

## L 3 AL 2633/04

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
3  
1. Instanz  
SG Karlsruhe (BWB)  
Aktenzeichen  
S 11 AL 2047/02  
Datum  
16.06.2004  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 3 AL 2633/04  
Datum  
08.03.2006  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Aufhebung einer Zustimmung der Beklagten zu einem Bescheid der Einzugsstelle i. S. des [§ 336](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch - SGB III - sowie die Rücknahme eines Bewilligungsbescheides.

Der im Jahre 1943 geborene Kläger war bis Ende 1997 als Filialleiter einer Elektrowarenhandelskette beschäftigt. Anschließend bezog er von der Beklagten Arbeitslosengeld.

Am 28.10.1998 gründete der Kläger gemeinsam mit dem Diplomkaufmann M. S. (S.) die Firma Z.-P. A. GmbH mit Sitz in M ... Unter entsprechender Verteilung der Stimmrechtsverhältnisse übernahmen der Kläger DM 24.500,00 (49 v. H.) und sein Mitgesellschafter DM 25.500,00 (51 v. H.) vom Stammkapital der Gesellschaft. Gegenstand des Unternehmens waren die Überlassung von Arbeitskräften, die Arbeitsvermittlung sowie die Personalberatung von Firmen. § 17 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages sah für eine Reihe von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen der Geschäftsführer, darunter die Gewährung von Darlehen an Angestellte, die Anschaffung von Gegenständen im Einzelanschaffungswert von mehr als DM 5.000,00, die Aufnahme von Krediten im Gesamtbetrag von mehr als DM 5.000,00, die Einstellung von Mitarbeitern sowie alle sonstigen Geschäfte und Rechtshandlungen, die nach Art und Umfang über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Gesellschaft hinausgingen, das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit mindestens 75 v. H. der anwesenden Stimmen vor. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bedurften nach § 23 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages ebenfalls einer qualifizierten Mehrheit von 75 v. H. Am auszuschüttenden Gewinn waren die Gesellschafter gem. § 28 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile zu beteiligen.

Zum alleinigen, vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreiten und einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer der am 04.01.1999 in das Handelsregister eingetragenen GmbH wurde der Mitgesellschafter S. bestellt. Dieser war zuvor bei verschiedenen Unternehmen als Personalleiter tätig und seit Januar 1998 von seinem letzten Arbeitgeber unter Fortzahlung der Bezüge beurlaubt. Nachdem anderweitig erzielttes Arbeitsentgelt auf den Fortzahlungsanspruch anzurechnen war, erfolgten der Abschluss eines Arbeitsvertrages zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer sowie Gehaltszahlungen an denselben auch nach Aufnahme des Geschäftsbetriebes am 17.01.1999 zunächst nicht.

Mit Anstellungsvertrag vom 12.02.1999 wurde der Kläger ab dem 15.02.1999 als Innendienstmitarbeiter der Gesellschaft eingestellt. Vereinbart wurden u. a. ein monatliches Bruttoentgelt von DM 6.500,00 bei Ableistung einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden, die Vergütung von Mehr-, Sonn- und Feiertagsarbeit, feste tägliche Arbeitszeiten, Pausen von insgesamt 60 Minuten pro Arbeitstag, ein Urlaubsanspruch von 28 Arbeitstagen sowie ein weitgehendes Direktionsrecht des Geschäftsführers.

Nachdem der Kläger die Aufnahme der Beschäftigung angezeigt hatte, stellte die Beklagte die Zahlung von Arbeitslosengeld mit Ablauf des 14.02.1999 ein.

Während die Beklagte dem Geschäftsführer für sechs Monate Überbrückungsgeld und der GmbH für zwei weitere Mitarbeiter einen Einstellungszuschuss sowie einen Eingliederungszuschuss gewährt hatte, lehnte sie in Bezug auf den Kläger die Bewilligung eines

Eingliederungszuschusses zunächst ab. Nachdem S. im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren vor dem Sozialgericht Mannheim - S 1 AL 1978/99 - angegeben hatte, er wäre ohne die Aussicht auf einen Eingliederungszuschuss das Risiko einer Einstellung des branchenfremden Klägers, über die bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages noch nicht gesprochen worden sei, wahrscheinlich nicht eingegangen, hob das Sozialgericht die ablehnenden Bescheide mit Urteil vom 28.01.2000 auf und verpflichtete die Beklagte zur erneuten Entscheidung über den begehrten Eingliederungszuschuss unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts. Im Anschluss daran wurde der GmbH mit Bescheid vom 10.04.2000 der erstrebte Eingliederungszuschuss für die Dauer von 24 Monaten gewährt.

