

## L 12 AL 5/07

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Düsseldorf (NRW)  
Aktenzeichen  
S 19 AL 121/05  
Datum  
27.11.2006  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 12 AL 5/07  
Datum  
12.11.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7 AL 3/09 B  
Datum  
03.03.2009  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 27.11.2006 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten des Klägers sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Rücknahme der Bewilligung von Überbrückungsgeld (Übbg) und die Erstattung der erbrachten Leistungen.

Der 1949 geborene Kläger bezog nach über 20-jähriger abhängiger Beschäftigung als Wartungs- und Reparaturmonteur bestimmter Maschinen im In- und auch im außereuropäischen Ausland bei der T AG und nachfolgend bei der E AG sowie nach einer von der Beklagten geförderten Feststellungsmaßnahme ab 02.07.1996 Arbeitslosengeld (Alg).

Mit Wirkung zum 26.08.1996 teilte er die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter der U GmbH mit, die am 21.08.1996 einschließlich dem Kläger von vier ehemaligen Beschäftigten der E AG gegründet worden war. Dabei wurden die Anteile von den vier Gesellschaftern zu gleichen Teilen übernommen.

Mit Bescheid vom 02.09.1996 bewilligte die Beklagte dem Kläger für die Zeit vom 26.08.1996 bis 23.02.1997 Übbg sowie Aufwendungen für Krankenversicherung und Altersvorsorge in Höhe von insgesamt 24.980,80 DM.

Am 29.04.2002 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte Alg. Als Beschäftigungszeit gab er dabei die Tätigkeit bei der U GmbH vom 26.08.1996 bis 30.04.2002 an, während der er im ersten halben Jahr das Übbg erhalten hatte.

Nachdem sich die Beklagte vom Kläger den Gesellschaftsvertrag vom 21.08.1996 und den Arbeitsvertrag vom 26.08.1996 mit Ergänzung vom 31.01.2002 sowie den Feststellungsbogen vom 15.05.2002 hatte vorlegen lassen, lehnte sie mit Bescheid vom 03.06.2002 die Bewilligung von Alg ab, weil der Kläger die hierfür erforderliche Anwartschaftszeit nicht erfüllt habe. Der hiergegen erhobene Widerspruch blieb ohne Erfolg. Im nachfolgenden Klageverfahren (S 32 AL 196/02 SG Düsseldorf) erkannte die Beklagte dann im Termin am 11.06.2004 nach der Vernehmung des Mitgesellschafters Q als Zeugen den Anspruch des Klägers auf Bewilligung von Alg an. Mit Bescheid vom 05.07.2004 bewilligte sie dem Kläger ab 01.05.2002 für die Dauer von 780 Tagen Alg, das mit Unterbrechungen bis 30.06.2004 gezahlt wurde.

Mit Bescheid der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte vom 12.04.2004 wurde dem Kläger dann rückwirkend eine Rente wegen voller Erwerbsminderung mit Wirkung ab 01.03.2003 gewährt. Daraufhin hob die Beklagte die Bewilligungsentscheidung (Alg) für die Zeit ab 01.03.2003 auf und machte gegenüber dem Rentenversicherungsträger wegen der an den Kläger erbrachten Leistungen Erstattung geltend (19.652,29 EUR).

Nach der Alg-Bewilligung aufgrund der Beschäftigung des Klägers bei der U GmbH überprüfte die Beklagte nunmehr die Übbg-Bewilligung und nahm nach Anhörung des Klägers (Schreiben vom 19.01.2005) den Bewilligungsbescheid vom 02.09.1996 mit Bescheid vom 31.01.2005 zurück, weil im Nachhinein festgestellt worden sei, dass es sich bei der Beschäftigung des Klägers bei der U GmbH um eine nicht selbständige Tätigkeit gehandelt habe. Sie forderte die Erstattung der Leistungen von insgesamt 24.980,80 DM (12.772,48 EUR), wobei sie die Überzahlung im Umfang von 195,00 EUR monatlich gegen einen neuerlichen Anspruch des Klägers auf Übbg ab 05.10.2004 (Bewilligungsbescheid vom 16.09.2004) aufrechnete.

