

## L 5 R 341/05

Land  
Hessen  
Sozialgericht  
Hessisches LSG  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung

5  
1. Instanz  
SG Kassel (HES)  
Aktenzeichen  
S 7/1 RJ 998/03

Datum  
31.10.2005  
2. Instanz  
Hessisches LSG  
Aktenzeichen  
L 5 R 341/05

Datum  
28.08.2009  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 13 R 68/09 R

Datum  
12.05.2011  
Kategorie  
Urteil

Leitsätze

Auch bei Rücknahmeentscheidungen i.S.v. [§ 45 SGB X](#) im Bereich der Rentenversicherung kommt eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Behörde die objektive Beweislast für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Bewilligungsbescheides trifft, jedenfalls dann in Betracht, wenn in der persönlichen Sphäre oder im Verantwortungsbereich des Leistungsempfängers wurzelnde Vorgänge nicht aufklärbar sind und der Leistungsempfänger die Nichtaufklärbarkeit mitverschuldet hat.

Liegen diese Voraussetzungen vor, trägt der Leistungsempfänger im Sinne einer Beweislastumkehr das Risiko der Nichterweislichkeit der Rechtswidrigkeit.

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Kassel vom 31. Oktober 2005 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit der den Zeitraum vom 1. Juni 1991 bis zum 31. Mai 1993 betreffenden Aufhebung eines Altersruhegeldbescheides sowie über die Verpflichtung zur Erstattung des aufgrund des Bescheides von der Beklagten für diesen Zeitraum erbrachten Altersruhegeldes in Höhe von EUR 27.554,24.

Der 1928 geborene und 2006 verstorbene C. (Versicherter) beantragte am 19. Februar 1991 bei der Beklagten die Gewährung einer Versichertenrente aus der Arbeiterrentenversicherung. Er gab an, seit Januar 1987 als Kranführer bei der Fa. E. tätig gewesen zu sein. Mit "Erklärung über die Aufgabe der Beschäftigung oder Tätigkeit", die ebenfalls vom 19. Februar 1991 datiert, teilte der Versicherte mit, er habe die Beschäftigung bei der Firma E. am 31. August 1989 aufgegeben. Auf dem Formular findet sich der Zusatz: "Sollte ich darüber hinaus eine Beschäftigung gegen Entgelt oder eine selbständige Erwerbstätigkeit fortsetzen oder wieder aufnehmen, werde ich dies der Landesversicherungsanstalt Hessen unverzüglich mitteilen." Der Versicherte unterzeichnete dieses Formular. Zugleich reichte er eine Bescheinigung der Firma E. vom 22. Februar 1991 ein, wonach diese erklärte, man werde das Arbeitsverhältnis mit dem Versicherten "wegen Vorruhestandsende" zum 31. Mai 1991 beenden. Aus dem in der Rentenakte der Beklagten befindlichen Versicherungsverlauf, auf den hiermit verwiesen wird (Bl. 33 bis 36 der Rentenakte), ergibt sich, dass in dem Zeitraum von Februar 1989 bis einschließlich Mai 1991 Pflichtbeiträge im Rahmen des Vorruhestands geleistet wurden.

Mit Bescheid vom 5. April 1991 gewährte die Beklagte dem Versicherten ab dem 1. Juni 1991 ein Altersruhegeld in Höhe von anfänglich DM 2.115,23 monatlich (netto) nach § 1248 Abs. 1 RVO. Auf Seite 3 des Bescheides findet sich, unter der Überschrift "Auflagen und Vorbehalte", folgende Formulierung:

"Das Altersruhegeld fällt mit dem Beginn des Monats weg, in dem eine Beschäftigung oder Erwerbstätigkeit aufgenommen oder ausgeübt wird, die die in den beigelegten Erläuterungen zum Rentenbescheid genannte Zeitdauer oder die Entgelts- bzw. Arbeitseinkommengrenze überschreitet. Es besteht bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres die gesetzliche Verpflichtung, die Aufnahme oder Ausübung einer über den genannten Rahmen hinausgehenden Beschäftigung oder Erwerbstätigkeit dem Rentenversicherungsträger unverzüglich anzuzeigen."

Hinsichtlich des Inhalts der Erläuterungen, auf die verwiesen wird, wird auf das von der Beklagten eingereichte Muster, Bl. 262 - 265 der

Gerichtsakte, verwiesen.

Von Juli 1991 bis einschließlich Juni 1992 betrug die Höhe der monatlichen Rentenzahlungen DM 2.222,33 und von Juli 1992 bis einschließlich Mai 1993 DM 2.282,51 (jeweils netto).

In dem Zeitraum von Mitte 1989 bis einschließlich Januar 1994 war der Versicherte bei der Firma G. GmbH beschäftigt. Das Entgelt für seine Tätigkeit wurde ihm jeweils freitags in bar ausgezahlt, wobei der Versicherte den Empfang quittierte. Der Umfang der Tätigkeit und die Höhe des erzielten Einkommens sind zwischen den Beteiligten streitig. Das erzielte Einkommen wurde nicht gegenüber den Finanzbehörden bzw. gegenüber der Beklagten angegeben.

