

- 1) Eine BGB-Gesellschaft ist als soche Unternehmerin i.S.d. gesetzlichen Unfallversicherung (§ 136 Abs 3 Nr 1 SGB VII; Abweichung von der Rechtsprechung des BSG). Bei der (Außen)GbR werden eigene Rechte und Pflichten begründet.
- 2) Der Unternehmerbegriff des § 359 Abs 1 SGB III ist identisch mit dem des § 136 Abs 3 Nr1 SGB VII, sodass eine GbR Adressatin eines Veranlagungsbescheids nach § 359 SGB III sein kann (Insolvenzgeldumlage).
- 3) Für den Ausschluss von der Umlagepflicht nach § 359 Abs 2 S 2 SGB III ist die rechtliche Unzulässigkeit der Insolvenz eines Unternehmers entscheidend, die tatsächliche Unmöglichkeit der Insolvenz ist unerheblich. Die Insolvenzunfähigkeit einiger Gesellschafter hat keine Auswirkung auf die Insolvenzfähigkeit der GbR nach § 11 Abs 2 Nr 1 InsO.
- 4) Für eine Unternehmerin in der Rechtsform einer GbR, bei der Gemeinden/Gemeindeverbände nur Gesellschafter sind, besteht keine Zuständigkeit der UV-Träger der öffentlichen Hand nach § 129 SGB VII, vielmehr sind nach § 121 SGB VII die gewerblichen Berufsgenossenschaften zuständig.

§§ 121, 136 Abs 3 Nr 1 SGB VII, § 359 SGB III, § 11 Abs 2 InsO

hier:

Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 26.11.2004 – L 4 U 76/03 –

Bestätigung Urteil des SG Köln vom 23.10.2003 - S 16 U 10/01 - vom Ausgang des Revisionsverfahrens beim BSG - B 11a AL 3/05 R - wird berichtet

- 1) Das LSG weicht von der Auffassung des BSG ab, wonach die Unternehmereigenschaft einer GbR im gesetzlichen UV-Recht zu verneinen ist (BSG B 2 U 42/99 R - [HVBG-INFO 36/2000, S. 3434-3439](#); BSG 9b RU 8/84 - [HVBG-INFO 3/1987, S. 218-222](#)). Vielmehr schließt sich das LSG in ausführlicher Begründung der Rechtsprechung des BGH (BGH II ZR 331/00 - [HVBG-INFO 7/2001, S. 668-675](#)) an, nach welcher die (Außen-)GbR teilweise Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet.

Dabei hat der Senat des LSG auch mitberücksichtigt, dass "nach seinen Kenntnissen aus anderen Beitragsverfahren in der Verwaltungspraxis die Unfallversicherungsträger Personengesellschaften, einschließlich der GbR, als Unternehmer betrachten und zur Beitragsleistung heranziehen und damit ... faktisch die Rechtsprechung des BGH zur funktionalen Teilrechtsfähigkeit der GbR im Rahmen des SGB VII umsetzen." Zu erwähnen ist, dass auch die Lehrmeinung der BGA auf Grund der BGH-Rechtsprechung die Unternehmereigenschaft der GbR als solcher bejaht. Daneben werden auch die Gesellschafter der GbR als Unternehmer angesehen.

Das Letztere sieht das LSG aber wohl anders, wenn es ausführt: "Der Wert oder Unwert der in einer GbR oder mit der GbR verrichteten Arbeit gereicht nicht mehr unmittelbar zum Vorteil oder Nachteil der Gesellschafter, sondern nur noch mittelbar." Dies bedeutete, dass die Gesellschafter der GbR keine Unternehmer iSd § 136 Abs 3 SGB VII wären. Im Ergebnis wäre das eine völlige Umkehr der bisherigen Verhältnisse; ein Ergebnis, das auch rechtlich problematisch erscheint. Angesichts der nach wie vor bestehenden Haftung für Gesellschaftsschulden und der typischen Personenbezogenheit bei der GbR (insofern nicht mit einer juristischen Person gleichzusetzen) dürfte weiterhin von einem unmittelbaren Risiko = Unternehmereigenschaft der Gesellschafter auszugehen sein.

Da Revision zugelassen und auch eingelegt worden ist, wird man vor einer abschließenden Bewertung die Entscheidung des BSG abzuwarten haben.

- 2) Weiterhin ist nach Ansicht des LSG der Unternehmerbegriff des § 359 Abs 1 SGB III identisch mit dem in § 136 Abs 3 Nr 1 SGB VII. Damit war die klagende GbR als Unternehmerin (siehe oben) zurecht Adressatin des Veranlagungsbescheids nach § 359 SGB III.



- 3) Ferner hat das LSG festgestellt, dass die Klägerin, deren Gesellschafter aus dem kommunalen Bereich stammen, keine Person des öffentlichen Rechts nach § 12 InsO sei, sondern eine Gesellschaft des Privatrechts und mithin nicht umlagefrei iSv § 359 Abs 2 S 2 SGB III. Eine Analogie zu Gunsten der Klägerin verwarf das LSG unter Hinweis auf vorliegende Rechtsprechung: "Für den Ausschluss von der Umlagepflicht nach § 359 Abs 2 S 2 SGB III ist die rechtliche Unzulässigkeit der Insolvenz entscheidend, die tatsächliche Unmöglichkeit der Insolvenz eines Unternehmers ist unerheblich."
- 4) Schließlich hat das LSG auch Ausführungen zur Zuständigkeit für das Unternehmen der Klägerin gemacht. In keiner denkbaren Hinsicht komme die Zuständigkeit (§ 129 SGB VII) eines UV-Trägers der öffentlichen Hand in Frage; vielmehr seien die gewerblichen Berufsgenossenschaften für das Unternehmen zuständig. Insbesondere mache der Umstand, dass Gemeinden/Gemeindeverbände nur an den Gesellschaftern der GbR beteiligt seien (aber eben nicht an der Klägerin unmittelbar selbst), die Klägerin nicht zu einem eigenen Unternehmen einer Gemeinde/Gemeindeverbands iSv § 129 Abs 1 Nr 1 SGB VII.

Das **Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen** hat mit **Urteil vom 26.11.2004**
- L 4 U 76/03 -
wie folgt entschieden:

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen die Erhebung der Insolvenzgeldumlage für die Zeit ab 1999.

Die 1923 gegründete Klägerin ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Ihre Aufgabe ist der Ausgleich von Haftpflichtentschädigungen, die ihre Gesellschafter für Gemeinden, kommunale Zweckverbände und sonstige kommunale Einrichtungen sowie für solche Unternehmen, in denen Gemeinden oder Gemeindeverbände mit mindestens 50 % beteiligt sind, zu tragen haben. Die Gesellschafter sind teilweise nicht rechtsfähige Vereine (Haftpflichtschadensausgleich der Deutschen Großstädte Bochum, kommunaler Schadensausgleich Hannover, kommunaler Schadensausgleich Schleswig-Holstein, kommunaler Schadensausgleich westdeutscher Städte und kommunale Schadensausgleichsstelle der Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, Berlin), teilweise als öffentlich rechtlichen Körperschaft (Badischer Gemeinde-Versicherungsverband Karlsruhe), teilweise als öffentlich rechtlichen Anstalt (Versicherungskammer Bayern) und teilweise Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (GVV Kommunalversicherung VvaG) organisiert. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrages vom 08.06.1982, zuletzt geändert durch die Mitgliederversammlung vom 31.05.1994, Bezug genommen.

