

L 8 AL 3283/11

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)
Aktenzeichen
S 17 AL 5578/08
Datum
22.06.2011
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 8 AL 3283/11
Datum
25.01.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Zur Rückforderung gewährter Existenzgründungszuschüsse bei Kurierfahrten: Es spricht nicht gegen eine von Anfang an selbständige Tätigkeit als Kurierfahrer, dass zu Beginn der Existenzgründung nur für einen Auftraggeber mit dessen zur Verfügung gestelltem Fahrzeug Fahrten unternommen werden, wenn das Gesamtbild des Tätigkeitsverlaufes durch objektive Umstände zeigt, dass der typische Fall eines im Aufbau befindlichen Unternehmens vorliegt (Ausweitung der Geschäftstätigkeit auf mehrere Auftraggeber, Einsatz eigener Fahrzeuge, eigene Angestellte in der Folgezeit).

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 22. Juni 2011 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte erstattet auch die außergerichtlichen Kosten des Klägers im Berufungsverfahren.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Rückforderung von 14.400 EUR Existenzgründungszuschuss für die Zeit vom 02.08.2004 bis 01.08.2007.

Der im Jahr 1954 geborene Kläger war arbeitslos gemeldet und bezog Arbeitslosenhilfe von der Beklagten in Ergänzung zu einer Unfallrente der Berufsgenossenschaft für Feinmechanik und Elektrotechnik in Höhe von rund 349 EUR monatlich. Einkünfte aus einer geringfügigen Beschäftigung als Fahrer für die T. GmbH in Höhe von 150 EUR monatlich meldete der Kläger regelmäßig der Beklagten unter Vorlage entsprechender Nebentätigkeitsbescheinigungen.

Am 14.07.2004 beantragte der Kläger die Bewilligung von Existenzgründungszuschuss für die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit für Kleintransporte und Kurierdienst. Auf dem eingereichten Formular beantwortete er die Frage nach einer persönlichen Abhängigkeit von einem Auftraggeber insbesondere durch örtliche, zeitliche, inhaltliche oder fachliche Weisungen mit Nein. Eine Einbindung in die Organisation eines Auftraggebers insbesondere durch die Zusammenarbeit mit Mitarbeitern des Auftraggebers oder durch die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Auftraggebers beantwortete der Kläger ebenfalls mit nein. Er sei unter anderem in der Gestaltung der Preise frei und genieße zeitliche, örtliche und inhaltliche unternehmerische Freiheit und habe einen eigenen Kundenstamm. Im Anhang zu diesem Vordruck befand sich ein Hinweis zu den Kriterien zur Abgrenzung selbständiger Tätigkeit von abhängiger Beschäftigung. Dort findet sich unter anderem folgender Abschnitt: "Beispiele für verbreitete Betätigungsfelder in der Scheinselbständigkeit: Unterfrachtführer (Selbstfahrer), Kurierfahrer, die nur für eine Firma arbeiten, []".

Mit Bescheid vom 27.07.2004 bewilligte die Beklagte dem Kläger Existenzgründungszuschuss für die Zeit vom 02.08.2004 bis 01.08.2005 in Höhe von 600 EUR monatlich. Zum 02.08.2004 meldete der Kläger ein entsprechendes Gewerbe an. Ab 02.08.2004 übernahm er Tätigkeiten bei der Firma T. GmbH. Weitere Auftraggeber hatte der Kläger nicht. Er fuhr mit Fahrzeugen der Firma T. GmbH Medikamente und Gerätschaften zu verschiedenen Apotheken. Dazu wurde er nach einem festen Stundensatz entlohnt, den er mithilfe von Rechnungen bei der T. geltend machte, auf denen er auch Mehrwertsteuer auswies.

Am 06.07.2005 beantragte der Kläger auf einem entsprechenden Vordruck der Beklagten die Weitergewährung des Existenzgründungszuschusses. Mit Ausnahme eines Wohnortwechsels gab er keine Änderungen an. Dem Vordruck war erneut ein entsprechender Hinweis auf die mögliche Scheinselbständigkeit von Kurierfahrern angefügt.

Mit Bescheid vom 06.10.2005 bewilligte die Beklagte dem Kläger Existenzgründungszuschuss in Höhe von 360 EUR monatlich für die Zeit vom 02.08.2005 bis 01.08.2006.

Am 01.08.2006 beantragte der Kläger erneut die Weitergewährung von Existenzgründungszuschuss. Änderungen hätten sich nicht ergeben. Mit Bescheid vom 02.08.2006 bewilligte die Beklagte dem Kläger Existenzgründungszuschuss in Höhe von 240 EUR monatlich in der Zeit vom 02.08.2006 bis 01.08.2007.