Vor Ablauf dieses Zeitraums beantragte die GmbH die Weiterbewilligung des den Kläger betreffenden Eingliederungszuschusses für ein Jahr. Dabei teilte sie mit, das Arbeitsentgelt des Klägers habe sich wegen Anstieges der Lebenshaltungskosten, Honorierung des erbrachten Arbeitsinteresses und Leistungsbereitschaft nach 18 Monaten Vertragslaufzeit ab dem 01.10.2000 auf DM 7.000 und ab dem 01.01.2001 auf DM 8.285,45 erhöht. Nach wiederum erfolgter Ablehnung durch die Beklagte erklärte der Geschäftsführer der GmbH am 21.11.2001 in nichtöffentlicher Sitzung vor dem Sozialgericht Mannheim - S 5 AL 1394/01 -, er habe seit etwa Mitte 1999 einen Arbeitsvertrag als Geschäftsführer der GmbH und beziehe aus dieser Vollzeitbeschäftigung ein monatliches Gehalt in Höhe von DM 5.000,00 brutto. Das Unternehmen habe erstmals zum 31.12.2000 einen Gewinn ausgewiesen, bei dessen Ausschüttung er angesichts des Umstandes, dass sein Geschäftsführergehalt unter dem Gehalt des Klägers liege, einen erhöhten Anteil erhalten habe. Der Kläger gab hierzu an, die Verrechnung der Gehaltsdifferenz sei erfolgt, weil sie der Ansicht seien, dass beide Gesellschafter die gleiche Entlohnung erhalten sollten. Weiter erklärte er, er habe die Gesellschaft mitgegründet, weil er dort auch arbeiten wolle; sie seien bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages im Oktober 1998 davon ausgegangen, dass er in diesem Unternehmen arbeiten werde.

Mit Gerichtsbescheid vom 27.11.2001 wies das Sozialgericht die Klage daraufhin ab. In den Entscheidungsgründen wurde u. a. ausgeführt, der Gesellschaft könne ein Eingliederungszuschuss nicht gewährt werden, da der Kläger nicht als Arbeitnehmer einzustufen sei. Die arbeitsvertraglich vorgesehene Unterordnung des Klägers unter den Mitgesellschafter und Geschäftsführer sei nur zum Schein formal vereinbart worden. Ausweislich der glaubhaften Angaben des Klägers seien die Gesellschafter schon bei Gründung der GmbH übereingekommen, dass beide für das Unternehmen auch beruflich tätig werden sollten. Mit seiner abweichenden Angabe im vorangegangenen Verfahren vor dem Sozialgericht habe S. erkennbar nur das Ziel verfolgt, der Kammer vorzutäuschen, eine Einstellung des Klägers sei nicht von vornherein beabsichtigt gewesen, sondern lediglich wegen des von der Beklagten in Aussicht gestellten Eingliederungszuschusses zustande gekommen. Aus den von den Gesellschaftern in der nichtöffentlichen Sitzung mitgeteilten Überlegungen zu Verteilung des Jahresüberschusses ergebe sich der Wille der Gesellschafter, sich in der Praxis gegenseitig gleich zu behandeln.