Nach Verlegung ihres Sitzes wurde die Klägerin vom hessischen Gemeindeversicherungsverband mit Wirkung zum 01.01.1985 dem Beklagten überwiesen. Der Beklagte nahm die Klägerin mit Wirkung zum 01.01.1985 in sein Unternehmensverzeichnis auf.

Im Januar 2000 forderte der Beklagte die Klägerin unter Hinweis auf seine Zuständigkeit für die Erhebung der Insolvenzgeldumlage ab dem 01.01.1997 auf, das in 1999 gezahlte Jahresbruttoentgelt ihrer Beschäftigten nachzuweisen. Die Klägerin wandte sich gegen die Heranziehung zur Insolvenzgeldumlage mit der Begründung, dass die Befreiungsvoraussetzungen des § 359 Abs. 2 S. 2 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) zu ihren Gunsten eingreife. Mit Bescheid vom 11.08.2000 setzte der Beklagte die Insolvenzgeldumlage 1999 auf 2.142,83 DM fest. Adressat des Bescheides war die Klägerin als GbR, nicht ihre

Gesellschafter. Mit weiteren Bescheid vom 11.09.2000 erhob der Beklagte eine Vorauszahlung auf den Umlagebeitrag für 2000 in Höhe von 2.036,00 DM.

Gegen beide Bescheide legte die Klägerin Widerspruch mit der Begründung ein, dass sie zwar ab dem 01.01.1999 als GbR nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 Insolvenzordnung (InsO) konkursfähig sei. Jedoch sei ihre Zahlungsfähigkeit durch gesetzliche Regelungen gesichert. Die Befreiungsvoraussetzungen des § 359 Abs. 2 S. 2 SGB III seien deshalb zumindest analog zu ihren Gunsten heranzuziehen. Ihren Mitarbeitern stände nicht nur ein satzungsmäßiger, sondern auch ein gesetzlicher Anspruch zu, ihre Versorgungsansprüche gegenüber ihren Gesellschaftern geltend zu machen, die nicht einem Insolvenzverfahren unterlägen. Ihre Gesellschafter seien nach § 735 Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) verpflichtet, für die Begleichung der gemeinschaftlichen Schulden einzustehen, unabhängig davon, ob sie insolvenzfähig seien. Bei zwei ihrer Gesellschafter handele es sich um juristische Personen, die nach § 359 Abs. 2 S. 2 erste Alt. SGB III nicht dem Insolvenzverfahren unterlägen. Da zumindest einige ihrer Gesellschafter nicht insolvenzfähig seien, müsse sie von einer Beteiligung an dem Umlageverfahren zum Insolvenzgeld befreit werden.

Am 20.09.2000 wies der Beklagte beide Widersprüche als unbegründet zurück. Nach § 358 Abs. 1 S. 1 SGB III sei sie für die nach § 129 Abs. 3 Sozialgesetzbuch Siebtes Buch (SGB VII) übernommenen Unternehmen ab 01.01.1997 Einzugsstelle für die Mittel zum Insolvenzgeld einschließlich der Beiträge nach §§ 183 ff. SGB III, der Verwaltungskosten und sonstigen Kosten geworden. Nach § 360 Abs. 1 S. 3 SGB III legten die Unfallversicherungsträger den von ihnen aufzubringenden Anteil nach dem Entgelt der Versicherten in den Unternehmen auf ihre Mitglieder um. In der Insolvenzgeldumlage einbezogene Unternehmen seien ohne Ausnahme alle juristischen Personen des Privatrechts (z.B. GmbH, eingetragene Vereine). Ab 01.01.1999 gelte dies nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO auch für eine GbR. Satzungsrechtliche Absicherungen oder Gewährleistungsbestimmungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften als Gesellschafter befreien nicht von der Insolvenzgeldumlageverpflichtung. Vielmehr komme eine Befreiung von der Insolvenzgeldumlage für juristische Personen des öffentlichen Rechts nach § 360 Abs. 1 i.V.m. § 359 Abs. 2 S. 2 SGB III nur in Betracht, wenn der Konkurs durch Rechtsvorschrift ausdrücklich für unzulässig erklärt worden sei oder die Zahlungsfähigkeit entweder durch ein formelles und materielles Gesetz oder aufgrund eines solchen Gesetzes durch Rechtsvorschrift ausgesprochen sei. An die Sicherung der Zahlungsfähigkeit von juristischen Personen des Privatrechts könnten keine geringeren Anforderungen gestellt werden als an die Sicherung der Zahlungsfähigkeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Sowohl für juristische Personen des öffentlichen Rechts als auch für juristische Personen des Privatrechts komme es damit auf den rechtlichen Ausschluss des Konkurses und nicht auf die tatsächliche Insolvenzgefahr an. Für die Klägerin treffe keine der beiden Alternativen des § 359 Abs. 2 S. 2 SGB III zu. Weder gebe es eine Rechtsvorschrift, die den Konkurs der GbR für unzulässig erkläre, noch werde deren Zahlungsfähigkeit kraft eines Bundes- oder Landesgesetzes abgesichert. Insoweit sei auch die Gesellschaftsstruktur der Klägerin, die im Übrigen veränderbar sei, und der Hinweis auf § 735 BGB nicht ausreichend. Eine Einbeziehung in den Regelungsbereich des § 359 Abs. 2 S. 2 SGB III sei daher nicht möglich. Auch eine erweiternde oder analoge Auslegung komme nicht in Betracht.

Mit Vorauszahlungsbescheid vom 01.02.2001 erhob der Beklagte eine Vorauszahlung auf den Umlagebeitrag für 2001. Durch weiteren Bescheid vom 09.04.2001 setzte der Beklagte den Beitrag zur Insolvenzgeldumlage für 2000 fest. Mit weiteren Vorauszahlungsbescheiden vom 05.02.2002, 07.02.2003 und 06.02.2004 erhob der Beklagte Vorauszahlun-



gen über den Beitrag zum Insolvenzgeld für die Jahre 2002, 2000. Mit Veranlagungsbescheid vom 25.03.2003 setzte der Beklagte den Beitrag zur Insolvenzgeldumlage für 2002 auf 1.651,99 Euro fest.

Mit der am 20.10.2000 vor dem Sozialgericht (SG) Duisburg erhobenen Klage hat sich die Klägerin gegen die Heranziehung zur Insolvenzgeldumlage gewandt.