Im Rahmen einer polizeilichen Vernehmung am 27.08.2008 aufgrund eines anderen Sachverhalts kam beim Polizeipräsidium K. der Verdacht einer Scheinselbstständigkeit des Klägers auf. Dort erklärte der Kläger im Rahmen einer Zeugenvernehmung, er sei selbständig und beliefe Apotheken mit Medikamenten. Dazu benutze er einen Kleintransporter, der der Firma T. gehöre, von der er seine Aufträge erhalte. Für diese Firma arbeite er seit sechs Jahren. Seit vier Jahren beliefe er immer dieselben Apotheken in der S ... Das Polizeipräsidium K. übersandte die Zeugenaussage an die Beklagte und bat um Bezifferung eines eventuellen Schadens. Das angestrebte Strafverfahren wurde im Hinblick auf den hiesigen Rechtsstreit vorläufig eingestellt.

Die Beklagte kam zu dem Ergebnis, dass bei der ersten Bewilligung des Existenzgründungszuschusses bereits ein Arbeitsverhältnis zur T. GmbH bestanden habe. Außerdem fahre der Kläger ausschließlich für diese Firma.

Mit Schreiben vom 21.10.2008 hörte die Beklagte den Kläger dahingehend an, dass er Existenzgründungszuschuss ab 02.08.2004 zu Unrecht bezogen habe. Er habe bei der Polizei angegeben, dass er bereits seit ca. 2002 für die T. GmbH fahre. Es habe also bei Antragstellung ein Arbeitsverhältnis bestanden. Außerdem fahre er ausschließlich für diese Firma, so dass der Verdacht auf eine Scheinselbstständigkeit bestehe. Es könnten die Voraussetzungen von [§§ 48](#) oder [45](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) erfüllt sein.

Der Kläger teilte dazu mit (Schreiben vom 25.10.2008), dass er seit 2002 in Teilzeit, das heißt mit einem minimalen Entgelt geringfügig für die Firma T. GmbH tätig gewesen sei. Er habe dann eine Ich-AG gegründet und die T. GmbH habe ihm eine Tour angeboten. In den folgenden Jahren sei er ausschließlich Touren dieser Firma gefahren, weil ganz einfach der Kontakt bestanden habe.

Mit Bescheid vom 30.10.2008 nahm die Beklagte "die Entscheidung" über die Bewilligung von Existenzgründungszuschuss vom 02.08.2004 bis 01.08.2007 ganz zurück und forderte den Kläger zur Zahlung von 14.400 EUR zu Unrecht gewährter Leistungen auf. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger habe grob fahrlässig oder vorsätzlich unvollständige oder falsche Angaben gemacht. Deshalb sei die Bewilligung zu Unrecht erfolgt.

Dagegen erhob der Kläger am 12.11.2008 Widerspruch, zu dessen Begründung er ausführte, er habe seit 2002 einen Minijob bei der T. GmbH gehabt. Er habe dann von der T. GmbH das Angebot bekommen, eine Nachtschicht zu übernehmen für einen Kollegen, der - ebenfalls als Selbständiger - habe aufhören wollen. Er habe diese Chance aufgegriffen und sich nach Beratung selbständig gemacht. Er habe von Anfang nicht nur diese Nachtschicht bei der Firma T. fahren wollen sondern habe sich verschiedentlich bei anderen Firmen beworben, um auch von dort Aufträge zu bekommen und mehr Geld zu verdienen. Dazu gehörten die Firma F. Medikamenten-Großhandel, für die er einige Tage gefahren sei, ohne Geld dafür zu bekommen. Bei der Firma F. C. aus F. habe er einen Auftrag bekommen und sei auch einige Tage gefahren, habe aber feststellen müssen, dass der Zeitaufwand zu hoch gewesen sei, so dass er danach nicht mehr verkehrssicher habe fahren können. Eine amerikanische Firma mit Sitz in B. habe ihn als Vertreter eingestellt, diese Tätigkeit habe er aber nicht ausüben können, weil er den ganzen Tag habe unterwegs sein müssen und keine Zeit gehabt habe, sich auszuruhen. Eine weitere Tätigkeit bei einer Firma B. habe um 3.00 Uhr angefangen, das sei aber eine Zeit gewesen, zu der er mit seiner Tätigkeit für die T. noch unterwegs gewesen sei. Eine angebotene Tätigkeit bei der Firma D. habe er nicht ausüben können, weil er zum Bewegen der dort zu transportierenden schweren Lasten rein körperlich nicht in der Lage sei. Eine weitere Unternehmerin habe ihn als Subunternehmer engagieren wollen, für seine Tätigkeit aber kein Geld gezahlt. Er habe auch Versuche unternommen, mit seinem eigenen Fahrzeug zu fahren, aber diese seien alle erfolglos gewesen. Er habe nie vorgehabt nur für eine Firma zu fahren, habe immer mehr Aufträge erhalten wollen. Es sei richtig, dass er die Fahrten der T. GmbH nach einem bestimmten Plan ausführen müsse. Jede Nacht müsse er bestimmte Punkte anfahren, um dort Waren abzuliefern. Seit August 2008 sei es ihm endlich gelungen, eine weitere Tour zu bekommen, er fahre nunmehr auch für die Firma K. , R. , Medikamente aus. Diese habe er seit 2004 stets gesucht, aber nie gefunden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 02.12.2008 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie aus, der Kläger habe keine selbstständige Tätigkeit sondern eine abhängige Beschäftigung aufgenommen, weil er nur einen Auftraggeber gehabt habe, und habe deshalb keinen Anspruch auf Existenzgründungszuschuss gehabt. Die Bewilligungsbescheide seien deshalb allesamt rechtswidrig gewesen.