Vom 21. April 1997 bis zum 11. Mai 1998 fand bei der Fa. G. GmbH eine Lohnsteuer-Außenprüfung durch das H. B-Stadt statt. Prüfzeitraum war August 1993 bis einschließlich April 1997. In ihrem Bericht vom 13. Mai 1998 stellte die Lohnsteuer-Außenprüferin I. u.a. fest, in den Jahren 1990 bis 1993 seien an den Arbeitnehmer C. Lohnzahlungen geleistet worden, die bislang nicht der Lohnsteuer unterworfen worden seien. Die Lohnzahlungen seien einerseits über den betrieblichen Bereich der Firma G. GmbH erfolgt, wobei die gebuchten Kosten als Herstellungsaufwand des Betriebsgebäudes behandelt worden seien. Andererseits seien die Lohnzahlungen durch den Zeugen J. privat veranlasst worden, indem die entsprechenden Abbuchungen über das Darlehenskonto seiner Ehefrau erfolgt seien. Durch die Firma G. GmbH seien 1990 DM 12.800,00, 1991 DM 21.558,00 und 1992 DM 12.043,00 an Herrn C. gezahlt worden. Privat habe Herr I. 1992 weitere DM 14.407,00 und 1993 zusätzlich DM 12.233,00 an Herrn C. gezahlt. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Bericht der Lohnsteuer-Außenprüferin I. vom 13. Mai 1998, Bl. 300 bis 311 der Gerichtsakte, die Tabelle, Bl. 213 bis 214 der Gerichtsakte, und die weiteren durch das H. B-Stadt übersandten Unterlagen, Bl. 68 bis 72 der Gerichtsakte sowie Bl. 317 bis Bl. 423 der Gerichtsakte, Bezug genommen.

In dem Zeitraum vom 9. August 2002 bis zum 9. September 2002 führte die Prüfbezirksstelle X. der Beklagten bei der Fa. G. GmbH eine Betriebsprüfung nach [§ 28p Abs. 1 SGB IV](#), betreffend den Prüfzeitraum vom 1. Januar 1990 bis zum 31. Dezember 2001, durch. Mit bindend gewordenem Bescheid vom 26. September 2002 stellte sie eine sich aus der Prüfung ergebende Beitragsnachforderung von EUR 39.396,39 fest. Dabei ging sie für die Berechnung der nachgeforderten Beiträge bezüglich des Versicherten von den Lohnzahlungen aus, wie sie das H. B-Stadt festgestellt hatte.

Mit Schreiben vom 26. September 2002, welches am 27. September 2002 einging, übersandte die Prüfungsbezirksstelle X. der Beklagten an die Versicherungs- und Rentenabteilung der Beklagten eine Prüfmitteilung mit der Bitte um weitere Veranlassung, da die rentenschädliche Hinzuverdienstgrenze bei dem Versicherten überschritten worden sei. Eine Abschrift des Bescheides vom 26. September 2002 war dem Schreiben beigelegt. Hinsichtlich des Inhalts dieses Bescheides wird auf Bl. 44 bis 49 der Rentenakte verwiesen.

Mit Schreiben vom 10. Oktober 2002 hörte die Beklagte den Versicherten an. Nach ihren Feststellungen habe der Versicherte mit dem Verdienst aus seiner Beschäftigung bei der Firma G. die rentenunschädliche Hinzuverdienstgrenze von DM 1.000,00 seit dem Beginn des Rentenbezugs am 1. Juni 1991 regelmäßig überschritten. Wegen des Überschreitens der Hinzuverdienstgrenze sei das Altersruhegeld weggefallen, weshalb beabsichtigt sei, den Rentenbescheid vom 5. April 1991 aufzuheben und die geleisteten Beträge in Höhe von DM 52.881,51 (EUR 27.574,69) zurückzufordern.

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2002 zeigte der Prozessbevollmächtigte des Versicherten an, dass er diesen vertrete. Nach Einsicht in die Akten erklärte dieser mit weiterem Schriftsatz vom 14. November 2002, der Versicherte habe ihm berichtet, "dass zutreffend Arbeitseinkommen in Höhe des bei der Außenprüfung der Prüfungsbezirksstelle X. festgestellten Umfangs bezogen" worden sei. Eine Meldung sei deswegen unterblieben, weil sich "nach Erinnerung unseres Mandanten" der Arbeitgeber ihm gegenüber geäußert habe, "er werde dies für unseren Mandanten übernehmen". Der Versicherte sei daher davon ausgegangen, dass eine entsprechende Meldung erfolgen werde, so dass er es in der Tat - fahrlässig - unterlassen habe, der Beklagten den Bezug des Erwerbseinkommens nochmals gesondert zu melden. Der Prozessbevollmächtigte bat darum, dies bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

