten Entgelte mit der Beitragszahlung summarisch übereingestimmt hätten. Ein fehlerhaftes Verwaltungshandeln der Einzugsstelle habe sich somit nicht feststellen lassen, da die KKH bei den in Form von Stichprobenprüfungen durchgeführten Betriebsprüfungen nicht verpflichtet gewesen sei, alle Sachverhalte in die Prüfungen einzubeziehen.

Dagegen haben die Klägerinnen Klage zum Sozialgericht Augsburg erhoben. Dieses hat mit Beschluss vom 17.02.2000 die Streitsachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung unter dem Az.: S 2 AL 51/00 verbunden und fortgeführt. Zur Begründung ihrer Klage haben die Klägerinnen im Wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen verwiesen. Verwiesen wurde dabei auch erneut auf die in Kopie beigelegten Lohnkonten mit Prüfungsvermerken.

Mit Urteil vom 14.03.2000 hat das SG die Klage abgewiesen. Seine Entscheidung hat es im Wesentlichen damit begründet, die Beklagte habe über die Erhebung der Verjährungseinrede nach ihrem Ermessen zu entscheiden. Der Anspruch auf Beitragserstattung nach § 26 Abs.2 Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) sei dann ein Ermessensanspruch, wenn ihm ein im Ermessensweg auszuübendes Leistungsverweigerungsrecht entgegengesetzt werde. Ein ermessensfehlerhaftes Verhalten der Beklagten sei nicht feststellbar. Hierbei sei insbesondere der mit der Verjährungsregelung verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Ein Versicherungsträger solle nicht nach Jahren oder Jahrzehnten mit Erstattungsansprüchen überzogen werden können. Es würde der Rechtssicherheit widersprechen, wenn es dem Zufall oder der Intensität von Ermittlungen überlassen bleiben würde, ob ein Erstattungsanspruch ggf. noch nach vielen Jahren geltend gemacht werden könne. Der rechtsstaatlichen Ordnung würde dadurch Genüge getan, da sich die Beklagte nicht auf die Verjährung eines Anspruchs berufen könne, wenn dem der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehe. Ein fehlerhaftes Verhalten der Beklagten oder der KKH als Einzugsstelle sei aber nicht ersichtlich.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerinnen, die im Wesentlichen auf ihr bisheriges Vorbringen verweisen. Nach Ermittlungen bei der AOK ... - ..., wurde als Betriebsprüfer für am 05.01.1989, 24.09.1992 und 09.03.1994 durchgeführte Betriebsprüfungen Herr ... H benannt. Im Beweisaufnahmetermin vom 11.12.2001 wurde dieser als Zeuge einvernommen. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen. Abschließend äußerten sich die Beteiligten zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme.

Die Klägerinnen beantragen,  
die Beklagte unter Aufhebung des Urteils des Sozialgerichts Augsburg vom 14.03.2000 und unter Aufhebung der Bescheide vom 12.11.1999 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 25.01.2000 zu verurteilen, über die Anträge auf die Beitragserstattung für die Zeit vom 01.06.1977 bis 30.11.1994 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird im Übrigen auf den Inhalt der Verwaltungsunterlagen der Beklagten und der Verfahrensakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig (§§ 143, 151 Sozialgerichtsgesetz – SGG –), ein Ausschließungsgrund (§ 144 Abs.1 SGG) liegt nicht vor.

In der Sache erweist sich das Rechtsmittel als unbegründet. Zu Recht hat das Sozialgericht Augsburg mit Urteil vom 14.03.2000 die Klage abgewiesen, da die Bescheide der Beklagten vom 12.11.1999 und 25.01.2000 nicht zu beanstanden sind.

Zur Überzeugung des Senats steht fest, dass die Klägerin zu 2) nicht der Versicherungspflicht unterlag bzw. unterliegt, nachdem sie neben ihrem Ehemann als Gesellschafter-Geschäftsführerin maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft ausübte bzw. ausübt. Dies wird im Übrigen von der Klägerin zu 2) und der Beklagten auch nicht bestritten.

Die Klägerinnen haben keinen Anspruch auf Erstattung der Beiträge für die Zeit vom 01.06.1977 bis 30.11.1994, weil diese Ansprüche verjährt sind.