Den unter Bezugnahme auf seine Stellungnahme vom 27.01.2005 und unter Berufung auf Verjährung und Verwirkung erhobenen Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 23.05.2005 zurück: Der Kläger habe bei Antragstellung zu der von ihm angegebenen selbständigen Tätigkeit zumindest grob fahrlässig unvollständige Angaben gemacht. Er hätte wissen müssen, dass er aufgrund seiner nicht selbständigen Tätigkeit keinen Anspruch auf Übbg habe. Die Beklagte habe erst durch das bis 11.06.2004 beim SG Düsseldorf anhängige Verfahren Kenntnis davon erlangt, dass der Kläger tatsächlich keine selbständige Tätigkeit ausgeübt habe.

Am 03.06.2005 hat der Kläger vor dem SG Düsseldorf Klage erhoben. Zur Begründung hat er vorgetragen, anlässlich der Beantragung des Übbg sei die Beklagte über das geplante Vorhaben vollständig unterrichtet gewesen. Insbesondere ergebe sich aus dem Schreiben des Bruders des Klägers vom 17.08.1996 zum Existenzgründungsvorhaben des Klägers, dass die GmbH mit vier produktiven Mitarbeitern habe handeln wollen. Dass es sich hierbei um die vier Gesellschafter gehandelt habe und diese dann als Mitarbeiter auch entsprechende Verträge mit der GmbH abschließen würden, habe auf der Hand gelegen. Der Beklagten könne auch nicht verborgen geblieben sein, dass der Kläger von dem bei der U GmbH erzielten Gehalt Sozialabgaben entrichtet habe. Spätestens seit September 2002 sei die Beklagte bestens über die gesamte Situation bei der U GmbH informiert gewesen. Auf dieser Grundlage habe die Beklagte selbst bis vor kurzem die Auffassung vertreten, der Kläger sei Selbständiger. Nunmehr habe sie ihre Meinung um 180 Grad geändert. Angesichts dieser rechtlich durchaus komplizierten Situation, die für den Kläger undurchschaubar gewesen sei, könne ihm kein Vorwurf gemacht werden.

Im Hinblick auf den zeitlichen Ablauf hat sich der Kläger darüber hinaus auf Verjährung und Verwirkung berufen.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid vom 31.01.2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23.05.2005 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat an ihrer Auffassung festgehalten. Sie hat darauf hingewiesen, dass aus den damals vorgelegten Unterlagen ein Über-/Unterordnungsverhältnis nicht zu entnehmen gewesen sei. Der Kläger habe vorgegeben, eine selbständige Tätigkeit aufzunehmen. Tatsächlich sei er aber nicht selbständig tätig gewesen und habe dies auch gewusst. Die Bewertung seiner Tätigkeit als ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sei abschließend erst im Gerichtstermin am 11.06.2004 erfolgt. Erst zu diesem Zeitpunkt hätten alle für die Entscheidung erforderlichen Erkenntnisse vorgelegen.

Der Kläger hat ergänzend Gehaltsabrechnungen für die Zeit von August 1996 bis Februar 1997 vorgelegt. Daraus folgt, dass von seinem Gehalt Lohn- und Kirchensteuer abgeführt wurden sowie der Solidarbeitrag, außerdem Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung. Darüber hinaus erhielt der Kläger ab September 1996 Zuschüsse des Arbeitgebers zur freiwilligen Kranken- und Pflegeversicherung sowie den Arbeitgeberanteil zu vermögenswirksamen Leistungen.

Mit Urteil vom 27.11.2006 hat das SG die Klage im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, die Rücknahme der Übbg-Bewilligung sei zu Recht erfolgt, weil der Bewilligungsbescheid auf Angaben beruhe, die der Kläger grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unvollständig gemacht habe ([§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch - Sozialverfahren und Sozialdatenschutz - \[SGB X\]](#)). Die Fristen nach [§ 45 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 SGB X](#) sowie nach Abs. 4 Satz 2 dieser Vorschrift seien eingehalten und hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten Verwirkung fehle es bereits am erforderlichen "Zeitmoment" (Zeitablauf).