Mit Bescheid vom 19. November 2002 nahm die Beklagte den Bescheid vom 5. April 1991 gemäß [§ 45 SGB X](#) für die Zeit vom 1. Juni 1991 bis zum 31. Mai 1993 zurück. Zugleich stellte sie fest, dass in der Zeit vom 1. Juni 1991 bis zum 31. Mai 1993 die Rente zu Unrecht gezahlt worden und daher eine Überzahlung von EUR 27.574,69 entstanden sei. Dieser Betrag sei von dem Versicherten gemäß [§ 50 SGB X](#) zu erstatten. Zur Begründung führte sie aus, mit dem Bescheid vom 5. April 1991 sei dem Versicherten Altersruhegeld nach § 1248 Abs. 1 RVO bewilligt worden. Bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres bestehe ein Anspruch nach dieser Vorschrift u.a. nur, wenn laufendes und in regelmäßiger Wiederkehr erzieltes Arbeitseinkommen einen durchschnittlichen Betrag von DM 1.000,00 pro Monat nicht überschreite. Nach den Feststellungen der Prüfbezirksstelle habe der Versicherte diesen Betrag durch das mit seiner Tätigkeit bei der Firma G. erzielte Entgelt regelmäßig überschritten, weshalb für den Zeitraum vom 1. Juni 1991 bis zum 31. Mai 1993 der Anspruch entfallen sei. Die Rücknahme des Bescheides nach [§ 45 SGB X](#) von Beginn an sei zulässig, weil weder Vertrauensschutz nach den allgemeinen Grundsätzen des [§ 45 Abs. 2 S. 1](#) und 2 SGB X gegeben sei noch die Fristen des [§ 45 Abs. 3](#) bzw. [4 SGB X](#) abgelaufen seien. Ein Versicherter, der Sozialleistungen beantrage, müsse alle Tatsachen angeben, die für die Leistung erheblich seien, sowie entsprechende Änderungen in den Verhältnissen unverzüglich mitteilen. Eine diesbezügliche Erklärung habe der Versicherte bei der Rentenantragstellung unterzeichnet und überdies auf der Bescheinigung zur Aufgabe der Beschäftigung bei der Firma E. erklärt, eine darüber hinausgehende Beschäftigung unverzüglich der LVA Hessen mitzuteilen. Seine Beschäftigung bei der Firma G. habe der Versicherte jedoch verschwiegen, und damit mindestens grob fahrlässig unvollständige Angaben gemacht, wodurch er selbst schuldhaft eine wesentliche Ursache für die Rechtswidrigkeit des Rentenbescheides vom 5. April 1991 gesetzt habe. Auch sei im Rentenbescheid nochmals auf die Verpflichtung, die Aufnahme oder Ausübung einer über die Zeitdauer bzw. Entgeltgrenze hinausgehenden Beschäftigung unverzüglich anzuzeigen, hingewiesen worden. Auch danach sei der Versicherte seiner Verpflichtung nicht nachgekommen. Es sei daher zu unterstellen, dass er die Rechtswidrigkeit des Rentenbescheides vom 5. April 1991 gekannt habe bzw. infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt habe. Auch sein Vortrag, er sei davon ausgegangen, dass sein Arbeitgeber eine entsprechende Meldung bei der Rentenversicherung machen werde, entschuldige ihn nicht und begründe keinen Vertrauensschutz. Nach [§ 45 Abs. 3 S. 4 SGB X](#) könne unter diesen Voraussetzungen der Rentenbescheid auch nach Ablauf von 10 Jahren zurückgenommen werden, wenn die laufende Geldleistung mindestens bis zum Beginn des Verwaltungsverfahrens über die Rücknahme gezahlt werde. Dies sei bei dem Versicherten der Fall, da die Zahlung des Altersruhegeldes seit Beginn bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht unterbrochen worden sei. Auch die vorzunehmende Ermessensausübung führe zu keinem anderen Ergebnis. Bei einem Sachverhalt wie dem

vorliegenden beurteile sich die Zulässigkeit der Rücknahme des rechtswidrigen Bescheides nach dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung eines gesetz- und rechtmäßigen Zustandes und demjenigen des Betroffenen an dem Fortbestehen des seitherigen. Diese Abwägung habe ergeben, dass das Interesse der Allgemeinheit gegenüber dem Interesse des Versicherten überwiege. Ein Vertrauensschutz könne ihm nicht zubilligt werden. Im Übrigen habe die Verwaltung grundsätzlich die Pflicht, von einem "bösgläubigen" Empfänger das zu Unrecht Erlangte zurückzufordern. Nur in Ausnahmefällen dürfe von einer Rücknahme/Rückforderung abgesehen werden, nämlich dann, wenn die Haftung des Bereicherten auf der rechtlichen Zurechnung des Verschuldens oder des Einkommens/der Bereicherung Dritter beruhe. Dies sei im vorliegenden Fall jedoch nicht erkennbar. Dementsprechend habe der Versicherte den zu Unrecht bezogenen Betrag von EUR 27.574,69 zu erstatten. Zur Prüfung der Einräumung von Ratenzahlung bat die Beklagte um Informationen über die wirtschaftlichen Verhältnisse. Hinsichtlich des sonstigen Inhalts des Bescheides wird auf den Bescheidstext, Bl. 65 und 67 bis 69 der Rentenakte, verwiesen.

Am 6. Dezember 2002 erhob der Prozessbevollmächtigte namens des Versicherten Widerspruch gegen den Bescheid vom 19. November 2002. Er erklärte, der Versicherte berichte, die Berechnung könne in keiner Weise richtig sein. Er vermute, dass der frühere Arbeitgeber falsche Angaben zur Höhe des erzielten Einkommens und des Rentenbezugs gemacht habe. Der Versicherte habe ihm glaubhaft geschildert, dass er allenfalls im Rahmen von DM 500,00 bis DM 800,00 monatlich von seinem Arbeitgeber bar erhalten habe, zumal in den hier strittigen Zeiträumen krankheitsbedingte Fehlzeiten und Kuraufenthalte angefallen seien. Er vermute, dass Belege über die geringfügigen Verdienste nicht vorgelegt worden seien, weil in der gleichen Weise wohl offensichtlich auch andere, möglicherweise nicht ordnungsgemäß bei der Einzugsstelle gemeldete Kräfte beschäftigt worden seien. Der Versicherte habe nach Erhalt des Bescheides Kontakt mit der früheren Mitarbeiterin der Firma G., der Zeugin K., aufgenommen. Diese habe ihm bestätigt, dass er bis 1993 nur geringfügige Beträge erhalten habe, die in der Regel auch bar ausgezahlt worden seien. Es werde gebeten, Frau K. als Zeugin zu befragen.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2002 teilte die Beklagte dem Prozessbevollmächtigten mit, im Hinblick auf die Entgeltangaben in dem bestandskräftigen Bescheid vom 26. September 2002 bestehe für die Beklagte keine Veranlassung, den Sachverhalt entsprechend des Vorbringens in der Widerspruchsbegründung erneut zu überprüfen. Der Prozessbevollmächtigte bat um Entscheidung des Widerspruchs und verwies darauf, dass die Beklagte sich im Verhältnis zu dem Versicherten nicht auf die Bestandskraft des Bescheides vom 26. September 2002 berufen könne.