Rechtsgrundlage für ihr Begehren ist § 185 a Arbeitsförderungsgesetz (AFG). Danach sind zu Unrecht entrichtete Beiträge zu erstatten, wobei für die Erstattung die Vorschriften des SGB IV (§ 26 Abs.3, §§ 27 und 28) entsprechend gelten.

Nach § 27 Abs.2 SGB IV verjährt der Erstattungsanspruch in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beiträge entrichtet worden sind.

Zu Recht hat sich die Beklagte auch auf die Verjährung berufen. Ob ein Sozialversicherungsträger von der Einrede der Verjährung Gebrauch macht, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen (BSG SozR 1200 § 39 Nr.5). Ermessensrichtlinien dahingehend, dass die Verjährungseinrede nur dann nicht erhoben wird, wenn fehlerhaftes Verhalten des Sozialversicherungsträgers oder der Einzugsstelle zur Beitragsentrichtung geführt hat, sind nicht zu beanstanden (BSGE 58, 154 = SozR 2100 § 27 Nr.4).

So verhält es sich bei der Durchführungsanweisung zu § 27 SGB IV, wo es unter Ziffer 2.3.3 "Einrede der Verjährung" heißt:

1. Die Einrede der Verjährung wird von der Bundesanstalt für Arbeit nach pflichtgemäßem Ermessen nur in Fällen einer besonderen Härte nicht erhoben.

2. Eine besondere Härte ist im allgemeinen anzunehmen, wenn die Beitragszahlung deshalb zu Unrecht erfolgt

a) ist, weil sie auf einem fehlerhaften Verwaltungshandeln der Bundesanstalt für Arbeit, der Einzugsstelle oder eines Trägers der Rentenversicherung (letztere als Prüfinstitution) beruht, d.h. die fehlerhafte Beitragszahlung muss von einer dieser Stellen nachweislich verursacht worden sein oder

b) weil über den in § 27 Abs.2 SGB IV genannten Verjährungszeitraum hinaus rückwirkend Rente wegen Erwerbsunfähigkeit zuerkannt worden ist.

Der Sozialversicherungsträger kann sich nur dann nicht auf die Verjährung berufen, wenn dies eine unzulässige Rechtsausübung wäre (BSGE 42, 219, 222 – SozR 2200 § 29 Nr.6; BSGE 43, 227, 232 = SozR 3100 § 21 Nr.1).

Eine unzulässige Rechtsausübung liegt hier nicht vor, da weder der Beklagten selbst noch der Einzugsstelle ein fehlerhaftes Verhalten vorzuwerfen ist. Daran ändert auch nichts die Tatsache, dass regelmäßig Betriebsprüfungen durch die KKH bzw. AOK durchgeführt worden sind und dass es zu keinen Beanstandungen, insbesondere hinsichtlich der Lohnkonten der Klägerin zu 2), gekommen ist. Nach den Angaben der KKH und der AOK werden im Regelfall die Betriebsprüfungen lediglich stichprobenhaft ausgeführt, wie dies auch die Beitragsüberwachungsverordnung in § 6 vorsieht.

Gemäß § 28 p Abs.1 Satz 1 SGB IV (in der bis 31.12.1995 gültigen Fassung) überwachten die Einzugsstellen die Abgabe von Meldungen und die Zahlung des Gesamt-Sozialversicherungsbeitrags. Sie prüften mindestens alle vier Jahre insbesondere die Richtigkeit der Beitragszahlungen. Erst durch das Gesetz vom 16.12.1997 (BGBl. I S.279) ist geregelt, dass die Träger der Rentenversicherung im Rahmen der Prüfungen bei den Arbeitgebern Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht erlassen, die dann die Bundesanstalt für Arbeit leistungsrechtlich binden (§ 336 SGB III).