Im Anschluss an diese Entscheidung nahm die Beklagte mit Bescheid vom 13.02.2002 den Bewilligungsbescheid vom 10.04.2000 zurück und forderte von der GmbH die Erstattung des geleisteten Eingliederungszuschusses. Im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren vor dem Sozialgericht Mannheim - S 9 AL 1157/02 - gab der Geschäftsführer der GmbH an, der Kläger habe bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages nichts von den laufenden Verhandlungen über eine Einstellung anderer Personen gewusst. Die Gefahr eines möglichen Bruchs der Gesellschaft sei ihm durchaus bewusst gewesen. Eine Beschäftigung des Klägers, die sich dieser seinerzeit möglicherweise vorgestellt habe, sei bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages noch nicht endgültig besprochen gewesen. Der Kläger erklärte, er habe seinerzeit nicht gewusst, dass S. noch mit anderen Personen über eine Einstellung verhandelt habe. Er habe damals gedacht, es sei sicher, dass er in der Firma arbeiten solle. Er habe dies gehofft und mit S. darüber auch gesprochen. Wie deutlich dies gewesen sei, wisse er aber nicht mehr. Ein klares Konzept darüber, dass er in der Firma arbeiten solle, habe es aber noch nicht gegeben. Die Entscheidung über seine Einstellung sei dann relativ schnell und kurzfristig gefallen. Subjektiv gehe davon aus, dass er den Arbeitsvertrag auch bekommen hätte, wenn der Eingliederungszuschuss nicht gezahlt worden wäre. Er sei mit hohen Erwartungen an die Sache herangegangen, habe im Laufe der Zeit aber feststellen müssen, dass S. der Chef und er selbst nur ein kleines Würstchen gewesen sei. Nachdem das Sozialgericht die angegriffenen Bescheide zunächst mit Urteil vom 04.02.2003 aufgehoben hatte, schlossen die Beteiligten im Berufungsverfahren vor der 9. Senat des erkennenden Gerichts einen Vergleich über die hälftige Rückzahlung des gewährten Eingliederungszuschusses.

1. Bereits am 26.01.1999 hatte der Kläger bei der B. E. die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner anstehenden Beschäftigung bei der Firma Z.-P. A. GmbH "aufgrund der zur Verfügung gestellten Unterlagen" sowie eine entsprechende Zustimmungserklärung der Beklagten beantragt. Der hierzu neben dem am 12.02.1999 im wesentlichen so auch abgeschlossenen Anstellungsvertrag vorgelegte Entwurf eines Gesellschaftsvertrages sah im Unterschied zu der am 28.10.1998 geschlossenen Vereinbarung unter anderem das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bei der Aufnahme von Krediten erst ab einem Gesamtbetrag von mehr als DM 20.000,00 (§ 17 Abs. 1) und allgemein eine Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 23 Abs. 3) vor. Diese Unterlagen wurden der Beklagten unter dem 11.01.1999 übersandt. Im Übersendungsschreiben teilte die B. E. mit, sie gehe nach dem vorgelegten Arbeitsvertrag von einem versicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigungsverhältnis aus, da der Kläger als Gesellschafter infolge der Verteilung der Stimmrechtsverhältnisse und der im Gesellschaftsvertrag geforderten einfachen Mehrheit weder Beschlüsse durchsetzen noch verhindern könne.

Nachdem die Beklagte dieser Auffassung beigetreten war, entschied die B. E. unter dem 01.02.1999, aufgrund der vertraglichen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses und des Stimmrechts des Klägers als Gesellschafter stelle sein Arbeitsverhältnis bei der Firma Z.-P. A. GmbH ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis dar. Dieser Entscheidung stimmte die Beklagte gemäß [§ 336 SGB III](#) mit Bescheid vom 24.02.1999 unter der Voraussetzung eines Übereinstimmens der tatsächlichen mit den vertraglichen Verhältnissen zu.

Mit Bescheid vom 25.02.2002 nahm die Beklagte den Zustimmungsbescheid vom 24.02.1999 vollumfänglich zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, nach den vom Sozialgericht Mannheim im Verfahren S 5 AL 1394/01 getroffenen Feststellungen sei der Zustimmungsbescheid rechtswidrig und durch falsche oder unvollständige Angaben des Klägers zumindest grob fahrlässig bewirkt worden.