Auf Bl. 78 der Rentenakte befindet sich ein undatierter, mit Kürzel unterzeichneter handschriftlicher Vermerk. Dieser lautet: "Gesprochen mit Frau/Herrn Steuerberatungsbüro. Auskünfte/Unterlagen über den monatlichen Verdienst des Wf. liegen nicht vor (Schwarzarbeit?). Nach Rückfrage des Steuerberaters bei Frau L. (Ehefrau des Firmeninhabers) bekam der Wf. im maßgebenden Zeitraum durchschnittlich mind. DM 400 wöchentlich bar ausbezahlt."

Mit Bescheid vom 26. Februar 2003 änderte die Beklagte den Bescheid vom 19. November 2002 dahingehend ab, dass festgestellt werde, dass in der Zeit vom 1. Juni 1991 bis zum 31. Mai 1993 die Rente zu Unrecht gezahlt worden und daher eine Überzahlung von EUR 27.554,24 (nicht EUR 27.574,69) entstanden sei. Den überzahlten Betrag in Höhe von EUR 27.554,24 habe der Widerspruchsführer zu erstatten.

Mit Widerspruchsbescheid vom 30. April 2003 wies die Beklagte dann den Widerspruch zurück. Die Begründung des Bescheides ist inhaltlich weitestgehend mit der Begründung des Ausgangsbescheides identisch. Ergänzend führte die Beklagte noch aus, in der teilweisen Rücknahme des Bescheides vom 5. April 1991 liege auch keine besondere Härte im Sinne der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Es lägen keine Anhaltspunkte vor, dass der Widerspruchsführer durch die teilweise Rücknahme in besondere wirtschaftliche Bedrängnis gerate. Nach Abwägung dieser Gesichtspunkte im Rahmen der Ermessensausübung sei von einer Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit, verbunden mit einer Rückforderung, nicht abzusehen. Über die Form der Rückzahlung ergehe zu einem späteren Zeitpunkt ein weiterer Bescheid.

Der Versicherte hat am 21. Mai 2003 beim Sozialgericht Kassel Klage erhoben und vorgetragen, er habe während des Aufhebungs- und Rückforderungszeitraums keine rentenschädlichen Löhne von mehr als DM 1.000,00 pro Monat erhalten. Auf Nachfrage des Gerichts hat der Versicherte Kopien von Kontoauszügen (Bl. 51 bis 56 der Gerichtsakte), sein Girokonto bei der Kreissparkasse M. betreffend, eingereicht. Die Firma G. hat auf schriftliche Anfrage des Gerichts hin mit Schreiben vom 6. März 2004 mitgeteilt, der Versicherte habe nach Unterlagen aus der Personalakte ab 26. Juli 1989 als Aushilfe mit DM 450,00 monatlich auf Abruf gearbeitet (bis zum Abschluss eines festen Arbeitsverhältnisses am 28. Juni 1993). Die Auszahlungen seien aus der Kasse in bar erfolgt und Unterlagen nicht mehr vorhanden. Mitarbeiter, welche diese Angaben bestätigen könnten, seien nicht mehr vorhanden. Hinsichtlich der weiteren Details wird auf den Text des Schreibens, Bl. 57 und 58 der Rentenakte, Bezug genommen.