Nach der Beitragsüberwachungsverordnung vom 22.05.1989 (BGBl I S.992) betraf aber, wie schon ausgeführt, die Prüfung primär die Vollständigkeit der Lohn- und Gehaltsabrechnung sowie die Eintragungen im Beitragsnachweis. Somit sind hier von Seiten der Einzugsstellen ordnungsgemäße und nicht fehlerhafte Prüfungen durchgeführt worden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Meldepflicht und damit die Prüfung, ob ein Anstellungsvertrag die Kriterien eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne der Zweige der gesetzlichen Sozialversicherung erfüllt, nach § 28 a SGB IV primär den Arbeitgebern obliegt. Bei einem Gesellschafter/Geschäftsführer einer GmbH ist es von daher erst recht Primärverantwortung des Gesellschafter/Geschäftsführers, die Gesellschaftsverträge und Anstellungsverträge so zu gestalten, dass das jeweils gewollte Ziel erreicht wird. Einzugsstelle und Beklagte können im Lohnabzugsverfahren grundsätzlich davon ausgehen, dass die Arbeitgeber die Versicherungspflicht richtig beurteilen und im Zweifelsfall eine Auskunft bzw. eine Entscheidung vom zuständigen Versicherungsträger oder der Einzugsstelle einholen (BSG SozR 2100 § 27 SGB IV Nr.4).

Dass hier kein Fehlverhalten der Einzugsstellen vorlag, hat letztlich auch die Einvernahme des Zeugen, des Betriebsprüfers ... H, bestätigt. Auch er bekundete, dass man sich bei den Betriebsprüfungen an der Vorschrift des § 28 k SGB IV orientiert und eben überprüft habe, inwieweit das gemeldete Arbeitsentgelt das Zutreffende bzgl. der abgeführten Beiträge war. Im Übrigen bekundete er, dass in Fällen, in denen schon seit geraumer Zeit Prüfungen stattgefunden haben, nicht bei jeder Prüfung erneut die einzelne Verteilung bzgl. der Versicherungspflicht überprüft werde.

Die von Seiten der Klägerinnen vorgenommene Beweismwürdigung der Bekundungen des Zeugen H sind nicht geeignet, eine andere Entscheidung herbeizuführen. Es ist tatsächlich, worauf die Beklagte zutreffend hingewiesen hat, nicht verwunderlich, dass der Zeuge keine Erinnerung an die Klägerin zu 2) im Termin hatte. Hier ist zu berücksichtigen, dass die Betriebsprüfungen schon eine geraume Zeit zurückliegen und der Zeuge nahezu täglich Betriebe prüft. Zutreffend ist auch der Hinweis der Beklagten, dass es schon verwunderlich ist, dass die im Termin persönlich anwesende Klägerin zu 2) bei der Beweisaufnahme mit keinem Wort erwähnt hat, dass Herr H bei ihr keine Betriebsprüfungen vorgenommen habe. Weitere Ermittlungen des Gerichts zur Feststellung, ob im streitgegenständlichen Zeitraum von 1977 bis 1994 weitere Betriebsprüfer als der Zeuge H bei der Klägerin zu 1) Betriebsprüfungen vorgenommen haben, verliefen ergebnislos, da von der Einzugsstelle die Betriebsprüfungsunterlagen nach Ablauf der gesetzlichen Aufbewahrungsfrist bereits vernichtet wurden. Wenn von Seiten der Klägerinnen im Wesentlichen vorgetragen wird, dass es der Einzugsstelle eindeutig habe klar sein müssen, dass die Klägerin zu 2) in keinem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur Klägerin zu 1) gestanden habe, so stellt sich doch die Frage, warum dann über Jahre hinweg Beiträge entrichtet wurden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Der Senat hat die Revision gemäß § 160 Abs.2 Nr.1 SGG zugelassen, weil es der Frage grundsätzliche Bedeutung beimisst, ob in Fällen vergleichbarer Art die Erhebung der Verjährungseinrede eine unzulässige Rechtsausübung darstellt.

Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge - Erhebung der Verjährungseinrede - Ermessungsgebrauch (§§ 26 Abs. 2, 27 Abs. 2 SGB IV); hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Niedersachsen-Bremen vom 24.9.2002 - L 7 AL 41/01 -

Das LSG Niedersachsen-Bremen hat mit Urteil vom 24.9.2002 - L 7 AL 41/01 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

### Orientierungssatz

Nach § 222 Abs 1 BGB, der als Vorschrift über die Wirkung der Verjährung auch für Erstattungsansprüche nach § 26 SGB 4 gilt, war die Bundesanstalt für Arbeit nicht dazu verpflichtet sich auf die Verjährung zu berufen, sondern nur berechtigt. Für die Leistungsträger im Sozialrecht wird daraus gefolgert das sie somit über die Erhebung der Verjährungseinrede nach ihrem Ermessen zu entscheiden haben (vgl BSG vom 26.3.1987 - 11a RLw 3/86 = SozR 1200 § 39 Nr 5 S 5).