Dagegen erhob der Kläger am 17.12.2008 Klage zum Sozialgericht Karlsruhe (SG), zu deren Begründung er im Wesentlichen seinen Vortrag aus dem Verwaltungsverfahren wiederholte, von ihm an verschiedene Firma ausgestellte Rechnungen aus den Jahren 2008, 2009 und 2010 sowie einen Leasingvertrag über einen VW Caddy aus dem Jahr 2009 vorlegte.

Das SG hörte in der mündlichen Verhandlung vom 22.06.2011 den Kläger persönlich und Herrn A. Q. als Zeugen. Der Kläger hat angegeben, von 1999 bis 2004 täglich eine Stunde bei der Firma T. gearbeitet zu haben. Das seien allerdings ganz andere Touren gewesen als in der Selbstständigkeit. Als Selbständiger habe er bis abends 22.30 Uhr in eine Halle in M. fahren müssen und die dort in Wannen abgepackten Medikamente einladen müssen. Man habe ihm dann gesagt, welche Apotheken er beliefern solle. Wenn es neue Apotheken zu beliefern gebe, sage man ihm vorher Bescheid. Als zeitliche Vorgabe habe lediglich gegolten, dass die Apotheken bis zu deren Öffnung um 8.00 Uhr bzw. 8.30 Uhr beliefert sein müssten. Er habe selbst entscheiden können, in welcher Reihenfolge er die Apotheken beliefe. Als geringfügig Beschäftigter habe er die Medikamente auf einem Parkplatz in K. abgeholt. Er habe auch nicht jeden Monat das gleiche verdient, der Verdienst habe von der Anzahl der Tage im Monate abgehungen. Er habe andere beauftragen können, aber der Stundenlohn habe nur 9,20 EUR betragen, da sei er lieber selbst gefahren. Seit 2004 sei er mit einem Transporter der Firma T. gefahren. Wenn er mit dem eigenen Auto gefahren wäre, hätte er einen höheren Stundenlohn bekommen nur er habe damals kein eigenes Auto gehabt. Inzwischen fahre er den Transporter immer noch, er habe aber auch drei eigene Autos und vier Mitarbeiter. Es habe mit der T. keine schriftliche Vereinbarung gegeben, diese habe ihm theoretisch immer sagen können, morgen ist Schluss. Er stelle der Firma Rechnungen. Auf den Stundenlohn von 9,20 EUR schlage er noch die Mehrwertsteuer auf. Auch die anderen Fahrer der Firma T. seien selbständig. Er habe versucht, andere Touren zu erhalten, aber das sei ihm nicht gelungen, weil er nicht tags und nachts tätig sein könne.

Der Zeuge Q. hat angegeben, dass die Touren eigentlich schon festgelegt seien, damit man evt. vertauschte Medikamente hinterher noch nachvollziehen könne. Er selbst habe sowohl Fahrzeuge der T. als auch eigene benutzt. Für die Nachttouren seien größere Fahrzeuge

erforderlich, so dass insofern die Fahrzeuge der T. besser seien. Für Benutzung der eigenen Fahrzeuge hätten höhere Stundensätze gegolten. Er habe den Urlaub nicht mit der Firma T. abgesprochen, er habe auch jemand anderen schicken können, weil es der Firma egal gewesen sei, wer die Tour fahre. Er selbst habe damals den Auftrag von der T. angenommen, um aus der Scheinselbständigkeit herauszukommen. Es sei außerdem immer besser, mehrere Auftraggeber zu haben. Mit dem Kläger habe er sich immer wieder ausgetauscht, ob er Aufträge hatte und woher man Aufträge bekommen könne. Er habe schon ein finanzielles Risiko gehabt, z.B. sei ihm die Nachttour wegen einer angeblich hohen Fehlerquote weggenommen worden.