Auf die Entscheidungsgründe im Übrigen wird Bezug genommen.

Gegen das am 04.01.2007 zugestellte Urteil hat der Kläger am 24.01.2007 Berufung eingelegt. Unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen begründet er seine Berufung im Wesentlichen wie folgt: Dass der Abschluss von Angestelltenverträgen zwischen der Gesellschaft und den mitarbeitenden Gesellschaftern im Wirtschaftsleben eine völlig normale und typische Folge sei, hätte der Beklagten bekannt sein müssen. Daher hätte sie den Hinweis geben müssen, dass sich die Gesellschafter nicht in ein Angestelltenverhältnis zur U GmbH begeben dürften, bzw. hätte sie entsprechende Nachfragen stellen müssen. Der Kläger habe jedenfalls seiner Mitwirkungspflicht genügt und sich absolut korrekt verhalten. Mit der Unterzeichnung des Angestelltenvertrages habe der Kläger keinesfalls irgendwelche Zweifel bekommen können, denn er sei Techniker und habe Verwaltungstätigkeiten nicht erlernt. Aus seiner Sicht habe es keinen vernünftigen Grund gegeben, das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 23.08.1996 sowie den Arbeitsvertrag vom 26.08.1996 vorzulegen. Ansonsten sei steuerrechtlich auch keine andere vernünftige Regelung möglich gewesen. Wenn die Bewilligung von Übbg nur ohne einen Arbeitsvertrag möglich gewesen sei, hätte die Beklagte ihn entsprechend beraten müssen. So wie er hätten auch die anderen Gesellschafter keine Hinweise auf die Rechtsproblematik erhalten. Keiner von ihnen habe daher fahrlässig gehandelt, allenfalls habe die Beklagte Ermittlungsfehler begangen. Dass er angenommen habe, er könne gleichzeitig selbständig und abhängig beschäftigt sein, sei daher glaubhaft. Hätte er gewusst, dass er keinesfalls als Selbständiger hätte geführt werden dürfen, hätte er den Antrag nicht gestellt oder in den Gesellschaftsvertrag eine Sperrminorität eingebaut. Er sei jedoch völlig rechtsunkundig, deshalb sei er sehr verwundert gewesen, dass er als vermeintlich Selbständiger Sozialabgaben leisten müsse. Er habe sich aber nichts "Bösesartiges" gedacht. Da der Beklagten bekannt gewesen sei, dass wegen der vier Gesellschafter nur eine 25-prozentige Beteiligung in Betracht gekommen sei, hätte sie erkennen müssen, dass ohne eine Sperrminorität eine Problematik hinsichtlich der Selbständigkeit vorgelegen habe. Ohne Sperrminorität hätten von Anfang an keine Leistungen an den Kläger gezahlt werden dürfen, oder der Gesellschaftsvertrag hätte entsprechend umgestaltet werden müssen. Er habe dem zuständigen Sachbearbeiter der Beklagten präzise seine Situation mehrfach geschildert. Es sei aber von einer hochkomplizierten Materie auszugehen, die der Kläger habe nicht durchschauen können. Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 27.11.2006 zu ändern und nach dem erstinstanzlichen Antrag zu erkennen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie erwidert, die Bewilligung des Übbg sei rechtswidrig gewesen, weil der Kläger am 26.08.1996 eine abhängige Beschäftigung aufgenommen habe. Bei Antragstellung habe der Kläger mit seiner Angabe, er nehme eine selbständige Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter auf, in wesentlicher Beziehung unrichtige, zumindest aber unvollständige Angaben gemacht. Er habe nur Unterlagen vorgelegt, die Indizien für eine selbständige Tätigkeit enthalten hätten. Es sei nicht glaubhaft, dass er angenommen habe, gleichzeitig selbständig und abhängig beschäftigt zu sein. Sie (die Beklagte) habe grundsätzlich zunächst von der Richtigkeit der Angaben des Antragstellers auszugehen. Nur bei begründeten Zweifeln sei sie zu einer näheren Überprüfung verpflichtet. Bei Angabe der Gründung einer GmbH mit vier Gesellschaftern und Anteilen von jeweils 25 % bestehe kein Anlass, die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit in Zweifel zu ziehen. Durch die Bezeichnung "mitarbeitender Gesellschafter" und der Existenz eines Arbeitsvertrages zwischen einem Gesellschafter und der GmbH sei nicht bereits eine eindeutige und zweifelsfreie Statureigenschaft gegeben. Nach der von ihr zitierten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts könne auch ein Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung eine selbständige Tätigkeit ausüben, wenn er nur in bestimmten Geschäften in der Entscheidungsfreiheit beschränkt sei, ohne einem für die persönliche Abhängigkeit ausschlaggebenden Direktionsrecht der Gesellschaft unterworfen zu sein. Es sei darauf hinzuweisen, dass das Übbg dem Kläger persönlich und nicht etwa der GmbH bewilligt worden sei. Der Kläger müsse erkennen, dass der von ihm erstrittene Anspruch auf Alg nicht mit dem Behalten des dann zu Unrecht gewährten Übbg in Einklang gebracht werden könne. Im Übrigen komme es bei der Abgrenzung eines abhängig beschäftigten Arbeitnehmers von einem selbständig Tätigen auf die tatsächlichen Verhältnisse an und nicht darauf, wie sie dargestellt würden.