Der Kläger erhob Widerspruch, zu dessen Begründung er vortrug, er sei als Arbeitnehmer der GmbH einzustufen, da er nicht nur nach seinem Arbeitsvertrag, sondern auch faktisch den Weisungen des Geschäftsführers unterworfen gewesen sei. Innerhalb der Gesellschaft sei eine strikte Trennung zwischen der Arbeitnehmerstellung und der Stellung als Gesellschafter vorgenommen worden. Anders als er selbst, habe der Geschäftsführer seine Arbeitszeit vollkommen frei bestimmen können und der Gesellschaft auch Darlehen gewährt. Von einer Gleichbehandlung der Gesellschafter könne daher keine Rede sein. Auf eine vollständige Auszahlung des ihm aus dem Geschäftsjahr 2000 zustehenden Gewinnanteiles habe er deshalb verzichtet, weil die Gesellschaft Rücklagen bilden müsse. Im übrigen seien die für ihn

selbst aufzuwendenden Personalkosten der Jahre 1999 rund 2000 weitaus höher gewesen als die den geschäftsführenden Gesellschafter betreffenden Kosten. Diese Differenz sei durch die erhöhte Gewinnausschüttung an S. nicht ausgeglichen worden. Im übrigen habe er immer wieder auf eine Erhöhung seines Arbeitslohns bestanden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 13.05.2002 wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Am 17.06.2002, einem Montag, hat der Kläger beim Sozialgericht Karlsruhe Klage erhoben (S 11 AL 2047/02). Zur Begründung hat er sein Vorbringen aus dem Widerspruchsverfahren wiederholt und vertieft. Ergänzend heißt es im Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 16.01.2003, die Ungleichbehandlung der Gesellschafter ergebe sich auch daraus, dass S. bei einer Gesamtbetrachtung von Gehalt und Gewinnausschüttungen weitaus höhere Leistungen von der GmbH erhalten habe als der Kläger. Dabei sei zu berücksichtigen, dass Gehaltszahlungen an S. erst ab dem 01.06.1999 erfolgt seien, da diesem ein Gehaltsbezug auf die Lohnfortzahlung seines früheren Arbeitgebers anzurechnen gewesen wäre.

2. Am 04.03.2002 meldete sich der Kläger bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld. In der vorgelegten Arbeitsbescheinigung der Firma Z.-P. A. GmbH vom 07.03.2002 wurde mitgeteilt, das Arbeitsverhältnis sei am 28.08.2001 zum 28.02.2002 gekündigt worden. Die Kündigungsfrist betrage sechs Monate zum Monatsende. In einem Beratungsvermerk der Beklagten vom 11.03.2002 heißt es, der Kläger melde sich vorsorglich arbeitslos. In einem beim Sozialgericht anhängigen Verfahren solle geklärt werden, ob er beim letzten Arbeitgeber überhaupt als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sei, da er 49 v. H. der Geschäftsanteile halte. Der Arbeitgeber habe geklagt, weil der Eingliederungszuschuss nicht über 24 Monate hinaus verlängert worden sei. Die Entlassung sei dann erfolgt, da er so für die Firma zu teuer gewesen sei.

Mit Bescheid vom 25.02.2002 bewilligte die Beklagte dem Kläger ab dem 04.02.2002 Arbeitslosengeld für eine Anspruchsdauer von 540 Kalendertagen mit einem wöchentlichen Leistungsbetrag von EUR 225,05. In dieser Höhe erfolgten Zahlungen bis einschließlich des 30.06.2002.

Durch Schreiben der Beklagten 15.07.2002 wurde der Kläger wegen des beabsichtigten Erlasses eines Erstattungsbescheides betreffend während der Zeit vom 04.02.2002 bis zum 30.06.2002 zu Unrecht erbrachter Leistungen angehört. Daraufhin verwies er auf sein Vorbringen im parallelen Widerspruchsverfahren und auf seine im Beratungsvermerk vom 11.03.2002 wiedergegebenen Angaben.

Mit Bescheid vom 12.08.2002 nahm die Beklagte die Bewilligung von Arbeitslosengeld vollumfänglich zurück, da der Kläger bei der Firma Z.-P. A. GmbH nicht als sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sei. Zugleich forderte sie vom Kläger die Erstattung der erbrachten Leistungen.