Mit Urteil vom 22.06.2011 hob das SG die angefochtenen Bescheide auf. Zur Begründung führte es aus, allein die Tatsache, dass der Kläger über lange Zeit nur einen Kunden gehabt habe, führe nicht zu einer Scheinselbständigkeit. Es sei zwar de facto so, dass er von der Firma T. GmbH wirtschaftlich abhängig gewesen sei, weil er nur von dieser Aufträge gehabt habe. Umgekehrt sei es aber nicht so, dass jeder Selbständige, der über längere Zeit nur noch einen Auftraggeber habe, plötzlich zu einem abhängig Beschäftigten werde. Es sei nicht rechtliche Voraussetzung, auch mal Aufträge ablehnen zu können. Der Kläger sei nicht persönlich von der Firma T. abhängig und ihr auch nicht rechtlich wie ein Arbeitnehmer verpflichtet gewesen.

Gegen das ihr am 19.07.2011 zugestellte Urteil richtet sich die am 03.08.2011 eingelegte Berufung der Beklagten zu deren Begründung sie vorträgt, vorliegend überwiegen die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen. Der Kläger sei als Kurierfahrer ohne eigenen PKW für die Firma T. GmbH tätig gewesen. Er habe kein Unternehmerrisiko getragen. Er habe weder eigenes Kapital eingesetzt noch habe er neben seiner Arbeitskraft im nennenswerten Umfang Sachmittel eingesetzt. Das werde auch nicht durch eine größere Freiheit bei der Gestaltung der Tätigkeit ausgeglichen, denn die Firma T. GmbH habe die Touren festgelegt. Die Beantragung des Existenzgründungszuschusses sei ausschließlich zur Aufnahme der Tätigkeit bei der T. GmbH erfolgt. Die feste Pauschale entspreche der Entlohnung eines Arbeitnehmers.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 22. Juni 2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung bezieht er sich auf das Urteil des SG und meint, dass eindeutig eine selbständige Tätigkeit vorliege. Er habe auch insofern ein Unternehmerrisiko getragen, als er mittelbar die Nutzung der Fahrzeuge der Firma T. gezahlt habe, weil er einen geringeren Stundensatz erhalten habe. Es sei auch nicht ungewöhnlich, dass ein Transportunternehmer, der sich gerade selbständig gemacht habe, nur einen Auftraggeber habe. Es sei auch üblich, dass mit Subunternehmern feste Stundensätze vereinbart würden. Nach der Begründung der Beklagten sei jeder selbständige Taxifahrer automatisch abhängig beschäftigt. Das gelte auch für Rechtsanwälte, Ärzte und andere Selbständige, die schon gesetzlich zur Abrechnung nach festen Sätzen verpflichtet seien. Außerdem sei es ihm rechtlich und tatsächlich möglich gewesen, weitere Aufträge anzunehmen, denn er sei für die Firma T. nachts gefahren, so dass er tagsüber unproblematisch weitere Aufträge annehmen könne. Für die Beurteilung müsse auch die Tatsache berücksichtigt werden, dass es ihm nunmehr gelungen sei, mehrere Auftraggeber zu finden, vier Mitarbeiter (den ersten im Jahr 2009) zu beschäftigen und drei eigene Autos zu betreiben. Es könne nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen zu sein, ihn dafür zu bestrafen, dass es einige Jahre gedauert habe, bis er mit seiner selbständigen Tätigkeit Fuß gefasst habe, denn das sei ja gerade der Sinn des Existenzgründungszuschusses. Es solle ihm das Risiko genommen werden, sich zunächst nur langsam am Markt etablieren zu können. Es könne deshalb nicht jetzt mit dem Argument, die Etablierung habe zu lange gedauert, dieser Existenzgründungszuschuss wieder zurück gefordert werden. Der Kläger hat Geschäftsunterlagen betreffend die Jahre 2006 und später sowie Mitarbeiter- und Autoleasingverträge ab 2009 vorgelegt.

Der Berichterstatter hat die Firma T. GmbH schriftlich befragt. Sie hat unter dem 16.04.2012 mitgeteilt, der Kläger sei ab 01.07.1999 als geringfügig Beschäftigter für sie tätig gewesen. Das Einkommen sei regelmäßig der Beklagten gemeldet worden. Ab 02.08.2004 habe er sich selbständig gemacht und Optiker, Apotheken und diverse Techniker in ihrem Auftrag beliefert. Feste Verträge hätten bisher nicht bestanden. Das sei nicht notwendig gewesen, weil der Kläger frei in seinen Entscheidungen handeln könne.