### Anlage

Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen vom 24.9.2002 - L 7 AL 41/01 -

### Tatbestand

Streitig ist die Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge für die Zeit vom 1. Januar 1982 bis 31. Dezember 1988.

Durch Gesellschaftsvertrag vom 22. Oktober 1981 mit nachfolgender Eintragung in das Handelsregister errichteten der 1941 geborene Kläger, der vom Beruf Elektromeister ist, und seine Ehefrau die J GmbH. Vom Stammkapital in Höhe von 50.000,- DM übernahmen der Kläger 24.500,- DM, die Ehefrau 25.500,- DM. Zum Geschäftsführer wurde der Kläger bestellt. Nach dem zwischen der GmbH und dem Kläger geschlossenen Anstellungsvertrag vom 1. Januar 1982 bezog der Kläger ein Festgehalt von 6.000,- DM brutto pro Monat. Der Kläger gab auf Nachfrage der zuständigen Krankenkasse, der IKK S an, dass er entsprechend dem Gesellschaftsvertrag als nicht beherrschender Gesellschafter auf den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb des Unternehmens keinen maßgebenden Einfluss nähme. Daraufhin stellte die IKK S durch Bescheid vom 1. Februar 1982 fest, dass der Kläger versicherungspflichtig unter anderem deshalb sei, weil er auf Grund seines Stimmrechts als Mitunternehmer keinen wesentlichen Einfluss auf den Geschäftsbetrieb des Unternehmens habe. Mit Änderungsbeschluss vom 2. Februar 1982 zu dem Gesellschaftsvertrag vom 22. Oktober 1981 wurde ein weiterer Gesellschafter aufgenommen. Hiervon war jedoch nur der Geschäftsanteil der Ehefrau des Klägers betroffen.

Am 23. August 1993 beantragte der Kläger bei der IKK S, den Bescheid vom 1. Februar 1982 zurückzunehmen und ihm die in der Zeit vom 1. Januar 1982 bis 31. Mai 1993 entrichteten Pflichtbeiträge zur Angestellten- und zur Arbeitslosenversicherung zu erstatten. Den Antrag lehnte die IKK S mit Bescheid vom 27. August 1993 und Widerspruchsbescheid vom 10. November 1993 ab. Sie führte zur Begründung aus, erst nach Erlass der Verwaltungsentscheidung sei ein Wandel in der Rechtsprechung zur Beurteilung der Versicherungspflicht von Gesellschafter-Geschäftsführern eingetreten, sodass eine Rücknahme nach § 44 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB X) nicht in Betracht komme, im Übrigen sei der Grundsatz vorrangig, abgeschlossene Versicherungsverhältnisse nicht nachträglich umzugestalten.

Hiergegen erhob der Kläger Klage vor dem Sozialgericht (SG) Stade (S 1 KR 109/93). Nach Beiladung der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte und der Beklagten hob das SG mit Urteil vom 20. November 1995 den Bescheid der IKK S vom 1. Februar 1982 auf, soweit er die Feststellung zur Sozialversicherungspflichtigkeit betraf, stellte fest, dass der Kläger in der Zeit vom 1. Januar 1982 bis 31. Dezember 1988 nicht in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe, sondern selbständig gewesen sei, wies den Antrag auf Erstattung der zu Unrecht entrichteten Beiträge jedoch ab. Es führte insoweit aus, es widerspräche dem Grundsatz von Treu und Glauben, die Beigeladenen für verpflichtet zu erachten, die bereits seit 1982 im allseitigen Einvernehmen entrichteten Beiträge zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung zu erstatten.