Dem hiergegen erhobenen Widerspruch gab die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 22.10.2002 insoweit statt, als von einer Erstattung des Überzahlungsbetrages abgesehen wurde. Im übrigen wies sie den Widerspruch zurück. Zur Begründung ist ausgeführt, nach Zugang des Anhörungsschreibens vom 15.07.2002 liege ein schutzwürdiges Vertrauen des Klägers in den Bestand des Bewilligungsbescheides nicht mehr vor, so dass die Rücknahme dieser Entscheidung ab dem 19.07.2002 nicht zu beanstanden sei. Damit entfalle allerdings eine Erstattungspflicht für die Vergangenheit.

Hiergegen hat der Kläger am 21.11.2002 beim Sozialgericht Karlsruhe Klage erhoben (S 11 AL 4041/02) und im wesentlichen sein Vorbringen im Parallelverfahren wiederholt.

Das Sozialgericht hat die Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung verbunden und die Klagen mit Gerichtsbescheid vom 16.06.2004 abgewiesen. Der Kläger sei zur Überzeugung des Gerichts zu keiner Zeit Arbeitnehmer der Firma Z.-P. A. GmbH gewesen. Auch seien die Voraussetzungen für eine Rücknahme nach § 45 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) erfüllt, da dem Kläger im Zeitpunkt der Antragstellung am 04.03.2002 der Gerichtsbescheid vom 27.11.2001 bekannt gewesen und zudem die Rücknahme der Zustimmung vom 25.02.2002 zeitlich kurz zuvor erfolgt sei. Bereits das Verschweigen der prozessrechtlichen Vorgänge beim Sozialgericht Mannheim werde als grob fahrlässig gewertet.

Am 05.07.2004 hat der Kläger Berufung eingelegt. Er beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Karlsruhe vom 16. Juni 2004 sowie den Bescheid der Beklagten vom 25. Februar 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13. Mai 2002 und deren Bescheid vom 12. August 2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22. Oktober 2002 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Prozessakten, die beigezogenen Leistungsakten der Beklagten (zwei Bände) sowie die gleichfalls beigezogenen Akten des Sozialgerichts Karlsruhe aus den erstinstanzlichen Verfahren S 11 AL 2047/02 und S 11 AL 4041/02 sowie des Sozialgerichts Mannheim aus den Verfahren S 5 AL 1394/01 und S 9 AL 1157/02 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat entscheidet im erklärten Einverständnis der Beteiligten sowie in Anwendung des ihm danach gesetzlich eingeräumten Ermessens ohne mündliche Verhandlung ([§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz - SGG](#) -).

Die Berufung ist zulässig, jedoch nicht begründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Sozialgericht die Klagen abgewiesen. Denn der Bescheid der Beklagten vom 25.02.2002 und der Widerspruchsbescheid vom 13.05.2002 sowie deren Bescheid vom 12.08.2002 in der Gestalt des

Widerspruchsbescheides vom 22.10.2002 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger daher nicht in seinen Rechten.

Rechtsgrundlage der angegriffenen Behördenentscheidungen sind die §§ 45 SGB X, 330 Abs. 2 SGB III. Nach § 45 Abs. 1 SGB X darf ein begünstigender Verwaltungsakt, soweit er rechtswidrig ist, auch nach Unanfechtbarkeit, nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X schließt die Rücknahme aus, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Letzteres ist nach § 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X in der Regel der Fall, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte gem. § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X hingegen nicht berufen, soweit er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat (Nr. 1), der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat (Nr. 2), oder er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (Nr. 3). Nur in diesen Fällen, sowie bei Vorliegen von Wiederaufnahmegründen entsprechend § 580 Zivilprozessordnung - ZPO - wird der Verwaltungsakt gemäß § 45 Abs. 4 SGB X mit Wirkung (auch) für die Vergangenheit zurückgenommen, wobei diese Entscheidung im Ermessen der Behörde steht. Allerdings bestimmt § 330 Abs. 2 SGB III, dass ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt in den Fällen des § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X zwingend mit Wirkung auch für die Vergangenheit zurückzunehmen ist. Bei der Rücknahme eines Verwaltungsakts mit Dauerwirkung und im Falle der Rücknahme eines Verwaltungsakts für die Vergangenheit sind dabei die Fristen des § 45 Abs. 3 und Abs. 4 SGB X zu beachten.