Der Erstattungsanspruch sei auch nicht verjährt.

Es möge zwar sein, dass sich der Kläger in einem unverschuldeten Irrtum befunden habe. Allerdings reichten seine Hinweise auf eine Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter und eine Beteiligung von 25 % nicht aus, um seitens der Mitarbeiter der Beklagten erkennen zu können, dass der Kläger seinen zukünftigen Status falsch beurteilt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte verwiesen. Auf den Inhalt der den Kläger betreffenden Verwaltungsakten der Beklagten sowie der Vorprozessakten [S 19 AL 121/05](#), S 32 AL 196/02, S 19 AL 9/05 und S 19 AL 11/05, der ebenfalls Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, wird Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. Das SG hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 31.01.2005 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 23.05.2005 ist rechtmäßig und beschwert den Kläger nicht im Sinne von [§ 54 Abs. 2 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Die Beklagte hat die Entscheidung über die Bewilligung des Übbg (Bescheid vom 02.09.1996) zu Recht zurückgenommen und vom Kläger die von ihr erbrachten Leistungen, das Übbg sowie die Aufwendungen für die Krankenversicherung und die Altersvorsorge für die Zeit vom 26.08.1996 bis 23.02.1997, erstattet verlangt.

Rechtsgrundlage der Rücknahmeentscheidung ist [§ 45 Abs. 1 SGB X](#). Die Voraussetzungen dieser Vorschrift sind erfüllt. Der das Übbg bewilligende Bescheid vom 02.09.1996 ist rechtswidrig, weil damit das Übbg mangels Anspruchs zu Unrecht bewilligt wurde. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat zunächst auf die Ausführungen des SG zu [§ 45 SGB X](#) als Rechtsgrundlage für die Rücknahmeentscheidung ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Die Rücknahme der Bewilligung ist auch nicht ausgeschlossen, weil sich der Kläger gemäß [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) nicht auf Vertrauen berufen kann, so dass der Bescheid gemäß [§ 330 Abs. 2](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - (SGB III) als gebundene Entscheidung mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen war.

Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob der Kläger - wie vom SG zugrunde gelegt - sich nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen gemäß [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X](#) berufen kann, weil er bei Antragstellung zumindest unvollständige Angaben machte und es - wie vom Kläger gerügt - möglicherweise an der erforderlichen Ursächlichkeit der nicht vollständig gemachten Angaben für die Übbg-Bewilligung fehlte. Denn die Beklagte ging beim Antrag des Klägers auf Alg im April 2002 trotz der zu diesem Zeitpunkt erlangten Kenntnis vom Inhalt des Gesellschaftervertrages und des Arbeitsvertrages des Klägers zunächst weiterhin von einer selbständigen Beschäftigung des Klägers bei der U GmbH aus.