Hiergegen legte der Kläger Berufung beim Landessozialgericht Niedersachsen ein (Az: L 4 KR 41/96). In der Berufungserwidlungsschrift vom 29. Februar 1996 erhob die IKK S erstmals vorsorglich unter Bezugnahme auf § 185a Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) die Verjährungseinrede. Die Beklagte, die nach den "Gemeinsamen Grundsätzen für die Verrechnung und Erstattung zu Unrecht gezahlter Beiträge vom 8. Oktober 1991" (ANBA 1992, 1 ff) für die



Bearbeitung des Antrages bei bereits verjährten Beiträgen zuständig ist, vertrat die Auffassung, dass die Geltendmachung der Beitragserstattung gegen Treu und Glauben verstoße bzw. rechtsmissbräuchlich sei, da der Kläger die Verwaltungsentscheidung der IKK mit vollem Nachdruck herbeigeführt habe, und zwar auch insoweit, als der Anspruch noch nicht verjährt sei.

Im Termin zur Erörterung des Sachverhalts am 23. Juli 1998 nahm der Kläger die Berufung zurück, nachdem sowohl die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte als auch die Beklagte sich bereit erklärt hatten, über den Antrag auf Erstattung der Beiträge als zuständige Verwaltungsstelle zu entscheiden.

Die Beklagte forderte daraufhin den Kläger am 3. September 1998 auf, die Vordrucke zur Beitragserstattung vollständig ausgefüllt bei der IKK Stade einzureichen, die den Antrag dem Grunde und der Höhe nach prüfe und an sie weiterleite zur Entscheidung, weil bereits teilweise die Verjährung eingetreten sei. Nach dem der Beklagten die vom Kläger ausgefüllten Formulare vorlagen, lehnte sie mit Bescheid vom 12. Februar 1999 die Erstattung der Beiträge zur Arbeitsförderung für den Zeitraum 1. Januar 1982 bis 31. Dezember 1988 ab. Zur Begründung führte sie aus, dass nach dem auch in der Sozialversicherung geltenden Grundsatz von Treu und Glauben eine Erstattung nicht vertretbar sei, weil die Beträge im gegenseitigen Einvernehmen entrichtet worden seien; der Kläger habe verschwiegen, dass seine Tätigkeit in der GmbH mehr durch familienhafte Rücksichtnahmen und durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander als durch ein für ein Arbeitnehmer-/Arbeitgeberverhältnis typischen Interessengegensatz gekennzeichnet gewesen sei. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein und führte aus, für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben bestehe keine Grundlage, da die Vorschriften über die Beitragserstattung eine abschließende Regelung enthielten. Im Übrigen habe er zutreffende Angaben gemacht, lediglich die rechtliche Würdigung, die allein der IKK S obliegen habe, habe sich als fehlerhaft erwiesen. Bei mehreren Betriebsprüfungen, zuletzt im Februar 1991 habe es keine Beanstandungen gegeben. Der Widerspruch blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 6. August 1999).

Hiergegen hat der Kläger am 7. September 1999 Klage vor dem SG Stade erhoben und vorgetragen, ihm sei es 1982 nicht auf die Begründung einer Pflichtmitgliedschaft in der Sozialversicherung angekommen, da er anderweitig abgesichert gewesen sei; vielmehr habe der Vertreter der IKK S, Herr B, mit Vollstreckungsandrohung ihn geradezu in ein Sozialversicherungspflichtverhältnis gezwungen, das im alleinigen – finanziellen – Interesse der IKK S gelegen habe. Nachdem sich die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung am 19. Dezember 2000 auf die Einrede der Verjährung hinsichtlich der geltend gemachten Beitragserstattungsforderung berufen hat, hat das SG die Klage mit Urteil vom gleichen Tage aus diesen Gründen abgewiesen.

Gegen das dem Kläger am 12. Januar 2001 zugestellte Urteil hatte er am 25. Januar 2001 Berufung eingelegt. Er wiederholt sein bisheriges Vorbringen und macht ergänzend geltend, die Beklagte habe in dem Verfahren S 1 KR 109/93 vor dem SG Stade als dortige Beigeladene zu 2) auf die Einrede der Verjährung verzichtet. Jedenfalls habe er angesichts der Erklärungen und des Verhaltens der Beklagten als Beigeladene im Vorprozess darauf vertrauen dürfen, dass sie sich in der weiteren Auseinandersetzung nur mit Einwendungen in der Sache verteidigen werde. Die nach nunmehr fast zehnjähriger Auseinandersetzung erstmals erhobene Einrede sei rechtsmissbräuchlich.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stade vom 19. Dezember 2000 – S 6 AL 212/99 – sowie den Bescheid der Beklagten vom 12. Februar 1999 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. August 1999 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger die für Zeit vom 1. Januar 1982 bis 31. Dezember 1988 entrichteten Beiträge (Arbeitnehmeranteil) zur Arbeitslosenversicherung zu erstatten, hilfsweise,