In Anwendung dieser Regelungen hat die Beklagte sowohl den Zustimmungsbescheid vom 24.02.1999 als auch den Bewilligungsbescheid vom 25.02.2002 rechtsfehlerfrei zurückgenommen.

1. Der auf der Grundlage des § 336 SGB III - in der vom 01.01.1998 bis zum 31.12.2003 geltenden und daher hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes vom 24.03.1997 (BGBl. I, 594) - ergangene Zustimmungsbescheid der Beklagten, der nicht nur nach seiner Form, sondern inhaltlich als Verwaltungsakt i. S. des § 31 SGB X anzusehenden ist (vgl. Niesel, SGB III, 2. Aufl. 2002, Rdnrn. 10, 16 zu § 336) und darum den Rücknahmevorschriften der §§ 45 SGB X, 330 Abs. 2 SGB III unterfällt, war zunächst bereits im Zeitpunkt seines Erlasses rechtswidrig. Denn die von der Einzugsstelle mit Zustimmung der Beklagten festgestellte Versicherungspflicht des Klägers für die Tätigkeit bei der Firma Z.-P. A. GmbH bestand schon deshalb nicht, weil der Kläger bei der genannten Firma von Beginn an nicht als Arbeitnehmer beschäftigt war (vgl. zur Versicherungspflicht die §§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 SGB III i. V. m. § 7 Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch - SGB IV -).

Voraussetzung für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft ist das Bestehen einer persönlichen Abhängigkeit von einem Arbeitgeber. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers (vgl. BSG, Urteil vom 06.03.2003 - B 11 AL 25/02 R -, SozR 4-2400 § 7 Nr. 1 m. w. N.). Das Weisungsrecht kann allerdings besonders bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert" sein. Es darf aber nicht vollständig entfallen. Kennzeichnend für eine selbständige Tätigkeit ist demgegenüber das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und Arbeitszeit zu verfügen. Zu beurteilen ist die Frage der Arbeitnehmereigenschaft nach den Umständen des Einzelfalles. Dabei steht die vertragliche Ausgestaltung der Tätigkeit im Vordergrund. Diese tritt allerdings zurück, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend von ihr abweichen. In Zweifelsfällen kommt es darauf an, ob die für eine abhängige Beschäftigung oder die für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale überwiegen (vgl. BSG, Urteil vom 14.12.1999 - B 2 U 48/98 R -, zitiert nach juris).

Nichts anderes gilt für die Beurteilung, ob ein Gesellschafter einer GmbH, der für diese entgeltlich tätig wird, abhängig beschäftigt ist oder nicht. In derartigen Fällen scheidet die für die Arbeitnehmereigenschaft notwendige persönliche Abhängigkeit allerdings dann grundsätzlich aus, wenn der Gesellschafter über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt und damit einen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen derselben besitzt. Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung des Gesellschafters nicht ausreicht, um hierdurch die GmbH zu beherrschen, ist die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen, wenn er über eine Sperrminorität verfügt, die nicht nur einige bedeutende sondern alle Angelegenheiten der Gesellschaft betrifft und die es ihm ermöglicht, ihm nicht genehme Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu verhindern (vgl. zu alledem Niesel, SGB III, 3. Aufl. 2005, Rdnrn. 15 ff. zu § 25).