Sie hat vorgetragen, bei ihr handele es sich um eine Ausgleichseinrichtung für kommunale Haftpflichtschaden-Einrichtungen in Deutschland. Die anerkannten Haftpflichtentschädigung sowie ihre Verwaltungskosten würden nach Schluss des Geschäftsjahres auf ihre Gesellschafter umgelegt (§ 4 Abs. 2 Gesellschaftsvertrages). Demnach würden alle ihre Ausgaben von ihren Gesellschaftern in vollem Umfang getragen. Ihre Zahlungsfähigkeit sei aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung ihrer Gesellschafter nach den §§ 718, 735 GdB kraft Gesetzes gesichert. Der Gesetzgeber habe erkennbar insolvenzunfähige Unternehmen von der Umlageverpflichtung ausnehmen wollen. Für ihre Gesellschafter Badischer Gemeindeversicherungsverband und der Versicherungskammer Bayern sei eine Insolvenzfähigkeit nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung i.V.m. § 45 AGGVG Baden-Württemberg bzw. Art. 25 AGGVG Bayern ausgeschlossen. Soweit sich in ihren Gesellschaftern "kommunaler Schadensausgleich in Hannover, Bochum, Kiel und Berlin" Gemeinden und Landkreise zur gemeinsamen Tragung des Haftpflichttrisikos geschlossen hätten, seien die Mitglieder der Gesellschafter ebenfalls nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO i.V.m. den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften vom Insolvenzrisiko ausgenommen. Damit seien auch Zusammenschlüsse der Kommunen nach § 360 Abs. 1 S. 4 SGB III entweder unmittelbar oder analog von der Umlage für das Insolvenzgeld ausgeschlossen. Das Ziel der Regelung des § 359 Abs. 2 SGB III werde verfehlt, wenn ihre insolvenzunfähigen Gesellschafter indirekt zur Leistung der Insolvenzgeldumlage herangezogen würden. Es bestehe daher eine planwidrige Regelungslücke, die durch eine ergänzende Auslegung des § 359 Abs. 2 SGB III erste Alternative SGB III geschlossen werden könne. Dabei sei auch der Schutzbereich des Art. 28 Grundgesetz (GG) über die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zu beachten. Das Haftpflichtrisiko könne eine Kommune angesichts der angespannten öffentlichen Haushalte und der ständig steigenden Forderungen bei Haftpflichtschäden nicht von alleine abdecken. Bei Großschäden bestehe die Gefahr, dass selbst die regionalen Kommunalversicherer mit diesen Risiken überfordert seien. Aus diesem Grunde hätten die Kommunalversicherer sie gegründet, um bei Haftpflichtfällen im Wege der Solidargemeinschaft die Funktionsfähigkeit des einzelnen in Anspruch genommenen Gesellschafters sicherstellen zu können. Um diese Funktionen jederzeit zu gewährleisten sei ihre Zahlungsfähigkeit gesetzlich gesichert.

Der Beklagte hat dargelegt, die Regelung des § 359 SGB III beinhalte ein klares Abgrenzungskriterium. Dies gewährleiste die Regelung des § 359 SGB III beinhalte ein klares Abgrenzungskriterium, nach der Intension des Gesetzgebers, dass der Kreis der Umlagepflichtigen eindeutig bestimmt werden könne und letztendlich auch eine Verwaltungvereinfachung für die Unfallversicherungsträger, die Einzugsstellen für die Mittel zum Insolvenzgeld seien, darstelle. Zudem lasse es sich im Vorhinein nur schwer ermitteln, ob bei einem Arbeitgeber tatsächlich eine Insolvenzgefahr bestehe. Jede andere Regelung würde deshalb zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Aus diesem Grund könne auch die von der Klägerin dargelegte Gesellschaftsstruktur nicht zu einer Befreiung von der Umlagepflicht führen, zumal diese durch den Wechsel der Gesellschafter veränderbar sei. Im Übrigen seien auch Mitglieder der Gesellschafter der Klägerin, nämlich Unternehmen mit einer mindestens 50 %-igen kommunalen Beteiligung, insolvenzfähig.



Durch Urteil vom 23.10.2003 hat das SG Köln die Klage abgewiesen.

Auf die Entscheidungsgründe des Urteils wird Bezug genommen.

Gegen das am 31.1.2003 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 01.12.2003 Berufung eingelegt. Sie verfolgt ihr Begehren weiter.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 23.10.2003 zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 11.08.2000 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 20.09.2000 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend. Ergänzend führt er aus, dass die Klägerin als GbR der Insolvenzgeldumlagepflicht unterliege. Zwar habe das Bundessozialgericht (BSG) in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht der GbR, sondern ausschließlich ihren Gesellschaftern, die nach dem Gesellschaftsvertrag als vertretungsbefugte Gesellschafter unmittelbar Rechte und Pflichten begründen können, eine Unternehmereigenschaft zuerkannt. Zur Begründung sei angeführt worden, dass die GbR als Personengesellschaft kein Rechtssubjekt sei und keine eigene Rechtsfähigkeit besitze. Diese Rechtsauffassung lasse sich nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) zur funktionalen Teilrechtsfähigkeit der GbR nicht mehr aufrechterhalten. Danach könne GdR als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter im Rechtsverkehr grundsätzlich, d.h. soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegen stehen, jede Rechtsposition einnehmen. Soweit eine GbR sie in diesem Rahmen eigene Rechte und Pflichten begründe, sei sie - ohne juristische Person zu sein - rechtsfähig. Insoweit sei die GbR auch Unternehmerin. Nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO könne eine GbR Insolvenzschnuldnerin sein. Die Aufwendungen für das Insolvenzgeld erbrächten die Unfallversicherungsträger durch eine Umlage der Unternehmer in ihrem Zuständigkeitsbereich auf. Wenn nun der Bundesgerichtshof mit dem Hinweis auf die vom Gesetzgeber anerkannte Insolvenzfähigkeit eine Rechtssubjektivität der GbR annehme, sei es nur konsequent, dass eine GbR auch bei der Insolvenzgeldumlage einbezogen werde. Insoweit handele es sich um eine Gesellschaftsverbindlichkeit. Schließlich dienten die Regelungen zum Insolvenzgeld der Sicherung des Arbeitseinkommens der Arbeitnehmer einer GbR im Falle einer Insolvenz. Es könne daher auch nicht der Intention des Gesetzgebers entsprechen, dass auf der einen Seite Insolvenzgeldansprüche seitens der Arbeitnehmer einer GbR beständen, auf der anderen Seite eine GbR zur Finanzierung der Aufwendungen zum Insolvenzgeld nicht herangezogen werden könne.

Der Beklagte hat sich in der mündlichen Verhandlung des Senats bereit erklärt, für den Fall, dass durch rechtskräftige Entscheidung der angefochtene Veranlagungsbescheid vom 11.08.2000 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 20.09.2000 aufgehoben wird, die Veranlagungsbescheide für die nachfolgenden Jahre sowie die durch Veranlagungsbescheide noch nicht ersetzten Vorauszahlungsbescheide aufzuheben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und Verwaltungsakte der Beklagte Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.



Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen.

Die Klage ist zulässig. Die Klägerin ist als GbR nach § 70 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) beteiligtenfähig (BSG, Beschluss vom 24.06.1987, 12 BK 6/87; Urteil vom 04.03.2004, B 3 KR 12/03 R)

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Denn der Veranlagungsbescheid vom 11.08.2000 in der Fassung des Widerspruchsbescheides von 20.9.2000 ist formell und materiell rechtmäßig.

Nach § 358 Abs. 1 Satz SGB III in der ab dem 01.01.1999 geltenden Fassung erstatten die Unfallversicherungsträger der Bundesanstalt die Aufwendungen für das Insolvenzgeld. Erstattungspflichtige Unfallversicherungsträger sind die Berufsgenossenschaften, die Eisenbahn-Unfallkasse, die Unfallkasse Post und Telekom sowie für die nach § 125 Abs. 3, § 128 Abs. 4 und § 129 Abs. 3 des Siebten Buches übernommenen Unternehmen die für diese Unternehmen zuständigen Unfallversicherungsträger (§ 358 Abs. 1 S. 2). Die erstattungspflichtigen Unfallversicherungsträger bringen nach § 359 Abs. 1 SGB III in der ab dem 01.01.1999 geltenden Fassung die Mittel für die Erstattung der Aufwendungen für das Insolvenzgeld durch eine Umlage der Unternehmer in ihrem Zuständigkeitsbereich auf.