Die nunmehr zuständige Berichterstatterin hat den Rechtsstreit mit den Beteiligten am 28.11.2012 erörtert und E. K. als Zeugin gehört. Der Kläger hat im Rahmen der Erörterung angegeben, dass ihm irgendjemand - wohl der Berater bei der Beklagten - gesagt habe, er solle auf zwei oder drei Beinen stehen. Er habe deshalb immer wieder versucht, weitere Touren zu bekommen. Die Touren seien aber ab 8.00 Uhr morgens gewollt gewesen und für die T. GmbH sei er erst ab 4.00 Uhr fertig gewesen, so dass er die Ruhezeiten nicht habe einhalten können. Jetzt habe er eine andere Firma gefunden, für die er ab 12.00 Uhr fahren könne. Er habe damals bei mehreren Firmen sog. Probetouren durchgeführt. Dafür habe er keinen Cent gesehen. Das seien teilweise dubiose Firmen gewesen, die diese Art von Ausnutzung Dritter systematisch betrieben hätten. Man habe auch mal versucht, die Vergütung einzuklagen, aber er habe teilweise nicht einmal die richtigen Namen gekannt.

Die Zeugin E. K. ist Geschäftsführerin und Gesellschafterin der T. GmbH. Sie hat angegeben, der Kläger habe sehr lange auf dem Arbeitsmarkt gesucht und nichts gefunden. Er habe auch gewusst, dass bei ihnen die größeren Touren alle von Selbständigen gemacht würden. Bei der T. GmbH seien eigentlich nur im Bürobereich Festangestellte tätig und im ganz kleinen Rahmen bei Zeitungszustellungen. Ganz am Anfang habe man mit Festangestellten angefangen, das habe sich aber finanziell nicht rentiert, deshalb habe man auf das System mit den Selbständigen umgestellt. Die Minijobber bekämen 10 EUR die Stunde, weil sie meist mit eigenen Fahrzeugen, zu Fuß oder mit dem Fahrrad unterwegs seien. Selbständigen mit eigenen Fahrzeugen würden 15,50 EUR pro Stunde, bei Benutzung firmeneigener Fahrzeuge für Tagtouren 7,50 EUR und Nachttouren 9,20 EUR pro Stunde gezahlt. Es sei auch nicht so, dass Fahrer, die schneller führen, weniger für eine Tour gezahlt bekämen. Man habe einen zeitlichen Richtwert und der würde im Prinzip ausgezahlt, obwohl man im Sommer die Touren in der Regel schneller und im Winter etwas langsamer fahren könne. Bei Betriebsprüfungen sei bisher nie beanstandet worden, dass die Selbständigen eigentlich nicht selbständig seien. Die Fahrer müssten pro Tour bestimmte Punkte anfahren, die Reihenfolge sei ihrem Ermessen überlassen. Normalerweise bekämen die Fahrer einen Vertrag, in dem die zu fahrende Tour, der Stundenlohn, die ungefähre Dauer und die Verpflichtung zur Stellung einer Urlaubsvertretung vermerkt seien. Es sei inzwischen aufgefallen, dass der Kläger und auch weitere ungefähr seit dem gleichen Zeitraum tätige Fahrer keinen schriftlichen Vertrag erhalten hätten. Es gebe jetzt auch Kündigungsfristen. Inzwischen mache man auch Verträge betreffend die Nutzung der Transporter. Selbstverständlich könnten die Fahrer andere Touren annehmen, da mische sie sich nicht ein. Sie gehe davon aus, dass alle Selbständigen auch andere Touren führen. Konkret habe sie nicht nachgefragt, aber aus den Gesprächen habe sich das ergeben.

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird Bezug genommen auf einen Band Verwaltungsakten der Beklagten, einen Band Akten des Sozialgerichts Karlsruhe, zwei Bände Unterlagen des Klägers und die beim Senat angefallenen Akten.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist gemäß [§§ 143, 144](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Sie ist aber unbegründet. Das SG hat den Bescheid vom 30.10.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02.12.2008 zu Recht aufgehoben.

Der Senat kann gemäß [§ 124 Abs. 2 SGG](#) durch Urteil ohne mündliche Verhandlung entscheiden, weil die Beteiligten dieser Verfahrensweise zugestimmt haben.

Die Ermächtigungsgrundlage für die angefochtenen Bescheide findet sich in [§ 45 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 3 SGB X](#).

Der angefochtene Bescheid ist nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil er verfahrensfehlerhaft zustande gekommen ist, denn der vor Erlass des Bescheids vom 30.10.2008 begangene Verfahrensfehler wurde im Widerspruchsverfahren geheilt.

Nach [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) ist dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung maßgeblichen Tatsachen zu äußern bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in seine Rechte eingreift. Die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen sind solche, auf die die Behörde - vorliegend die Beklagte - den Verfügungssatz der beabsichtigten Entscheidung zumindest auch zu stützen beabsichtigt. Beurteilungsmaßstab für die Entscheidungserheblichkeit ist die materiell-rechtliche Rechtsauffassung der Behörde (von Wulffen in: von Wulffen, Kommentar zum SGB X, § 24 Rn. 9 mwN). Tatsachen sind solche, die den objektiven und den subjektiven Tatbestand der von der Behörde für maßgeblich gehaltenen Norm betreffen, die Anhörung muss also z.B. auch Tatsachen betreffend eventuell notwendigen Vorsatz oder Fahrlässigkeit umfassen.

Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Die Beklagte hat den Kläger vor Erlass des Bescheids vom 30.10.2008 nicht zu den subjektiven Tatsachen angehört, denn sie hat ihm nicht einmal mitgeteilt, dass sie von einem vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vorgehen des Klägers ausging.

Dieser Fehler wurde aber im Widerspruchsverfahren geheilt. Nach [§ 41 Abs. 2 SGB X](#) können Handlungen nach [§ 41 Abs. 1 Nr. 3 SGB X](#), d.h. Anhörungen, bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozialgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, denn der Kläger war mit Erlass des Ausgangsbescheids der Beklagten bekannt, dass diese davon ausging, dass er grob fahrlässig handelte, indem er die Tätigkeit für nur einen Auftraggeber nicht mitteilte. Er hatte Gelegenheit, sich im Widerspruchsverfahren dazu zu äußern.

Der angefochtene Bescheid in Gestalt des Widerspruchsbescheids ist auch hinreichend bestimmt, [§ 33 Abs. 1 SGB X](#). Zwar bezeichnet der Bescheid vom 30.10.2008 die aufzuhebenden Bescheide als "die Entscheidung" und gibt damit nicht zu erkennen, dass nicht ein sondern drei Bewilligungsbescheide aufgehoben werden sollen. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Entscheidung hinreichend bestimmt ist, denn jedenfalls aus dem Widerspruchsbescheid vom 02.12.2008 wird deutlich, dass die dort mit Datum bezeichneten Bewilligungsbescheide "allesamt" betreffend den näher bezeichneten Zeitraum rückwirkend aufgehoben werden sollen.

Der angefochtene Bescheid ist aber materiell rechtswidrig, denn die Voraussetzungen für eine Rücknahme nach [§ 45 SGB X](#) liegen nicht vor. Nach [§ 45 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Verwaltungsverfahren - (SGB X) darf ein Verwaltungsakt unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 auch nachdem er unanfechtbar geworden ist mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen werden, soweit er rechtswidrig ist und ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet hat. Er darf nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf seinen Bestand vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist, [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#). Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Richtung unvollständig oder unrichtig gemacht hat oder er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts kannte oder grob fahrlässig nicht kannte. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#). Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, ist die Bewilligung von Existenzgründungszuschuss auch für die Vergangenheit zurückzunehmen, [§ 330 Abs. 2](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III).

Die Bescheide vom 27.07.2004, 06.10.2005 und 02.08.2006 waren nicht rechtswidrig, denn dem Kläger stand für den gesamten Zeitraum vom 02.08.2004 bis 01.08.2007 Existenzgründungszuschuss zu. Nach [§ 421](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch in der hier maßgeblichen Fassung des 3. Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003 ([BGBl I S. 2848](#)) konnten Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beenden, einen monatlichen Existenzgründungszuschuss in Anspruch nehmen, wenn weitere - hier vorliegende - Voraussetzungen erfüllt waren. Der Begriff der selbständigen Tätigkeit ist insofern abzugrenzen von demjenigen der abhängigen Beschäftigung. Selbständig ist die Tätigkeit, wenn sie mit einem Unternehmerrisiko verbunden ist, ein Weisungsrecht Dritter fehlt und die Befugnis besteht, über die eigene Arbeitskraft, die Arbeitszeit und den Arbeitsort im Wesentlichen frei zu verfügen (Brandts in: Niesel, Kommentar zum SGB III, 3. Aufl. 2005, § 421 Rn. 9).

Beschäftigung ist demgegenüber die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Eine Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig

beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (BSG, Urteil vom 28.05.2008 - [B 12 KR 13/07 R](#), veröffentlicht in Juris, Rn. 15). Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (BSG, Urteil vom 04.06.1998 - [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#)).

Indizien für eine Beschäftigung sind der Abschluss eines Arbeitsvertrags, Anwesenheits- und Zeitkontrollen, Arbeitsplätze in den Räumen des Arbeitgebers, Arbeitszeit nach Vorgaben des Arbeitgebers, fehlende eigene Betriebsmittel, bezahlter Urlaub, feste gleich bleibende Vergütung, Verbuchung als Lohnsteuer, wirtschaftliche Abhängigkeit und der Wille der Vertragspartner. Für eine selbständige Tätigkeit sprechen die Vorhaltung eigenen Arbeitsmaterials, die Verbuchung der Einnahmen mit Umsatzsteuer, die Beschäftigung und Bezahlung eigenen Personals, die eigene Gewerbeanmeldung, das Unternehmerrisiko, das Vergütungsrisiko (vgl. Segebrecht, JurisPK SGB IV, 2. Aufl. § 7 Rn. 117).