Danach war der Kläger, der als Gesellschafter über einen Kapitalanteil sowie über einen damit einhergehenden Stimmrechtsanteil (§ 22 des Gesellschaftsvertrages) in Höhe von 49 v. H. der Firma Z.-P. A. GmbH verfügte, nicht als Arbeitnehmer der Gesellschaft anzusehen. Denn er besaß angesichts der nach § 23 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages für Beschlüsse der Gesellschafterversammlung allgemein erforderlichen qualifizierten Mehrheit von 75 v. H. der abgegebenen Stimmen eine Sperrminorität, mit der er eine Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung gänzlich verhindern konnte. Hinzu kommt, dass er mit Blick auf die in § 17 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages getroffenen Regelungen über die Zustimmungsbedürftigkeit von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen sowie die auch insoweit ausdrücklich vorgesehene qualifizierte Mehrheit von 75 v. H. der anwesenden Stimmen nicht nur ohne weiteres in der Lage war, wesentlichen Einfluss auf die Tätigkeit des Geschäftsführers der Gesellschaft zu nehmen. Vielmehr war dem Kläger nach der Grundkonzeption der GmbH unabhängig von der Bezeichnung seiner späteren Mitarbeit die Stellung eines schon für den laufenden Geschäftsbetrieb unverzichtbaren Mitunternehmers eingeräumt worden, auf dessen vorherige Zustimmung der Geschäftsführer für eine Vielzahl von zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes erforderlichen Entscheidungen angewiesen war. Dies zeigt insbesondere der Umstand, dass bereits die Anschaffung von Gegenständen im Einzelanschaffungswert von mehr als DM 5.000,00 (§ 17 Abs. 1 Nr. 3 des Gesellschaftsvertrages) sowie die Aufnahme von Krediten im Gesamtbetrag von mehr als DM 5.000,00 (§ 17 Abs. 1 Nr. 8 des Gesellschaftsvertrages) und auch die mit Blick auf den Unternehmenszweck einer gewerblichen Arbeitnehmerüberlassung bedeutsame Einstellung von Mitarbeitern dem Zustimmungsvorbehalt unterfielen.

In Ansehung dessen kommt den für eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers sprechenden Gesichtspunkten, insbesondere der Gestaltung des Anstellungsvertrages (feste Monatsbezüge und Arbeitszeiten, Jahresurlaub und Reisekosten) sowie den Angaben des Klägers und seines Mitgesellschafters über die Umstände der Einstellung und die Weisungsunterworfenheit des Klägers keine hier ausschlaggebende Bedeutung zu. Dies gilt umso mehr, als nichts dafür spricht, dass der genannte Vertrag und die besagten Angaben die tatsächlichen Verhältnisse zutreffend beschreiben. Vielmehr waren und sind sowohl die Gestaltung der Vereinbarung als auch das Vorbringen der Gesellschafter allein verfahrens- bzw. prozesstaktisch motiviert:

So war die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft ersichtlich von Beginn an darauf angelegt, die Personalkosten möglichst weitgehend durch Fremdmittel abzudecken. Diesem Ziel diente nicht nur die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel für sämtliche fest angestellte Mitarbeiter (Überbrückungsgeld, Einstellungszuschuss sowie Eingliederungszuschuss) sondern auch der trotz Aufnahme des Geschäftsbetriebes am 17.01.1999 erst nach Monaten erfolgte Abschluss eines Arbeitsvertrages mit dem Geschäftsführer nebst zum 01.06.1999 aufgenommenem Gehaltszahlung, mit der eine Anrechnung auf die demselben von seinem früheren Arbeitgeber gewährte Lohnfortzahlung vermieden werden sollte. Insbesondere letzteres zeigt, dass die vertragliche Gestaltung der Arbeitsverhältnisse vornehmlich an dem oben genannten finanziellen Ziel und nicht an den tatsächlichen Verhältnissen ausgerichtet war.

Gleiches gilt für die Angabe des Geschäftsführers der GmbH in der mündlichen Verhandlung vom 28.01.2000 vor dem Sozialgericht Mannheim - S 1 AL 1978/99 -, über eine Einstellung des Klägers sei bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages noch nicht gesprochen worden. Denn diese allein zum Zwecke der Erlangung eines Eingliederungszuschusses erfolgte Angabe ist nach dem insoweit glaubhaften Vorbringen des Klägers sowie der eigenen Einlassung des Geschäftsführers im nachfolgenden gerichtlichen Verfahren - S 9 AL 1157/02 - unzutreffend.