Die Beklagte ist für die Erhebung der Insolvenzgeldumlage von der Klägerin zuständig. In Bezug auf das Unternehmen der Klägerin ist die Beklagte erstattungspflichtiger Unfallversicherungsträger i.S.v. § 358 Abs. 1 Satz 2 SGB III. Zwar ist die Beklagte nach dem Wortlaut des § 358, 359 SGB III für das Unternehmen der Klägerin nicht erstattungspflichtig und damit nicht berechtigt, die Aufwendungen nach § 360 SGB III umzulegen. Denn die Beklagte ist als Unfallversicherungsträger im kommunalen Bereich nach §§ 114 Abs. 1 Nr. 7, 117 SGB VII nach dem Wortlaut nur für die nach § 129 Abs. 3 SGB VII übernommenen Unternehmen erstattungspflichtig. Bei der Klägerin handelt es sich um kein nach § 129 Abs. 3 SGB VII übernommenes Unternehmen, da weder eine Übernahmeerklärung eines Landes vorliegt, noch die materiellen Voraussetzungen für eine Übernahme der Klägerin nach § 129 Abs. 3 SGB VII gegeben sind. An der Klägerin ist weder ein Land, eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband unmittelbar beteiligt (vgl. zum Erforderniss der unmittelbaren Beteiligung bei übernommenen Unternehmen: SG Münster, Urteil vom 23.04.2003, S 13 U 276/00; SG Hamburg, Urteil vom 19.05.2002, S 36 U 604/99; Breiter/Hahn/Mertens gesetzliche Unfallversicherung, § 129 Rz. 9, § 125 Rz. 11 ff.).

Die Beklagte ist auch nicht aufgrund anderer materieller Zuständigkeitsregelungen als Unfallversicherungsträger für die Klägerin zuständig, vielmehr ist die Klägerin nach den Grundsätzen der Katasterstetigkeit und -klarheit formal Mitglied der Beklagten.

Die Klägerin ist kein Unternehmen oder Person, die von dem Zuständigkeitskatalog des § 129 Abs. 1 und Abs. 2 SGB VII, der die Zuständigkeit der Beklagten regelt, erfasst wird. Insbesondere ist die Klägerin kein eigenes Unternehmen einer Gemeinde oder Gemeindeverbandes i.S.v. § 129 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII. Vielmehr sind Gemeinde und Gemeindeverbände nur an ihren Gesellschaftern beteiligt. Damit ist für die Klägerin nach § 121 Abs. 1 SGB VII eine gewerbliche Berufsgenossenschaft materiell zuständig, da auch die Ausnahmevorschriften des § 123 SGB VII (landwirtschaftliche Berufsgenossenschaft), § 125



(Unfallkasse des Bundes), § 126 Eisenbahn-Unfallkasse, § 127 (Unfallkasse Post und Telekom), § 128 (Unfallversicherungsträger des Landes) nicht eingreifen. Durch die Aufnahme in das Unternehmerverzeichnis im Mai 1985 und Zahlung der Beiträge ist die Klägerin aber Mitglied der Beklagten geworden und damit bei der Beklagten formalversichert (siehe Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 136 Rdnr. 5. 2 m.w.N.). Aufgrund des bestehenden Formalversicherungsverhältnisses ist die Beklagte berechtigt und verpflichtet, Beiträge von der Klägerin zu erheben und Leistungen nach dem SGB VII an die bei der Klägerin beschäftigten versicherten zu erbringen.

Die Formalversicherung ist bei Erlass des Veranlagungsbescheides oder zu einem späteren Zeitpunkt durch Überweisung der Klägerin an einen anderen Unfallversicherungsträger nach § 136 Abs. 1 SGB VII auch nicht beendet worden. Die Vorschriften der §§ 358 Abs. 1 S. 2, § 359, 360 SGB VII über die Erstattungspflicht der Beklagten für Unternehmen nach § 129 Abs. 3 SGB VII sind dahingehend erweiternd auszulegen, dass die Beklagte auch für Unternehmen, die bei ihr formalversichert sind, aber in den Zuständigkeitsbereich einer gewerblichen Berufsgenossenschaft fallen, der Bundesanstalt für Arbeit erstattungspflichtig und damit berechtigt ist, die Insolvenzgeldumlage auf ein bei ihr formalversichertes Unternehmen umzulegen. Denn eine materiell zu Unrecht angenommene Zuständigkeit der Beklagten kann nicht dazu führen, dass ein Unternehmen, die bei ordnungsgemäßer Zuordnung zu einer gewerblichen Berufsgenossenschaft nach § 359 Abs. 1 SGB VII umlagepflichtig wäre, wegen einer fehlerhaften Zuordnung zu einem Unfallversicherungsträger im kommunalen Bereich von der Umlagepflicht befreit ist. Dies widerspricht der Systematik der Finanzierung der Insolvenzgeldversicherung, wonach die Aufwendungen für das Insolvenzgeld von der Bundesagentur für Arbeit vorgelegt werden und endgültig allein im Wege des Umlageverfahrens von den Arbeitgebern aufzubringen ist. Nur aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung wird das Umlageverfahren der Unfallversicherung angewendet.

Die Beklagte hat zu Recht den Veranlagungsbescheid an die Klägerin bekanntgegeben. Adressat des Veranlagungsbescheides und des Widerspruchsbescheides ist die Klägerin als GbR, nicht die persönlich haftenden Gesellschafter als Gesamthandsgemeinschaft oder einzelne Gesellschafter. Nach § 37 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) ist ein Verwaltungsakt demjenigen Beteiligten bekanntzugeben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. Umlagepflichtig ist nach § 359 Abs. 1 SGB III der Unternehmer. Der Unternehmensbegriff des § 359 SGB III ist inhaltlich identisch mit dem in § 136 Abs. 3 SGB VII verwandten Begriff, da die Vorschriften über das Umlageverfahren für das Insolvenzgeld an die Bestimmungen über die Erhebung von Beiträgen zur gesetzlichen Unfallversicherung anknüpfen (vgl. BSG, Urteil vom 21.09.2000, B 11 AL 95/99 R zum Konkursausfallgeld). Unternehmer ist nach § 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII derjenige, dem das wirtschaftliche Ergebnis des Unternehmens, der Wert der im und mit dem Unternehmen verrichteten Arbeit unmittelbar zum Vorteil oder Nachteil gereicht, mithin derjenige, der das Geschäftswagnis, das Unternehmerrisiko trägt. Das Unternehmerrisiko trägt derjenige, dem einerseits unmittelbar das wirtschaftliche Ergebnis der im Unternehmen geleisteten Arbeit zukommt und der andererseits die Folgen von Betriebsstörungen, der Zahlungsunfähigkeit von Kunden, des Kapitalverlustes oder ähnliches zu tragen hat. Unternehmer ist nicht derjenige, der schließlich das Ergebnis der Arbeit nutzt wie etwa ein Geldgeber. Es muss eine unmittelbare Beteiligung an den wirtschaftlichen Erträgen des Unternehmens, eine weitgehende Einwirkung auf die Führung des Unternehmens oder wenigstens ein maßgebender Einfluss auf die kaufmännische Leitung des Unternehmens vorhanden sein (BSG, Urteil vom 31.07.1962, 2 RU 110/58, BSGE 17, 19; Urteil vom 29.03.1961, 2 RU 204/57, BSGE 14, 140; Urteil vom 26.01.1978, 2 RU 90/77, BSGE 45). Dies trifft auf

die Klägerin zu. Denn sie ist berechtigt, im Rahmen ihrer funktionalen Zuständigkeit eigene Rechte und Pflichten zu begründen. Sie ist damit als (Außen)GbR Unternehmerin i.S.v. § 136 Abs. 3 Nr. 1 SGB VII und damit Adressatin eines Veranlagungsbescheides nach § 359 SGB III.