die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Im vorbereitenden Verfahren wurde die Prozessakte des SG Stade – S 1 KR 109/93 / L 4 KR 41/96 –, die Akten der BfA Berlin (...) und der IKK S angefordert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des übrigen Vorbringens der Beteiligten wird auf die beigezogenen Akten, die den Kläger betreffende Leistungsakte der Beklagten und die Gerichtsakten beider Rechtszüge verwiesen. Sie waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

## Entscheidungsgründe

Die gemäß §§ 143, 144 Abs. 1 Satz 1 Nr 1, 151 Abs. 1 a.F. Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und zulässige Berufung ist teilweise begründet.

Die Berufung ist begründet, soweit sie den nicht verjährten Beitrag für Dezember 1988 betrifft, der im Januar 1989 entrichtet worden ist. Sie ist ferner teilweise im Sinne eines Bescheidungsurteils begründet. Die Beklagte hat bei der Entscheidung über die Erhebung der Verjährungseinrede nicht erkennbar das ihr zustehende Ermessen ausgeübt. Lediglich ein unmittelbarer Erstattungsanspruch steht dem Kläger nicht zu.

Zutreffend sind die Beteiligten und das SG davon ausgegangen, dass zu Unrecht zur Bundesanstalt für Arbeit entrichtete Beiträge zu erstatten sind. Ein solcher Anspruch ergab sich für das bei Antragstellung am 23. August 1993 geltende Recht aus § 185a AFG. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift waren zu Unrecht entrichtete Beiträge zu erstatten, für die Erstattung galten die Vorschriften des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches – SGB IV – (§ 26 Abs. 3, § 27 und 28) entsprechend. Der zu erstattende Beitrag mindert sich dabei um den Betrag der Leistung, der in der irrtümlichen Annahme der Beitragspflicht gezahlt worden ist.

Die vom Kläger gezahlten Beiträge (Arbeitnehmeranteile) sind zu Unrecht entrichtet. Gemäß § 168 Abs. 1 AFG waren beitragspflichtig Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt beschäftigt waren (Arbeitnehmer). Durch Urteil des SG Stade vom 20. November 1995, das durch Berufungsrücknahme rechtskräftig geworden ist, steht fest, dass der Kläger vom 1. Januar 1982 bis 31. Dezember 1988 nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stand. Dieses Urteil bindet gemäß § 141 Abs. 1 Nr. 1 SGG auch die Beklagte, die zu dem Verfahren nach § 75 Abs. SGG beigeladen war. Da die Beklagte keine Leistungen erbracht hat, ergibt sich keine Minderung des Erstattungsbetrages nach § 185a Abs. 1 Satz 3 AFG.

Der Kläger hat sein Recht auf Geltendmachung des Erstattungsbetrages nicht verwirkt. Das Rechtsinstitut der Verwirkung ist als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch für das Sozialversicherungsrecht anerkannt (BSGE 47, 194, 196 m.w.N.). Die Verwirkung setzt als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung voraus, dass der Berechtigte ein Recht längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und auch eingerichtet hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Zwar hat der Kläger längere Zeit sein Recht nicht ausgeübt, nach Feststellung der Versicherungsfreiheit die Beiträge zurückzuverlangen. Er hat jedoch kein Verhalten gezeigt, aus dem die Beklagte darauf vertrauen durfte, dass das Recht nicht geltend machen werde. Hieran sind grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen, weil dem Interesse der Solidargemeinschaft, eine sichere Grundlage für den Haushalt zu haben, bereits durch die kurze Verjährungsfrist des § 27 Abs. 2 SGB IV hinreichend Rechnung getragen wird. Vorliegend kann dahinstehen, ob der Kläger oder die IKK S 1981 das Verfahren in Gang gebracht haben. Der Kläger hat jedenfalls nicht mehr getan, als die Feststellung des Vorliegens eines Versicherungspflichtverhältnisses zu beantragen. Die von ihm in diesem Verfahren gemachten Angaben über die Kapitalbeteiligung, seine Sperrminorität, die Familiengesellschaft, die Gewinnbeteiligung, die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot hat der Kläger richtig mitgeteilt und die daraufhin von der IKK S getroffene Entscheidung akzeptiert. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers könnte nur dann bestehen, wenn er sich den Feststellungsbescheid vom 1. Februar 1982 arglistig erschlichen und einen unrichtigen Sachverhalt vorgespiegelt hätte. Dafür dass die abgeschlossen Gesellschafts- und Anstellungsverträge ein Scheingeschäft dargestellt haben, bestehen indes keine Anhaltspunkte.