Dem entspricht es, dass einerseits dem Kläger mit Blick auf den prozentual am Gehalt orientierten Eingliederungszuschuss trotz seiner im Antrag auf Gewährung des Zuschusses behaupteten minderen Leistungsfähigkeit arbeitsvertraglich eine höhere Vergütung als dem Geschäftsführer der GmbH zugestanden, andererseits aber zu Gunsten des Geschäftsführers bei der erstmaligen Verteilung des Gewinns der Gesellschaft - entgegen der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Ausschüttung entsprechend des Verhältnisses der Geschäftsanteile - ein Ausgleich vorgenommen wurde. Hieraus sowie aus der Angabe des Klägers in der nichtöffentlichen Sitzung vor dem Sozialgericht Mannheim vom 21.11.2001 - S 5 AL 1394/01 - sie seien der Ansicht, dass beide Gesellschafter die gleiche Entlohnung erhalten sollten, ergibt sich zugleich, dass den im Anstellungsvertrag vorgesehenen festen Monatsbezügen sowie den vom Kläger vorgetragenen Erhöhungsverlangen keine Bedeutung beizumessen ist. Soweit der Kläger nunmehr behauptet, er habe seinerzeit auf einen Teil der ihm zustehenden Gewinnausschüttung nicht zu Gunsten des Mitgesellschafters, sondern zwecks Bildung von Rücklagen verzichtet, ist dieses Vorbringen unglaubhaft. Denn es widerspricht seinen spontanen und bereits vom Sozialgericht im Gerichtsbescheid vom 27.11.2001 für glaubhaft gehaltenen Angaben im genannten Erörterungstermin.

Schließlich dienten auch die vom Kläger selbst zum Zwecke der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung seiner Beschäftigung durch die B. E. und Beklagte am 26.01.1999 vorgelegten Unterlagen zweifelsfrei der Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse. Denn der Kläger hat hierzu nicht den bereits am 28.10.1998 geschlossenen Gesellschaftsvertrag, sondern einen Vertragsentwurf eingereicht, der im Unterschied zu der nahezu drei Monate zuvor abgeschlossenen Vereinbarung unter anderem das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung bei der Aufnahme von Krediten erst ab einem Gesamtbetrag von mehr als DM 20.000,00 (§ 17 Abs. 1) sowie allgemein eine Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 23 Abs. 3) vorsah und damit in für die Beurteilung seiner Arbeitnehmereigenschaft wesentlichen Punkten von den tatsächlichen Vertragsverhältnissen abwich.

War der Kläger nach alledem nicht als Arbeitnehmer, sondern als Mitunternehmer der Gesellschaft anzusehen und der Zustimmungsbescheid mithin von Beginn an rechtswidrig, so ist die Rücknahmeentscheidung der Beklagten nicht zu beanstanden. Auf Vertrauensschutz ([§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#)) vermag sich der Kläger nicht zu berufen. Denn er hat den Zustimmungsbescheid durch - wie oben ausgeführt - dem Zweck der Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse dienende Vorlage eines vom tatsächlich abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag in wesentlicher Hinsicht abweichenden Vertragsentwurfs und daher durch arglistige Täuschung i. S. des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 SGB X](#) erwirkt. Damit beruht der Verwaltungsakt aber auch auf vom Kläger vorsätzlich in wesentlicher Beziehung unrichtig gemachten Angaben ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X](#)) und konnte ihm die Rechtswidrigkeit derselben allenfalls infolge eines grob fahrlässigen Sorgfaltspflichtverstoßes verborgen bleiben ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X](#)). Demgemäß war der Zustimmungsbescheid nach [§ 330 Abs. 2 SGB III](#) zwingend mit Wirkung auch für die Vergangenheit zurückzunehmen und beanspruchte die Zweijahresfrist des [§ 45 Abs. 3 Satz 1 SGB X](#) vorliegend keine Geltung ([§ 45 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 SGB X](#)).

2. Mangels Arbeitnehmereigenschaft bereits im Zeitpunkt seines Erlasses rechtswidrig war nach den unter 1. gemachten Ausführungen auch der dem Kläger Arbeitslosengeld bewilligende Bescheid vom 25.02.2002 (vgl. [§ 117 Abs. 1 SGB III](#)). Die Rücknahme dieser Entscheidung für die Zeit ab dem 19.07.2002, dem Zugang des Anhörungschrifts der Beklagten vom 15.07.2002, ist unter Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht zu beanstanden (vgl. hierzu von Wulffen, SGB X, 5. Aufl. 2005, Rdnr. 23 zu § 45).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2006-07-06