Der Senat weicht insoweit von der Auffassung des BSG ab, das in ständiger Rechtsprechung die Unternehmereigenschaft einer GbR im gesetzlichen Unfallversicherungsrecht verneint (BSG, Urteil vom 7.11.2000, B 2 U 42/99; Urteil vom 12.11.1986, 9b RU 8/84, SozR 2200 § 723 Nr.8; BGH, Urteil vom 4.10.1988, VI ZR 7/88, VersR 1988, 1276 zur Unternehmereigenschaft beim Haftungsausschluss nach § 636 RVO). Für die Frage der Unternehmereigenschaft stellt das BSG auch aus Gründen der Rechtsicherheit und -klarheit entscheidend auf die Rechtsform des Unternehmens ab. Bei Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit - juristischen Personen - ist Unternehmer nur die Gesellschaft, nicht ihr gesetzlicher Vertreter oder sonstige im Unternehmen maßgeblich tätige Personen (BSG, Urteil vom 26.01.1978, 2 RU 90/77, BSGE 45,279; Urteil vom 28.2.1986, 2 RU 21/85). Dies gilt auch für sog. "echten" Vorgesellschaften als Durchgangsstadium auf dem Weg zur Entstehung einer Akteingesellschaft oder einer GmbH. (BSG, Urteil vom 28.02.1986, 2 RU 21/85 m.w.N. zur Haftung der Gesellschafter bei einer Vor-GmbH). Das BSG hat zwar die Vorgesellschaften als Unternehmer ohne eigene Rechtspersönlichkeit charakterisiert, aber in Hinblick darauf dass eine "echte" Vorgesellschaft bereits eine gesellschaftsrechtliche Organisation darstellt, die sich am Rechtsverkehr beteiligen kann, die Unternehmereigenschaft der "echten" Vorgesellschaft bejaht sowie die Unternehmereigenschaft der Gesellschafter verneint. Demgegenüber hat das BSG die Unternehmereigenschaft von Personengesellschaften, auch von handelsrechtlichen Personengesellschaften - OHG und KG -, grundsätzlich in Hinblick auf ihre fehlende Rechtspersönlichkeit und -fähigkeit abgelehnt, sondern diejenigen Gesellschafter als Unternehmer qualifiziert, die nach dem Gesellschaftsvertrag als vertretungsbefugte Gesellschafter unmittelbar Rechte und Pflichten begründen können (BSG, Urteil vom 27.7.1972, 2 RU 122/70, SozR Nr. 33 zu §539 RVO ; Urteil vom 15.12.1981, 2 RU 27/80; Urteil vom 27.06.1974, 2 RU 23/73; Urteil vom 7.11.2000, B 2 U 42/99; Urteil vom 12.11.1986, 9b RU 8/84, SozR 2200 § 723 Nr.8).

In der unfallversicherungsrechtlichen Literatur wird die Unternehmereigenschaft von Personengesellschaften differenziert beurteilt. Wird ein Unternehmen durch eine handelsrechtliche Personengesellschaft (OHG oder KG) betrieben, wird die Personengesellschaft von einem Teil der Literatur als Unternehmerin und damit als Beitragspflichtige i.S.v. § 150 SGB VII angesehen, da sie unmittelbar Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann (§§ 124 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB) und über ein eigenes Gesellschaftsvermögen verfügt. Zusätzlich sind die Gesellschafter, die zumindest persönlich voll haften, ebenfalls Unternehmer und neben der Gesellschaft gesamtschuldnerisch als Mitunternehmer beitragspflichtig (Platz in Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrecht Band 2, § 59 Rdnr.30; Freischmidt in Hauck/Nofts, SGB VII § 150 Rdnr. 13; Ricke in Kasseler Kommentar, Stand September 2003, § 136 Rdnr. 30, Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 136 Rdnr. 8. 2). Diese Grundsätze werden teilweise auf die GbR übertragen, so dass eine GbR neben ihren Gesellschaftern als Unternehmerin gewertet wird, wenn sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet (Bereiter-Hahn/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung, § 136 Rdnr.8.2), teilweise wird nur die Unternehmereigenschaft der Gesellschafter einer GbR bejaht (Ricke in Kasseler Kommentar, Stand September 2003, § 136 Rdnr. 30). Andererseits wird auch die Auffassung ver-



treten, dass bei Personengesellschaften nur die persönlich haftenden Gesellschafter, nicht die Gesellschaft Unternehmer sind (Wannagat, SGB VII, § 136 Rdnr. 20).

Soweit die Unternehmereigenschaft der GbR bejaht wird, nimmt die Literatur auf die neuere Rechtsprechung des BGH zur "funktionalen" Teilrechtsfähigkeit der GbR Bezug, in der sich die gewandelte Auffassung über die hinreichend verselbständigte Rechtspersönlichkeit einer GbR im Rechtsverkehr niederschlägt. Nach der Rechtsprechung des BGH über die "funktionale" Teilrechtsfähigkeit einer GbR kann eine (Außen)GbR als Gesamthandgemeinschaft ihrer Gesellschafter im Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen, eigene Rechte und Pflichten begründen, soweit nicht spezielle Gesichtspunkte, d.h. besondere Rechtsvorschriften und die Eigenart des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses zur Einnahme bestimmter Rechtspositionen entgegenstehen (BGH, Urteil vom 18.02.2002, II ZR 331/00, NJW 2002, 1207). Soweit die GbR durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, ist sie nach Auffassung des BGH, ohne juristische Person zu sein, rechts- und parteifähig im Zivilprozess. Ihre Stellung als Vertragspartner wird durch einen Gesellschafterwechsel wie bei den handelsrechtlichen Personengesellschaften nicht berührt. Sie verfügt über ein von dem Privatvermögen der Gesellschafter abgesondertes Gesellschaftsvermögen und ist insolvenzfähig nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Wegen der beschränkten Rechtsfähigkeit haften die Gesellschafter akzessorisch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten, und zwar sowohl für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten wie auch für gesetzliche Verbindlichkeiten (BGH, Urteil vom 24.02.2003, II ZR 385/99, MDR 2003, 639). Insoweit entspricht das Verhältnis zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterhaftung damit der Rechtslage in den Fällen der akzessorischen Gesellschafterhaftung nach § 128 f HGB bei der OHG (BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 56/02, BGHZ 146, 341; Urteil vom 7.04.2003, II ZR 56/02, BGHZ 154, 370). Die persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten ist nicht identisch mit der Haftung der Gesellschaft und kann nicht aus der Rechtsnatur der Gesellschaft und ihrer Einordnung als Gesamthand abgeleitet werden. In der Zivilrechtsprechung wird die Grundbuchfähigkeit (Registerpublizität), die Fähigkeit Mitglied einer OHG oder KG zu werden, sowie die Erbfähigkeit einer GbR verneint.