Der alleinige Einsatz der eigenen Arbeitskraft schließt die Annahme einer selbständigen Tätigkeit nicht von vorneherein aus (vgl. BSG, Urteil vom 28.05.2008 - [B 12 KR 13/07 R](#), Juris - zu Freelance Piloten; BAG, Urteil vom 27.06.2001 - [5 AZR 561/99](#), [BAGE 98, 146](#) zur Arbeitnehmereigenschaft von Kurierdienstfahrern; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 13.09.2007 - [L 5 R 5/06](#), Juris zu Kurierfahrern). Allerdings ist die alleinige "Vermietung" der eigenen Arbeitskraft als Fahrer ohne im Besitz eines Fahrzeugs zu sein, ein starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.11.2008 - [L 4 KR 4098/06](#), Juris und sozialgerichtsbarkeit.de). Weiterhin ist die Tätigkeit eines Kurierfahrers, der nur für einen Auftraggeber tätig war, in der Rechtsprechung wiederholt als abhängige Beschäftigung beurteilt worden (LSG Bayern, Urteil vom 26.03.2009 - [L 9 AL 33/06](#), Juris; LSG Schleswig Holstein - Urteil vom 20.11.2001 - [L 1 KR 42/01](#), Juris, [NZS 2002, 650](#); SG Leipzig, Urteil vom 02.12.2009 - [S 8 KR 155/08](#), Juris).

Im vorliegenden Fall stellt sich die Tätigkeit des Klägers nach ihren Gesamtumständen als selbständige Tätigkeit dar.

Gegen eine selbständige Tätigkeit und für eine abhängige Beschäftigung bei der T. GmbH spricht zunächst die Tatsache, dass der Kläger bereits vor Anmeldung seiner selbständigen Tätigkeit als Kurierfahrer und für Kleintransporte für die T. tätig war. Diese Tätigkeit unterschied sich aber grundlegend von der nachfolgenden Tätigkeit. Zunächst wurden ihm als abhängig Beschäftigten ausschließlich kurzfristige Tagtouren gegeben, die zu einem festen Stundensatz vergütet wurden und die jeweils zu einem bestimmten Empfänger durchzuführen waren. Darüber hinaus war der Kläger als Springer tätig, d.h. er half aus, wenn andere Mitarbeiter nicht fahren konnten. Die Tätigkeit war von vorneherein als geringfügige Beschäftigung konzipiert und sollte nicht darüber hinaus gehen. Die spätere Tätigkeit unterscheidet sich insofern von dieser Tätigkeit als der Kläger vor allem Nachttouren erhielt, auf denen die T. allein selbständige Subunternehmer einsetzte, die sie also gar nicht (mehr) an ihre Angestellten vergab. Diese Tätigkeit wurde zwar auch nach einem festen Stundensatz vergütet, aber nach der Aussage von Frau K. im Erörterungstermin vom 28.11.2012 wurde dieser feste Stundensatz eher lax gehandhabt. Faktisch wurde ein fester Satz für eine bestimmte Tour gewährt. Weiterhin lud der Kläger als geringfügig Beschäftigter die Medikamente nicht selbständig beim Auftraggeber der Firma T., sondern übernahm diese von einem Dritten auf einem dafür verabredeten Parkplatz, während er sich als Selbständiger unmittelbar zum Depot der Firma P. begab.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht weiterhin, dass der Kläger zumindest teilweise den Weisungen der T. GmbH unterlag, denn er musste in einem bestimmten Zeitrahmen die Medikamente bei der Firma P. einladen und diese auch bis zu einem bestimmten Zeitpunkt an den jeweiligen Apotheken abgeliefert haben. Weiterhin fuhr er täglich dieselben Apotheken an, die ihm von der T. GmbH vorgegeben waren. Zeitliche Vorgaben als solche schließen aber nicht von vorneherein eine selbständige Tätigkeit aus, denn sie sind auch unter Selbständigen durchaus üblich, wenn sie durch Sachzwänge bedingt sind. Das ist vorliegend schon daraus erkennbar, dass die zeitlichen Vorgaben nicht von der Firma T. GmbH selbst gemacht wurden, sondern sich aus den Öffnungszeiten des Depots der Firma P. und den Öffnungszeiten der Apotheken ergaben. Die Reihenfolge der Anfahrten an die Apotheken blieb den Fahrern überlassen, so dass der Kläger insofern über seine Zeit dazwischen frei verfügen konnte und z.B. den Transporter der T. GmbH - nach Absprache - zwischenzeitlich irgendwo abstellen und einen anderen Kurzauftrag mit einem eigenen Fahrzeug hätte erledigen können.