Nachdem das Sozialgericht in der Sitzung vom 31. Oktober 2005 die Zeugen K. und J. vernommen hat, hat es die Klage mit Urteil vom gleichen Tage abgewiesen. Es hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Aufhebung des Bescheides vom 5. April 1991 sei rechtmäßig. Rechtsgrundlage für die Aufhebung und Rückforderung sei [§ 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#), 3 und 4 SGB X i.V.m. [§ 50 Abs. 1 SGB X](#). Da die Einkommenserzielung erst nach dem Erlass des Bescheides erfolgt sei, sei die wesentliche Änderung der Verhältnisse erst nach dem Erlass des Bescheides eingetreten. Ein Fall des [§ 45 SGB X](#) liege insoweit nicht vor. Es sei jedoch unschädlich, dass die Beklagte ihre Bescheide auf diese Vorschrift gestützt habe, denn es handle sich nur um einen Austausch der Begründung. Selbst wenn man aber eine Umdeutung nach [§ 43 SGB X](#) für erforderlich halte, sei diese zulässig, da [§ 48 SGB X](#), anders als [§ 45 SGB X](#), grundsätzlich keine Ermessensausübung vorsehe und somit insbesondere kein Fall der (unzulässigen) Umdeutung einer gebundenen in eine Ermessensentscheidung gegeben sei. Das von dem Versicherten erzielte Einkommen begründe eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, denn das Gericht sei überzeugt, dass der Versicherte in dem streitigen Zeitraum durchschnittlich mehr als DM 1.000,00 pro Monat an Arbeitsentgelt von der Firma G. GmbH für seine geleistete Arbeit erhalten habe, so dass sein Anspruch auf das Altersruhegeld entfallen sei. Die Höhe des von dem Versicherten erzielten Einkommens folge aus dem Lohnsteuer-Außenprüfungsbericht vom 13. Mai 1998, dessen Beweiswert auch durch die Aussagen der Zeugen nicht erschüttert werde. Die Zeugin K. habe sich nicht mehr ausreichend an den Hergang erinnern und nur noch angeben können, zwar habe der Versicherte nach ihrer Erinnerung weniger als DM 1.000,00 pro Monat verdient, so genau wisse sie das aber nicht mehr. Der Zeuge J. habe ebenfalls keine genauen Auskünfte über die Höhe der Lohnzahlungen mehr erteilen können. Soweit der Zeuge erklärt habe, es bestehe auch die Möglichkeit, dass die Löhne anderer Arbeitnehmer dem Versicherten zugerechnet worden seien, handle es sich um eine bloße Spekulation. Das Gericht gehe davon aus, dass der Sachverstand der mit der Prüfung beschäftigten Außenprüfer eine zutreffende Ermittlung des Arbeitslohns, der dem Versicherten zuzurechnen sei, ergeben habe. Auch die übrigen Voraussetzungen für die Aufhebung

seien gegeben. Neben den Tatbestandsmerkmalen des [§ 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB X](#) lägen auch die Voraussetzungen des [§ 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 2](#) und 4 SGB X vor. Der Versicherte habe nämlich entgegen § 1248 Abs. 4 S. 5 RVO die Ausübung der Beschäftigung der Beklagten nicht angezeigt. Er habe insoweit auch mindestens grob fahrlässig gehandelt, denn die Beklagte habe ihn durch den Hinweis in dem Bescheid vom 5. April 1991 ausdrücklich auf seine Mitteilungspflicht hingewiesen. Zudem müsse für ihn schon aufgrund des Rentenverfahrens und der dort abgegebenen Erklärung zur Aufgabe seiner Arbeit bei der Firma E. klar gewesen sein, dass es für den Anspruch auf das Altersruhegeld auf die Frage, ob er noch (andersweitiges) Arbeitseinkommen erzielte, ankam. Dementsprechend habe er auch im Sinne von [§ 48 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SGB X](#) gewusst bzw. grob fahrlässig nicht gewusst, dass sein Anspruch kraft Gesetzes entfallen sei. Ermessen habe die Beklagte nicht ausüben müssen. Hierzu sei sie nur bei Vorliegen eines atypischen Falls verpflichtet, der nicht gegeben sei. Zum einen bestehe bei dem Versicherten Bösgläubigkeit, zum anderen habe er nicht dargetan, dass die Rückforderungsverpflichtung für ihn eine besondere Härte darstelle. Im Übrigen seien die Bescheide selbst dann, wenn man von einem atypischen Fall ausgehe, rechtlich nicht zu beanstanden, da die Beklagte ihr Ermessen korrekt betätigt habe. Auch die zu beachtenden Fristen seien eingehalten worden. Wegen [§ 48 Abs. 4 S. 1 SGB X](#) i.V.m. [§ 45 Abs. 3 S. 4 SGB X](#) sei insbesondere der Ablauf der 10-Jahres-Frist unschädlich, denn die Geldleistung sei bis zur Bescheiderteilung weitergezahlt worden. Die Jahresfrist des [§ 48 Abs. 4 S. 1 SGB X](#) i.V.m. [§ 45 Abs. 4 S. 2 SGB X](#) sei ebenfalls eingehalten worden. Die Pflicht zur Erstattung der Leistungen ergebe sich aus [§ 50 SGB X](#).

Der Versicherte hat gegen das am 22. November 2005 zugestellte Urteil am 5. Dezember 2005 Berufung beim Hessischen Landessozialgericht eingelegt.

Nachdem der Versicherte am 27. August 2006 verstorben ist, hat die Klägerin, seine Ehefrau und Erbin, mit Schriftsatz vom 27. November 2006 erklärt, sie wolle den Rechtsstreit als Rechtsnachfolgerin fortführen.

Die Klägerin ist der Ansicht, es stehe nicht fest, dass der Versicherte im streitgegenständlichen Zeitraum ein Arbeitsentgelt von mehr als DM 1.000,00 durchschnittlich pro Monat erzielt habe. Zum einen habe die Lohnsteueraußenprüfung nicht den Beweiswert, den ihr das Sozialgericht Kassel zumesse. Zum anderen seien die dortigen Feststellungen durch die Aussagen der Zeugen erschüttert. Während die Zeugin K ... nämlich erklärt habe, ihrer Erinnerung nach habe der Versicherte regelmäßig weniger als DM 1.000,00 pro Monat verdient, habe der Zeuge J. bekundet, es sei möglich, dass weitere Arbeitnehmer auf den Versicherten abgerechnet worden seien. Auch aus den vorliegenden Rechnungen und Quittungen ergebe sich kein höherer Verdienst des Versicherten. Diese Rechnungen und Quittungen seien, wie sich aus zahlreichen Ungereimtheiten ergebe, nicht echt und daher nicht geeignet, den Zufluss der in ihnen aufgeführten Beträge an den Versicherten zu belegen. Ebenfalls kein Raum bestehe für eine Beweislastumkehr zu Lasten der Klägerin.