Dies sind nach Auffassung des Senats keine Gesichtspunkte, die der Annahme einer Unternehmereigenschaft im gesetzlichen Unfallversicherungsrecht entgegenstehen. Die Tatsache, dass die GbR auch nach der Rechtsprechung des BGH nur teilrechtsfähig ist, spricht nicht zwingend gegen eine Bejahung der Unternehmereigenschaft im gesetzlichen Unfallversicherungsrecht. Im Beitragsrecht zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung wird von der Unternehmereigenschaft der GbR ausgegangen. Die GbR stellt im Künstlersozialversicherungsrecht ein abgabepflichtiges Unternehmen dar, wobei jeder Gesellschafter als Gesamtschuldner für die Abführung der Beiträge haftet. Die fehlende Rechtsfähigkeit eines Personenzusammenschlusses schließt die Unternehmereigenschaft nicht aus, sondern der Begriff des Unternehmens bezeichnet eine planmäßige, für eine gewisse Dauer bestimmte Vielzahl von Tätigkeiten, die auf einen einheitlichen Zweck gerichtet ist und mit einer gewissen Regelmäßigkeit ausgeübt wird (Hessisches Landessozialgericht, Urteil vom 29.8.1996, L 14 Kr 155/95 m.w.N; BSG, Urteil vom 4.3.2004, B 3 KR 12/03 R). Dieser Unternehmensbegriff steht nicht im Widerspruch zum Begriff des Unternehmens in der gesetzlichen Unfallversicherung. Des weiteren hat das BSG in der gesetzlichen Unfallversicherung das Fehlen einer Rechtspersönlichkeit nicht als zwingenden Ausschlussgrund für die Annahme einer Unternehmereigenschaft gewertet (Urteil vom 28.08.1986 - 2 RU 21/85 -). Denn bei den Vorgesellschaften, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, hat es die Unternehmereigenschaft bejaht. Die durch Ab-

schluss des Gesellschaftsvertrages errichtete, aber noch nicht eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Vor-GmbH, Vorgesellschaft) untersteht einem Sonderrecht, das den gesetzlichen und vertraglichen Gründungsvorschriften und dem Recht der eingetragenen GmbH entspricht, soweit nicht die Eintragungen im Handelsregister unverzichtbar ist. Die "echte" Vorgesellschaft kann Trägerin von Rechten und Pflichten sein, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen; sie verfügt über die Arbeitgeberfähigkeit. Die Gläubiger der Vorgesellschaft können die Gesellschafter grundsätzlich nicht unmittelbar persönlich wegen der Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Anspruch nehmen, sondern müssen sich an die Vorgesellschaft halten (LSG, Berlin Urteil vom 20.08.2003, L 9 KR 593/01). Die Gesellschafter haften für alle Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft grundsätzlich entsprechend ihrer Beteiligung am Gesellschaftsvermögen. Es handelt sich insoweit um eine Innenhaftung gegenüber der Vorgesellschaft selbst, nicht jedoch um eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (BSG, Urteil vom 08.12.1999, B 12 KR 10/98 R, SozR 3-2400 § 28e Nr. 1 m.w.N.). Insoweit entspricht die Haftung der Gesellschafter einer Vorgesellschaft im wesentlichen der Haftung der Gesellschafter einer GbR. In beiden Fällen handelt es sich um eine akzessorische Innenhaftung. Die Vorgesellschaft wie die (Außen)GBR verfügen über ein eigenes, vom Privatvermögen der Gesellschafter abgeordnetes Gesellschaftsvermögen, die Gesellschafter haften nicht unmittelbar den Gläubigern, sondern nur im Wege der Innenhaftung. Die akzessorische Innenhaftung der Gesellschafter spricht dafür, dass die Gesellschafter einer GbR nicht unmittelbar an den wirtschaftlichen Erträgen der GbR beteiligt sind. Diese fließen vielmehr zunächst dem Gesellschaftsvermögen zu, das von dem Privatvermögen der Gesellschafter abgeordnet ist. Ebenso sind die Gesellschafter nicht unmittelbar an den Folgen von Betriebsstörungen, Zahlungsunfähigkeit von Dritten oder Kapitalverlust beteiligt. Dies wird insbesondere durch die Einführung der Insolvenzfähigkeit des Gesellschaftsvermögens der GbR mit Wirkung zum 01.02.1998 in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO deutlich. Die Gläubiger einer GbR können sich nicht mehr unmittelbar an die Gesellschafter wenden, Haftungsgegenstand ist zunächst das Gesellschaftsvermögen. Der Wert oder Unwert der in einer GbR und mit der GbR verrichteten Arbeit gereicht nicht mehr unmittelbar zum Vorteil oder Nachteil der Gesellschafter, sondern nur noch mittelbar.

Die fehlende Registerpublizität steht der Annahme der Unternehmereigenschaft nicht entgegen. Eine (Außen)GbR, die am Rechtsverkehr teilnimmt, ist nach Auffassung des BGH auch ohne Eintragung in ein öffentliches Register bestimmbar und identifizierbar. (BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146,341). Die Gründe der Rechtsicherheit und Klarheit sprechen nach Auffassung des BGH nicht gegen die Annahme einer Teilrechtsfähigkeit der GbR. Der Bestand einer (Außen)GbR wird durch den Wechsel der Gesellschafter nicht berührt. Eine GbR wird für den Unfallversicherungsträger insbesondere durch die Aufnahme in das Unternehmerverzeichnis identifizierbar. Die fehlende Registerpublizität ist schon nach der bisherigen Rechtsprechung des BSG für die Beurteilung der Unternehmereigenschaft nicht entscheidend gewesen. Auch bei einer Vorgesellschaft, deren Unternehmereigenschaft bejaht wird, ist die Registerpublizität nicht gegeben. Demgegenüber hat das BSG die Unternehmereigenschaft von handelsrechtlichen Personengesellschaften trotz Eintragung in das Handelsregister, also Registerpublizität, verneint. Die fehlende Publizität der Einflussmacht der Gesellschafter in der GbR spricht auch nicht gegen die Unternehmereigenschaft. Wie bei einer Vorgesellschaft lässt sich bei einer GbR nur durch Einsichtnahme in den Gesellschaftsvertrag feststellen, wer die Geschäfte der Gesellschaft führt und wer den Einfluss in der Gesellschaft ausübt. Dabei ist gesetzlich nicht zwingend vorgeschrieben, dass sich mindestens ein Gesellschafter eine weitgehende Einwirkung auf die Führung des Unternehmens vorbehält oder wenigstens einen maßge-

bender Einfluss auf die kaufmännische Leitung des Unternehmens hat. Diese Aufgaben können auf einen Dritten delegiert werden. Auch bei einer Vorgesellschaft kann nur rückblickend festgestellt werden, ob es sich um eine sog. "echte" Vorgesellschaft, die sich zu einer juristischen Person weiterentwickelt hat, handelt, oder um sog. "unechte" Vorgesellschaft (BSG, Urteil vom 8.12.1999, B 12 KR 10/98 R, SozR 3-2400 28e Nr.1). Deshalb stellt der Gesichtspunkt, dass es sich bei einer Vorgesellschaft bei ordnungsgemäßer Entwicklung um einen vorübergehenden Zustand zwischen Gesellschaftsgründung und Eintragung in das Handelsregister, also um ein Durchgangsstadium zu einer juristischen Person handelt, kein sachgerechtes Kriterium dar, um die Unternehmereigenschaft von Vorgesellschaften und Personengesellschaften unterschiedlich zu beurteilen.