Der streitige Erstattungsanspruch ist allerdings im Wesentlichen verjährt. Die Verjährung ist in § 27 Abs.2 und 3 SGB IV geregelt. Danach verjährt der Erstattungsanspruch in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Beträge entrichtet worden sind. Dementsprechend ist der Erstattungsanspruch für die im Jahre 1988 entrichteten Beiträge am 31. Dezember 1992 verjährt und für die vorher entrichteten noch früher. Dagegen ist der Arbeitslosenversicherungsbeitrag für Dezember 1988 nicht verjährt, weil gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 SGB IV davon auszugehen ist, dass er erst im Januar 1989 entrichtet worden ist. Insoweit ist die Berufung daher begründet.

§ 27 Abs. 2 Satz 2 SGB IV, wonach der Beginn der Verjährung mit Ablauf des Kalenderjahres beginnt, in dem der Versicherungsträger die Rechtswirksamkeit von Beiträgen beanstandet, findet in der Arbeitslosenversicherung keine Anwendung, da es hier das Institut der Beanstandung nicht gibt (BSG SozR 2100 § 27 Nr. 4; BSG, Die Beiträge 1987, 78).

Die Beklagte hat sich auch auf die Verjährung berufen. Nach § 222 Abs. 1 BGB, der als Vorschrift über die Wirkung der Verjährung auch für Erstattungsansprüche nach § 26 SGB IV gilt (§ 27 Abs. 3 SGB IV), war sie dazu nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt. Für die Leistungsträger im Sozialrecht wird daraus gefolgert, dass sie somit über die Erhebung der Verjährungseinrede nach ihrem Ermessen zu entscheiden haben (BSG SozR 1200 § 39 Nr. 5 S 5).

Dann müssen sie aber deutlich machen, dass sie insoweit eine Ermessensentscheidung getroffen, also ihr Ermessen ausgeübt haben; darüber hinaus muss die Begründung des Bescheides die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen sie bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen sind (§ 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X). Der angefochtene Bescheid vom 12. Februar 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 6. August 1999 enthielt keine Ermessenserwägungen, da bereits der Erstattungsanspruch verneint wurde. Die Beklagte hat sich erst im Klageverfahren auf die Verjährung berufen, sodass der Bescheid deshalb als rechtswidrig anzusehen und aufzuheben ist.

Dagegen kommt eine Verurteilung der Beklagten zur Beitragserstattung nicht in Betracht, weil die Leistung von der Ermessensausübung des Versicherungsträgers abhängt. Der Kläger könnte daher mit der Leistungsklage nur durchdringen, wenn schon feststünde, dass die Beklagte das ihr bei der Erhebung der Verjährungseinrede zustehende

Ermessen nur im Sinne eines Verzichts auf diese Einrede ausüben dürfte. Ein Verzicht liegt hier jedoch nicht vor.

Die Beklagte hat auf die Einrede der Verjährung weder ausdrücklich noch konkludent verzichtet. Aus der Niederschrift über die Sitzung des SG Stade vom 20. November 1995 (S 1 KR 109/93) ergibt sich nur, dass die zum dortigen Verfahren beigeladene Beklagte (bisher) sich nicht auf die Einrede der Verjährung berufen hat. Dass kein ausdrücklicher Verzicht auf die Einrede der Verjährung in dieser Sitzung erklärt worden ist, hat der Vorsitzende in seiner dienstlichen Stellungnahme am 11. Mai 1998 bestätigt. Anhaltspunkte, dass die Beklagte zu einem anderen Zeitpunkt eine einseitige, wenn auch nicht formgebundene Erklärung dieses Inhalts abgegeben hat, ergeben sich nicht. Auch die im Termin vor dem LSG Niedersachsen am 23. Juli 1998 erklärte Bereitschaft, den Erstattungsanspruch in eigener Zuständigkeit zu überprüfen, enthält keine Verzichtserklärung.