Die Klägerin beantragt (sinngemäß), das Urteil des Sozialgerichts Kassel vom 31. Oktober 2005 sowie die Bescheide der Beklagten vom 19. November 2002 und 26. Februar 2003 in Gestalt des Widerspruchsbescheides der Beklagten vom 30. April 2003 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte ist der Ansicht, die erstinstanzliche Entscheidung sei korrekt. Die Feststellungen der Lohnsteueraußenprüfung seien korrekt.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der früheren Lohn- und Gehaltsbuchhalterin sowie kaufmännischen Angestellten K., des Geschäftsführers der G. GmbH J., der Gesellschafterin der G. GmbH L. und des Steuerberaters N. als Zeugen. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird verwiesen auf den Inhalt der Sitzungsprotokolle vom 2. Juli 2009, vom 10. Juli 2009 und vom 27. Juli 2009.

Mit Erklärungen vom 27. Juli 2009, 24. August 2009, 26. August 2009 und 27. August 2009 haben die Beteiligten sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der Rentenakte der Beklagten. Sämtliche dieser Akten waren Gegenstand der Entscheidungsfindung.

Entscheidungsgründe:

Der Senat durfte den Rechtsstreit ohne mündliche Verhandlung entscheiden, nachdem die Beteiligten sich übereinstimmend mit dieser Verfahrensweise einverstanden erklärt haben ([§ 124 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz -SGG-](#))

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet.

Ein Anspruch auf Aufhebung des Urteils des Sozialgerichts Kassel vom 31. Oktober 2005 sowie der Bescheide vom 19. November 2002 und 26. Februar 2003 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30. April 2003 besteht nicht, denn das Urteil und die Bescheide sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zu Recht den Bewilligungsbescheid vom 5. April 1991 für den Zeitraum vom 1. Juni 1991 bis zum 31. Mai 1993 aufgehoben und die für diesen Zeitraum erbrachten Leistungen in Höhe von EUR 27.554,24 vom Versicherten zurückgefordert.

Ermächtigungsgrundlage für die (teilweise) Aufhebung des Altersruhegeldbescheides ist [§ 45 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#). Nach dieser Vorschrift darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), auch, nachdem er unanfechtbar geworden ist, nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Nach [§ 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X](#) darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Nach [§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X](#) ist das Vertrauen in der Regel schutzwürdig, 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 gemäß [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) allerdings nicht berufen, soweit

1. er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat,
2. der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat, oder
3. er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte; grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat.

In den Fällen des [§ 45 Abs. 3 Satz 3 SGB X](#) kann ein Verwaltungsakt über eine laufende Geldleistung der Vorschrift des [§ 45 Abs. 3 Satz 4 SGB X](#) zufolge auch nach Ablauf der Frist von 10 Jahren zurückgenommen werden, wenn diese Geldleistung mindestens bis zum Beginn des Verwaltungsverfahrens über die Rücknahme gezahlt wurde.

Gemäß [§ 45 Abs. 4 Satz 1 SGB X](#) wird der Verwaltungsakt nur in den Fällen des Absatzes 2 Satz 3 und des Absatzes 3 Satz 2 mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. Die Behörde muss dies gemäß [§ 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X](#) innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen tun, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes für die Vergangenheit rechtfertigen.

Rechtswidrig im Sinne des [§ 45 SGB X](#) ist ein Bescheid, wenn bei seinem Erlass entweder das Recht unrichtig angewandt oder aber von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist. Für die Frage, ob der Bescheid bereits bei seinem Erlass rechtswidrig war, kommt es darauf an, ob im Zeitpunkt der Erteilung des ursprünglichen Bescheides eine andere Entscheidung als die getroffene erforderlich gewesen wäre. Hängt die Beurteilung von einer Prognose ab, ist anfängliche Rechtswidrigkeit gegeben, wenn die Prognose von Anfang an falsch war, wohingegen [§ 48 Abs. 1 SGB X](#) einschlägig ist, sofern eine nicht vorhersehbare Entwicklung dazu führt, dass die getroffene Regelung sich als rechtswidrig erweist (vgl. Waschull in: LPK-SGB X, § 45 Rdnr. 17). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit ist dabei der Zeitpunkt der Überprüfung.

Die Frage, ob der Bescheid vom 5. April 1991 wegen des Arbeitsentgeltes, das der Versicherte bezog, von Anfang an rechtswidrig war, beurteilt sich nach § 1248 Abs. 4 Reichsversicherungsordnung (RVO) in der Fassung vom 13. Mai 1986. Aufgrund der Übergangsvorschrift in § 300 Abs. 4 S. 1 Sozialgesetzbuch Gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI) ist § 1248 RVO auch über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des SGB VI am 1. Januar 1992 hinaus auf den hier zugrunde liegenden Sachverhalt anzuwenden.