Andere spezielle Gesichtspunkte, die gegen die Annahme der Unternehmereigenschaft der Klägerin sprechen können, sind dem Senat nicht ersichtlich. Die GbR ist im Gerichts- und Verwaltungsverfahren nach § 70 Nr. 2 SGG und § 10 Nr. 2 SGB X beteiligtenfähig, unabhängig davon, ob sie rechtsfähig ist (von Wulfen in Schroeder-Printzen, SGB X, 3 Aufl. § 10 Rdnr. 4). Auch aus der Diskussion um die Arbeitgeberfähigkeit einer GbR lassen sich keine Gesichtspunkte ableiten, die zwingend gegen die Annahme der Unternehmereigenschaft sprechen. Ob im Falle eines Arbeitsverhältnisses, an dem auf Arbeitgeberseite eine GbR beteiligt ist, die GbR als Arbeitgeberin anzusehen ist, oder die Arbeitgeberstellung den Gesellschaftern gemeinschaftlich zukommt, wird in der Rechtsprechung differenziert beurteilt. Im Arbeitsrecht ist die GbR nach der Rechtsprechung des BAG kein selbständiger Arbeitgeber, vielmehr sind die Gesellschafter der GbR in gesamthänderischer Verbundenheit jeder für sich Arbeitgeber, weil die GbR als nicht rechtsfähige Personenvereinigung nicht Vertragspartner eines Arbeitsvertrages sein kann (BAG, Urteil vom 6.7.1989, 6 AZR 771/87, BAGE 62,246; Urteil vom 16.10.1974, 4 AZR 29/74, BAGE 26,320). In Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des BGH wird in der arbeitsrechtlichen Literatur diskutiert, ob die GbR als funktional teilrechtsfähige Personengesellschaft über die Arbeitgeberfähigkeit verfügt, da keine Besonderheiten des Arbeitsrechts der Fähigkeit zum Abschluss von Arbeitsverträgen entgegenstünden. Es könne hinsichtlich der Annahme der Arbeitgeberfähigkeit nicht zwischen einer OHG, bei der die Arbeitgeberfähigkeit bejaht werde, und der GbR differenziert werden (Lessner/Klebeck, Zur Arbeitgeberfähigkeit der GbR, ZIP 2002, 1385; Diller, Der Arbeitnehmer der GbR!?, NZA 2003, 401). In der neueren arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung wird teilweise die Arbeitgeberfähigkeit der GbR bejaht (ArbG Verden, Urteil vom 7.5.2003, 1 CA 859/02, NZA 2003, 918), teilweise offengelassen (ArbG Hamburg, Urteil vom 14.1.2003, 18 CA 81/03). Auch wenn von einer fehlenden Arbeitgeberfähigkeit der GbR im arbeitsrechtlichen Sinne ausgegangen wird, schließt dies nicht die Bejahung der Unternehmereigenschaft im gesetzlichen Unfallversicherungsrecht nicht aus. Der Begriff des Arbeitgebers im arbeitsrechtlichen Sinn ist mit dem des Unternehmers nicht zwangsläufig, aber idR identisch, wenn Arbeitnehmer in dem Unternehmen beschäftigt sind. Abweichungen sind in besonderen tatsächlichen Ausnahmeverhältnissen möglich (BSG, Urteil vom 30.08.1962, 2 RU 133/59, BSGE 17,273; Ricke in Kasseler Kommentar, § 136 Rdnr. 31). Jedoch hat das BSG trotz der Arbeitgeberfähigkeit von OHG und KG im arbeitsrechtlichen Sinn die Unternehmereigenschaft von handelsrechtlichen Personengesellschaften verneint, mithin stellt die Arbeitgeberfähigkeit im arbeitsrechtlichen Sinn für die Beurteilung der Unternehmereigenschaft nur ein Indiz dar.

Die sozialgerichtliche Rechtsprechung zur Arbeitgeberfähigkeit von Personengesellschaften spricht ebenfalls nicht gegen die Annahme der Unternehmereigenschaft einer GbR. Unter einem Arbeitgeber im Sinne der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversiche-

zung wird derjenige verstanden, dem die Verfügungsbefugnis über die Arbeitskraft eines oder mehrere Arbeitnehmer zusteht (BSG, Beschluss vom 30.07.1993, 7 RAR 86/92, SozR 3-1930 § 116 Nr. 5 m.w.N.). Dabei wird die Arbeitgeberfähigkeit von handelsrechtlichen Personengesellschaften - OHG und KG - wie auch der GbR wird in der sozialrechtlichen Rechtsprechung bejaht. Dabei wird teilweise bei der GbR angenommen, dass bei der GbR die einzelnen Gesellschafter als Gesamthandgemeinschaft der Arbeitgeber sind, (BSG, Urteil vom 29.03.1962, 3 RK 38/578, SozR Nr. 1 zu RVO § 308; BSG, Urteil vom 26.05.1966, 2 RU 178/64, BSGE 25, 51). Dies entspricht der Konzeption des BAG. Teilweise wird die GbR als Arbeitgeberin bezeichnet, ohne auf die Gesellschafter als Gesamthandgemeinschaft abzustellen (BSG, Urteil vom 11.05.1976, 7 RAR 120/74, SozR 4100 §4 Nr.2; Hessisches LSG, Urteil vom 29.08.1996, L 14 Kr 155/95; Thüringer LSG, Urteil vom 18.04.2002, L 3 AL 692/00; Hessisches LSG, Beschluss vom 21.06.2000, L 14 P 74/00 ER; LSG NRW, Urteil vom 6.05.2002, L 12 AL 141/01; LSG Niedersachsen, Beschluss vom 26.06.2000, L 1 ERA 224/99). Insbesondere in Hinblick auf die Insolvenzfähigkeit der GbR nach der InsO bzw. die Gesamtvollstreckungsfähigkeit der GbR nach der im Beitrittsgebiet geltenden Gesamtvollstreckungsordnung wird die Arbeitgeberfähigkeit einer GbR nach § 141b AFG zumindest im Beitrittsgebiet, unabhängig vom Wandel der zivilrechtlichen Rspr. angenommen (Thüringer Landesozialgericht, Urteil vom 18.04.2002, L 3 AL 692/00).

Der steuerrechtliche Arbeitgeberbegriff entspricht dem sozialrechtlichen Arbeitgeberbegriff inhaltlich. Gleichfalls kann die GbR nach Auffassung des BFH steuerrechtlich Arbeitgeberin sein. Arbeitgeber im steuerrechtlichen Sinne ist derjenige, dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung schuldet, unter dessen Leitung er tätig wird oder dessen Weisungen er zu folgen hat. Der steuerrechtliche Begriff des Arbeitnehmers knüpft nicht an den zivilrechtlichen Dienstvertrag, sondern an die tatsächlichen Merkmale der Weisungsgebundenheit und der organisatorischen Eingliederung an. Der Begriff des Arbeitgebers hat einen für das Steuerrecht eigenständigen Inhalt. Entscheidend ist, dass bei einer Personenvereinigung ohne eigene Rechtspersönlichkeit wie der GbR in deren betrieblichen Organismus tatsächlich natürliche Personen als Arbeitnehmer eingliedert ist. Diese schulde ihre Arbeitskraft der GbR und nicht den einzelnen Gesellschaftern, sie werden von der Gesellschaft und nicht von einem der Gesellschafter entlohnt. Dabei ist auch zu berücksichtigen dass die GbR steuerrechtlich grundsätzlich als Steuersubjekt behandelt wird, mithin auch hinsichtlich der Lohnsteuer Steuerschuldner ist (BFH, Urteil vom 17.02.1995, VI R 41/92, BFHE 177, 105).