Der Kläger kann sich jedoch gemäß [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 SGB X](#) nicht auf Vertrauen berufen, weil er zumindest infolge grober Fahrlässigkeit die Rechtswidrigkeit des Übbg bewilligenden Bescheides nicht kannte. Dabei kommt es entgegen der Auffassung des SG in seinem Fall nicht auf die Beantwortung der Frage durch ihn als juristischen Laien an, wann ein GmbH-Geschäftsführer selbständig oder abhängig beschäftigt ist. Von ihm war vorliegend leicht zu erkennen, dass er bei der U GmbH abhängig beschäftigt war, die Leistungen von Übbg jedoch die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit voraussetzt und er deshalb keinen Anspruch auf Übbg hatte. Der Senat ist davon überzeugt, dass dies beim Kläger der Fall war. Dafür sprechen folgende Umstände:

Bei der ersten Gesellschafterversammlung am 23.08.1996 lagen den Teilnehmern, also auch dem Kläger, laut dem Tagesordnungspunkt 10 auch die Arbeitsverträge vor, sie wurden vorgelesen und in der vorgelegten Form einstimmig angenommen. Der Arbeitsvertrag des Klägers datiert vom 26.08.1996 und enthält keine Bestandteile, die gegen eine abhängige Beschäftigung und für eine selbständige Tätigkeit sprechen könnten. Entsprechend seiner Überschrift "Arbeitsvertrag für Angestellte ohne Tarifbindung" enthält er vielmehr in 16 Paragraphen mit Unterpunkten für diese Arbeitnehmer übliche Vereinbarungen u.a. über Inhalt und Beginn des Arbeitsverhältnisses, Arbeitszeit, Vergütung, Urlaub, Arbeitsunfähigkeit, persönliche Verhinderung, Verschwiegenheitspflicht und Nebentätigkeit.

Laut seinen dem SG vorgelegten "Abrechnungen der Brutto-/Nettobezüge" wurden vom Gehalt des Klägers zudem Lohn- und Kirchensteuer, der Solidarbeitrag sowie Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung abgeführt. Zudem erhielt er danach Zuschüsse des Arbeitgebers zur Pflegeversicherung und zur freiwilligen Krankenversicherung sowie den Arbeitgeberanteil zu den vermögenswirksamen Leistungen.

Nach alldem musste dem Kläger, der vor seiner Beschäftigung bei der U GmbH immer nur abhängig beschäftigt war und für den sich in diesem neuen Beschäftigungsverhältnis in der tatsächlichen Arbeit in Gestalt von Wartungs- und Monteurtätigkeiten als Techniker überwiegend im Ausland nichts ändern würde und für den als stellvertretenden Geschäftsführer deshalb noch nicht einmal eine Vertretung des Geschäftsführers in Betracht kommen würde, ganz klar sein, dass er nicht selbständig tätig, sondern abhängig Beschäftigter war. Dies unterliegt insbesondere auch deshalb keinem Zweifel, weil der Kläger durch seinen Vortrag in dem wegen des Alg geführten Prozesses bestätigte, dass er seine Tätigkeit nie als eine selbständige Tätigkeit verstanden habe und er keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Firma habe ausüben können.

Kein Zweifel besteht zudem auch daran, dass der Kläger wusste, dass das Übbg nur im Falle einer selbständigen Tätigkeit gezahlt wurde bzw. wird. Denn im obigen genannten Vorprozess erklärte er in der mündlichen Verhandlung auf die Frage, warum er 1996 bei der Abmeldung gegenüber dem Arbeitsamt die Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit angegeben habe, "dies sei vor dem Hintergrund geschehen, dass er damals Übbg aufgrund dieser selbständigen Tätigkeit erhalten habe."

Die Beklagte hat schließlich den Rücknahme- und Erstattungsbescheid auch unter Einhaltung der Einjahresfrist ([§ 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X](#)) sowie der Zehnjahresfrist ([§ 45 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 SGB X](#)) erlassen und auch die Verwirkung steht ihm nicht entgegen. Zur weiteren Begründung dazu verweist der Senat auf die vom SG gemachten Ausführungen, die er für zutreffend hält ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

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

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die hierfür in [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG](#) genannten Voraussetzungen nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2009-03-23