Gemäß § 1248 Abs. 4 S. 1 RVO besteht ein Anspruch auf Altersruhegeld im Sinne von Absatz 1 der Vorschrift bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres neben einer Beschäftigung gegen Entgelt oder einer Erwerbstätigkeit nur, wenn die Beschäftigung entweder nur gelegentlich oder zwar laufend bzw. in regelmäßiger Wiederkehr, aber nur gegen ein Entgelt oder ein Arbeitseinkommen, das durchschnittlich im Monat DM 1.000,00 nicht überschreitet, ausgeübt wird. Entsprechend § 1248 Abs. 4 S. 4 RVO fällt das Altersruhegeld mit Beginn des Monats weg, in dem die Beschäftigung oder Erwerbstätigkeit den Rahmen des Satzes 1 überschreitet. Nach der Legaldefinition in [§ 14 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#) in der hier anzuwendenden Fassung vom 23. Dezember 1976 sind Arbeitsentgelt alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung, gleichgültig, ob ein Rechtsanspruch auf die Einnahmen besteht, unter welcher Bezeichnung oder in welcher Form sie geleistet werden und ob sie unmittelbar aus der Beschäftigung oder im Zusammenhang mit ihr erzielt werden. Für den Fall, dass die Rente nur für einen Teil des Jahres erbracht wurde, gilt für die Ermittlung des durchschnittlichen monatlichen Arbeitsentgelts bzw. Einkommens, dass sowohl bei Versicherten in abhängiger Beschäftigung als auch bei selbständig Tätigen allein das Entgelt/Einkommen, welches auf den Teil des Kalenderjahres, für den das Altersruhegeld gezahlt wurde, entfällt, zugrunde gelegt und durch die Zahl der Monate des Rentenbezugs geteilt wird (vgl. nur BSG, Urteil vom 15. Februar 1979, Az. [5 RJ 64/77](#), Rdnr. 15; SozR 2200 § 1248 Nr. 18; Urteil vom 22. September 1999, Az. [B 5 RJ 54/98 R](#), Rdnr. 17 f.). Gleiches muss in den Fällen gelten, in denen die Hinzuverdienstregelung wegen des Erreichens der maßgeblichen Altersgrenze nur für einen Teil des Jahres eingreift, wie beim Versicherten im Jahr 1993. Für das 1991 als auch 1993 ist deshalb bei der Berechnung des durchschnittlichen Verdienstes des Versicherten daher lediglich der für die letzten 7 Monate (1991) bzw. ersten fünf Monate (1993) erworbene Verdienst zugrunde zu legen und auch nur durch diese Anzahl der Monate zu dividieren.

Von dieser Berechnungsweise ausgehend, ist der Senat zwar nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon überzeugt, dass der Versicherte in dem maßgeblichen Zeitraum vom 1. Juni 1991 bis einschließlich 31. Mai 1993 Arbeitsentgelt, das die in § 1248 RVO normierten Hinzuverdienstgrenzen überstieg, erzielt hat, so dass die anfängliche Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides vom 5. April 1991 nicht erwiesen ist. Dies steht der Aufhebung des Bewilligungsbescheides hier jedoch ausnahmsweise nicht entgegen, da im konkreten Fall nicht die Beklagte, sondern die Klägerin hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit das Risiko der Nichterweislichkeit trägt.

Der Beweis, dass der Versicherte in dem Zeitraum von Juni 1991 bis einschließlich Mai 1993 die Hinzuverdienstgrenzen übersteigendes Einkommen erzielt hat, ist nicht aufgrund der vorhandenen Quittungen und Rechnungen im Wege des Beweises des ersten Anscheins erbracht. Allerdings sind diese Dokumente, soweit sie vom Versicherten unterschrieben wurden, grundsätzlich geeignet, als Anscheinsbeweis den Erhalt der in den Belegen aufgeführten Summen zu belegen. Denn dieser Beweis, der auf Erfahrungswissen beruht, ermöglicht bei sogenannten typischen Geschehensabläufen, von einer festgestellten Ursache auf einen bestimmten Erfolg oder von einem festgestellten Erfolg auf eine bestimmte Ursache zu schließen. Erforderlich ist damit, dass ein Hergang zugrunde liegt, der erfahrungsgemäß in einem bestimmten Sinne abläuft. Den gestellten Anforderungen genügt es dann, wenn die den Sachverhalt ergebenden Tatsachen bewiesen sind, die typischerweise auf das Vorliegen der Haupttatsache schließen lassen (BSG, Urteil vom 22. Juni 1988, Az. [9/9a RVg 3/87](#), Rdnr. 14; Urteil vom 12. Februar 1998, Az. [B 8 KN 3/96 U R](#), Rdnr. 18). Eine unterzeichnete Rechnung oder Quittung erlaubt es prinzipiell, anzunehmen, dass der Unterzeichner den in der Rechnung oder Quittung aufgeführten Betrag auch erhalten hat. Liegen freilich Anhaltspunkte dafür vor, dass im konkreten Fall, entgegen des normalen Laufs der Dinge, ein atypischer Geschehensablauf ernsthaft möglich ist, ist dem Beweis des ersten Anscheins die Grundlage entzogen und es bedarf des vollständigen Beweises aller anspruchsbegründenden Tatsachen (BSG, Urteil vom 12. Februar 1998, Az.: [B 8 KN 3/96 U R](#) Rdnr. 18). Der Anschein, dass der Versicherte die quittierten Summen erhalten hat, ist hier in diesem Sinne erschüttert, denn ein atypischer Geschehensablauf erscheint ernsthaft möglich.