Weiterhin spricht für eine abhängige Beschäftigung des Klägers die Nutzung der Fahrzeuge der T. GmbH. Er nutzte insofern Betriebsmittel der T. GmbH und war darauf angewiesen, dass diese ihm die Fahrzeuge zur Verfügung stellte, ihn mit den Papieren und Schlüsseln zu den Fahrzeugen ausstattete und diese auch versicherte. Das spricht für eine gewisse weitere Eingliederung in den Betrieb der T. GmbH, die die Fahrzeuge nicht auf unbestimmte Zeit zur Verfügung stellte, sondern sie tagsüber und zu anderen Zeiten von anderen Personen nutzen ließ, die einen eigenen Schlüssel hatten. Dem steht allerdings die Tatsache gegenüber, dass der Kläger für die Nutzung des Fahrzeugs der T. GmbH insofern bezahlte, als ihm für die Touren ein erheblich geringerer Stundensatz zustand als Fahrern, die mit eigenen Fahrzeugen fahren. Jetzt hat der Kläger nach eigenem Vorbringen drei eigene Fahrzeuge, so dass er mit eigenen Betriebsmitteln auch das typische Unternehmerrisiko zu tragen hat.

Schließlich spricht für eine abhängige Beschäftigung des Klägers, dass er im gesamten Bezugszeitraum des Existenzgründungszuschusses ausschließlich für die T. GmbH tätig war und damit tatsächlich wirtschaftlich von ihr abhängig war. Dem steht aber gegenüber, dass die T. GmbH ihm gegenüber weder ein Verbot der Annahme weiterer Aufträge noch ein Konkurrenzverbot noch jegliche sonstige Einschränkung hinsichtlich weiterer Aufträge ausgesprochen hatte. Der Umfang der Tätigkeit für die T. GmbH war auch nicht so groß, dass es dem Kläger faktisch unmöglich war, weitere Aufträge anzunehmen. Der Kläger war tatsächlich nachts im Rahmen von täglich ca. 6 bis 6,5 Stunden für die T. GmbH tätig. Daneben war es ihm - auch unter Einhaltung notwendiger Ruhezeiten - möglich weitere mehr als nur geringfügige Aufträge tagsüber anzunehmen und durchzuführen.

Der Kläger hat sich auch um weitere Aufträge bemüht und tatsächlich mehrfach für andere Firmen Fahrten übernommen. Das steht zur Überzeugung des Senats aufgrund seiner Angaben im Widerspruchsverfahren fest, die im Wesentlichen mit seinen Angaben vor dem Sozialgericht und dem Senat im Erörterungstermin am 28.11.2012 sowie der Aussage von Herrn Q. vor dem Sozialgericht im Einklang stehen, der darüber berichtete, dass man sich über die Möglichkeit der Erlangung weiterer Aufträge ausgetauscht habe. Auch die Aussage der Zeugin K. passt dazu, die angegeben hat, dass sie davon ausgehe, dass alle ihrer Fahrer noch weitere Auftraggeber hätten. Dem entspricht auch der heutige Auftragstand des Klägers, der zwischenzeitlich neben der Firma T. GmbH weitere Auftraggeber hat und auch mit eigenen Kleintransportern Aufträge erledigt.

Für eine selbständige Tätigkeit spricht auch, dass zwischen dem Kläger und der T. keine Urlaubsregelung getroffen wurde und der Kläger

tatsächlich seine Aufträge auch durch Dritte durchführen lassen konnte. Weiterhin spricht für die selbständige Tätigkeit des Klägers, dass er seine Leistung weiteren Auftraggebern anbot, also Eigenwerbung betrieb und dass er seine Tätigkeit als Gewerbe anmeldete und Mehrwertsteuer abführte und in seinen Rechnungen auswies.

Das Gesamtbild der Tätigkeit des Klägers in der Zeit vom 02.08.2004 bis 01.08.2007 stellt sich als typischer Fall einer im Aufbau befindlichen Tätigkeit als selbständiger Kurierfahrer und Kleintransporteur dar, der zunächst einen Auftraggeber hatte und durch beständiges Suchen und Eigenwerbung weitere Aufträge erreichen konnte. Im Ergebnis ist der Kläger als typischer Existenzgründer genau den Weg gegangen, der durch [§ 421f SGB III](#) gefördert werden sollte.

Es kann daher dahinstehen, ob die subjektiven Voraussetzungen für eine Rücknahme der Bescheide zur Bewilligung von Existenzgründungszuschuss vorlagen, weil der Kläger vorsätzlich oder grob fahrlässig unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht hat.

Die Berufung war deshalb zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2013-02-18