Schließlich hat der Senat bei der Bejahung der Unternehmereigenschaft der Klägerin mitberücksichtigt, dass nach seinen Kenntnissen aus anderen Beitragsverfahren in der Verwaltungspraxis die Unfallversicherungsträger Personengesellschaften, einschließlich der GbR, als Unternehmer betrachten und zur Beitragsleistung heranziehen und damit die Unfallversicherungsträger faktisch die Rechtsprechung des BGH zur funktionalen Teilrechtsfähigkeit der GbR im Rahmen des SGB VII umsetzen.

Die Klägerin ist verpflichtet, die Insolvenzgeldumlage zu leisten. Sie gehört nicht zu den nach § 359 Abs. 2 S. 2 SGB III von der Zahlung der Insolvenzgeldumlage befreiten Unternehmen. Danach werden die Entgeltsummen des Bundes, der Länder, der Gemeinden sowie der Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren nicht zulässig ist, und solcher juristischer Personen des öffentlichen Rechts, bei denen der Bund, ein Land oder eine Gemeinde kraft Gesetzes die Zahlungsfähigkeit sichert, nicht berücksichtigt. Bei der Klägerin handelt es sich um keine



Person des öffentliche Rechts nach § 12 InsO, sondern um eine Gesellschaft des Privatrechts. Mithin ist die Klägerin kein umlagefreies Unternehmen i.S.v. § 359 Abs. 2 S. 2 SGB III.

Entgegen der Auffassung der Klägerin besteht keine Regelungslücke, die zu ihren Gunsten zu schließen ist. Denn die Klägerin ist weder insolvenzunfähig noch ist ihre Zahlungsfähigkeit durch Gesetz gesichert. Die Klägerin ist als GbR nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO in der ab 01.08.1998 geltenden Fassung des Art. 2a des Gesetzes vom 22.07.1998 (BGBl. I S. 1878) insolvenzfähig. Für den Ausschluss von der Umlagepflicht nach § 359 Abs. 2 S. 2 SGB III ist die rechtliche Unzulässigkeit der Insolvenz entscheidend, die tatsächliche Unmöglichkeit der Insolvenzes eines Unternehmen ist unerheblich (siehe zum Konkursausfallgeld: BVerfG, Beschluss vom 13.12.1983, 2 BvL 13-15/82, SozR 4100 § 186c Nr. 6; BSG Urteil vom 27.09.1994, 10 Rar 10/90; Urteil vom 21.09.2000, B 11 AL 95/99 R, SozR 3-4100 § 186c Nr. 3 m.w.N.; BVerwG, Urteil vom 10.12.1981, 3 C 1.81, BVerwGE 64, 248; BT-Drucks. 7/2260 S. 3). Die faktische Insolvenzunfähigkeit ist mit der rechtlichen Insolvenzunfähigkeit nicht gleichgestellt. Daher ist unerheblich, dass die Insolvenzfähigkeit einiger Gesellschafter der Klägerin durch Landesgesetz ausgeschlossen ist und aufgrund der persönlichen Haftung der Gesellschafter die Arbeitsentgeltansprüche der Arbeitnehmer der Klägerin im Falle eines Insolvenz faktisch gesichert sind. Die Insolvenzunfähigkeit einiger Gesellschafter hat keine Auswirkungen auf die Insolvenzfähigkeit der Klägerin nach § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO. Des weiteren ist die Zahlungsfähigkeit der Klägerin auch nicht durch ein Gesetz im formell oder materiellen Sinn nach § 359 Abs. 2 S. 2 SGB III gesichert. Es genügt nicht, dass die Zahlungsfähigkeit faktisch durch andere Absicherungen, wie z.B. durch die staatliche Rechtsaufsicht im Bereich der mittleren Staatsverwaltung, eine staatliche Gewährträgerhaftung in einer Satzung oder durch gewohnheitsrechtliche Grundsätze (BVerwG, Urteil vom 10.12.1981, 3 C 1.81, BVerwGE 64, 248; BSG, Urteil vom 27.09.1994, 10 RAr 10/90), gesichert ist.

Die Vorschriften über die Insolvenzgeldumlage nach § 358 ff SGB III sind mit der Verfassung vereinbar. Sie verstoßen insbesondere nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Abgrenzung der umlagepflichtigen Unternehmen beruht auf sachlichen Erwägungen, als auch solche Unternehmen von der Umlagepflicht erfasst sein können, die praktisch einem Insolvenzrisiko nicht ausgesetzt, aber nicht kraft Gesetzes von der Insolvenzfähigkeit ausgenommen sind. Dies gilt auch für solche Unternehmen, bei denen die Entgelte der Arbeitnehmer vor dem Ausfall bei Zahlungsunfähigkeit anderweitig gesichert sind. Die Übernahme des Finanzierungssystems der Unfallversicherung dient einer klaren und praktikablen Abgrenzung der umlagepflichtigen Unternehmen und gewährleistet durch das Solidaritätsprinzip ein leistungsfähiges System der Sicherung gegen Lohnausfälle von Arbeitnehmern beim Konkurs des Arbeitgebers. Die Abgrenzung beruht mithin auf sachlichen Erwägungen und ist nicht willkürlich (zum Konkursausfallgeld vgl. BVerfG, Beschluss vom 05.10.1993, 1 BvL 34/81, SozR 3-4100, § 186c Nr. 1; BSG, Urteil vom 6.01.1987, 12 RK 16/77, SozR 4100 § 186c Nr. 3; Urteil vom 21.10.1999, B 11/10 AL 8/98 R, SozR 3-41000, § 186b Nr. 1, Urteil vom 21.09.2000, B 11 AL 95/99 R, SozR 3-4100 § 186c Nr.3 m.w.N.). Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin mit der Insolvenzgeldumlage unverhältnismäßig in Anspruch genommen wird.

Der Schutzbereich des Art. 28 GG ist auch nicht betroffen. Insoweit nimmt der Senat Bezug auf die Ausführungen des SG, die er sich nach Prüfung zu Eigen macht (§ 153 Abs. 2 SGG). Ergänzend weist der Senat daraufhin, dass es den Gesellschaftern der Klägerin und den dahinterstehenden kommunalen Gebietskörperschaften freisteht, zur Erreichung



des Gesellschaftszwecks der Klägerin - eine Rückversicherung bei Großschäden - eine andere Organisationsform, wie. z.B. einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, deren Konkurs nach Landesrecht ausgeschlossen ist, zu wählen, um die Umlagepflicht nach § 359 SGB III zu meiden.

Gegen die rechnerischen Richtigkeit der Berechnung der Insolvenzgeldumlage sind im Gerichtsverfahren keine Einwände seitens der Klägerin erhoben wurden. Sie sind im übrigen auch nicht ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Die Revision wird nach § 160 Abs. 2 SGG zugelassen.