Auch ein Fall der sogenannten Ermessensschumpfung auf Null ist hier nicht gegeben.

Ein solcher Fall läge vor, wenn die Beitragsentrichtung deshalb zu Unrecht erfolgt ist, weil sie auf einem fehlerhaften Verwaltungshandel der Beklagten oder der Einzugsstelle beruhte. Denn nach ihren Verwaltungsanweisungen (vgl. 3.3 des gemeinsamen Beschlusses der Bundesverbände Kranken- und Rentenversicherungsträger sowie der Bundesanstalt für Arbeit vom 23. Mai 1977 zur Auslegung des § 27 SGB IV) macht die Beklagte in solchen Fällen die Verjährung nicht geltend und kann sich aus Gründen der Gleichbehandlung auch dem Kläger gegenüber hierauf nicht berufen. Indessen hat weder die Beklagte noch die Einzugsstelle die fehlerhafte Beitragsentrichtung schuldhaft verursacht. Soweit der Kläger der Einzugsstelle vorwirft, sie habe mit dem Bescheid vom 1. Februar 1982 eine falsche Entscheidung getroffen, steht dem entgegen, dass der Kläger die naheliegende Möglichkeit, Zweifel an der Beitragspflicht auf dem Rechtswege zu klären, nicht wahrgenommen hat. Aus der ursprünglich ablehnenden Verwaltungspraxis der IKK S, die auf eine unrichtige Rechtsauffassung zurückging, lässt sich allein ein Vorwurf nicht ableiten. Zwar wäre das Verhalten eines Versicherungsträgers dann zu missbilligen, wenn er nach Klärung einer Rechtsfrage durch gefestigte Rechtsprechung an einer entgegenstehenden unrichtigen Rechtsauffassung festhalten wollte. Es stellt hingegen kein vorwerfbares Verhalten dar, wenn ein Versicherungsträger in einer überaus schwierigen Rechtsfrage zunächst eine Rechtsansicht vertritt und in ständiger Verwaltungspraxis auch anwendet, die sich später nach Klärung als nicht zutreffend erweist (BSG SozR 2200 § 29 Nr. 6).

Die Beklagte setzt sich auch nicht dem Vorwurf unzulässiger Rechtsausübung aus, wenn sie sich auf die Verjährung des Erstattungsanspruchs beruft. Auch hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Unzulässig ist die Verjährungseinrede, wenn der Gläubiger nach objektiven Maßstäben darauf vertrauen durfte, sein Anspruch werde auch ohne Rechtsstreit befriedigt oder vom Schuldner nur mit Einwendungen in der Sache bekämpft; erforderlich ist aber ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schuldners und der Fristversäumung des Gläubigers (Palandt/Heinrichs BGB, 61. Aufl. 2002, Überblick vor § 194 Rdz. 10). Die in diesem Verfahren streitigen Ansprüche waren jedoch bereits verjährt, als die Beklagte von den Ansprüchen erfuhr. Allein der Umstand, dass sie erstmals im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem SG Stade am 19. Dezember 2000 die Verjährungseinrede erhob, macht ihr Verhalten nicht unredlich. Da sich aus dem Umstand der Verjährung die Zuständigkeit der Beklagten ergab, konnte der Kläger nicht davon ausgehen, dass die Beklagte bei der Zusage im Erörterungstermin am 23. Juli 1998, den Beitragsanspruch zu prüfen, den Anspruch nur mit Einwendungen in der Sache bekämpfen werde. Denn durch die gleichzeitig erklärte Berufungsrücknahme stand fest, dass die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden waren. Die Beklagte hätte daher, wollte sie sich nicht auf Verwirkung oder ein ähnliches Rechtsinstitut wie die Verjährung berufen, den Anspruch sofort anerkennen können.

Ist aus den vorgenannten Gründen eine abschließende Entscheidung über die Erstattung der Beiträge nicht möglich, musste der Senat in Abänderung der vorinstanzlichen Urteile die Beklagte zur Erteilung eines Bescheides unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats verpflichten.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

Gründe für die Zulassung der Revision (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG) liegen nicht vor.