Der Senat hält es nämlich für ohne weiteres vorstellbar, dass die Zeugin K. in die vom Versicherten unterzeichneten Quittungen Geldbeträge

eintrag, die sie nicht in voller Höhe an den Versicherten auszahlte. Wie die Zeugen J., L. und N. übereinstimmend bekundet haben, fielen – auch bezogen auf den streitgegenständlichen Zeitraum – bei einer genaueren Prüfung der Finanzen der Fa. G. erhebliche Fehlbeträge auf, wobei der Zeugin K. vorgeworfen wurde, Gelder unterschlagen zu haben. Der Zeuge J. hat insoweit dargelegt, er habe mal eine Situation miterlebt, da habe die Zeugin K. zu dem Versicherten an einem Freitag gesagt, er solle ihr mal schnell eine Quittung blanko unterschreiben, sie werde ihm dann das Geld gleich geben. Er sei sicher, dass die Zeugin K. dann in die Quittung einen höheren Betrag als den an den Versicherten ausgezahlten eingetragen, in dieser Höhe Geld vom Konto gebucht und den Differenzbetrag dann behalten habe. Auch die Zeugin L. hat angegeben, sie habe damals, im Rahmen der Steuerprüfung, Quittungen gesehen, die die an den Versicherten angeblich gezahlten Beträge enthalten hätten, und es sei ihr schon damals zweifelhaft erschienen, ob die auf den Quittungen genannten Summen tatsächlich an den Versicherten ausgezahlt worden seien. Der Zeuge N. hat ebenfalls ausgesagt, bei der damaligen Unterschlagungsprüfung bei der Fa. G. sei festgestellt worden, dass die Zeugin K. sich wohl Blankoquittungen habe unterschreiben lassen und dann in die Quittung einen höheren Betrag eingegeben habe als die Summe, die sie an die Person, die die Quittungen unterschreiben habe, ausgezahlt habe. Den Differenzbetrag habe die Zeugin K. dann für sich behalten. Er halte es für sehr gut möglich, dass auch der Versicherte von dieser Handhabung betroffen gewesen sei und gar nicht die Beträge erhalten habe, für die er auf den Blankoquittungen unterschrieben habe.

Der Senat hält dieses Vorbringen der Zeugen für glaubhaft, obwohl der Zeuge J. diese Umstände bei seiner Vernehmung im erstinstanzlichen Verfahren noch nicht erwähnt hatte. Denn die Bekundungen der Zeugen stimmen in den maßgeblichen Punkten überein, ohne dass jedoch der Eindruck entstand, die Zeugen könnten sich hinsichtlich ihrer Aussagen abgesprochen haben. Darüber hinaus ist für den Senat kein Grund ersichtlich, warum die Zeugen einen solchen Sachverhalt hätten erfinden sollen. Gerade der Zeuge N. hat bei seiner Vernehmung mit seinen sachlichen und relativ detaillierten Schilderungen einen durchweg glaubwürdigen Eindruck hinterlassen. Auch, soweit der Zeuge verschiedentlich angab, an die genauen Gegebenheiten keine Erinnerung mehr zu haben, erschien dies dem Gericht, unter Berücksichtigung des Zeitablaufs, plausibel, wobei der Zeuge bei seiner Vernehmung nie den Eindruck erweckte, den Fragen des Gerichts und der Beteiligten ausweichen zu wollen. Anhaltspunkte dafür, dass einer oder alle der drei Zeugen bei der Vernehmung bemüht waren, eine für den Versicherten bzw. die Klägerin besonders günstige Aussage zu machen, gab es nicht. Dass die Zeugin K. ihrerseits von den gegen sie gerichteten Vorwürfen nichts erwähnt hat, ist nachvollziehbar und begründet keine Zweifel an der Richtigkeit der Aussagen der übrigen Zeugen zu diesem Punkt.

Soweit der Zeuge J. in der "Erläuterung zur Angelegenheit C." im Rahmen des steuerrechtlichen Verfahrens erklärt hat, bei den Zahlungen an den Versicherten handle es sich "um einen Betrag von DM 26.640,00, was von durch Herrn A. unterschriebene Einzelbelege nachweisbar ist", ergibt sich auch daraus nichts anderes, denn der Zeuge nimmt bei dieser schriftlichen Erklärung gerade auf die Quittungen und die dort aufgeführten Beträge Bezug, deren Beweiswert aber aus den oben genannten Gründen fraglich ist. Da der Zeuge J. selbst keinen Lohn an den Versicherten ausgezahlt hat, hatte er über die an diesen tatsächlich erbrachten Geldleistungen auch keine eigene Sachkenntnis.

Die gleichen Bedenken bestehen im Hinblick auf die Rechnungen (vgl. Bl. 322 bis 324 der Gerichtsakte), bei denen aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme ebenfalls eine Manipulation denkbar erscheint.

Weil der Anscheinsbeweis bereits aus den eben dargelegten Gründen erschüttert ist, bedarf es keiner weiteren Prüfung, ob auch noch andere Gesichtspunkte, wie von der Klägerin vorgetragen, gegen die inhaltliche Richtigkeit der Quittungen und Rechnungen sprechen. Insbesondere war auch die Durchführung einer Schriftanalyse, um zu prüfen, ob die Unterschriften tatsächlich vom Versicherten stammten, nicht mehr erforderlich.

Auch der Vollbeweis dafür, dass der Versicherte in dem Zeitraum von Mitte 1991 bis Mitte 1993 Einkommen von durchschnittlich mehr als DM 1.000,00 pro Monat erzielt hat, ist nicht erbracht. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme spricht genauso viel dafür wie dagegen, dass die Hinzuverdienstgrenzen überschritten wurden. Weder aufgrund der Feststellungen der Steuerfahndung bzw. der Lohnsteuer-Außenprüfung, die das H. B-Stadt 1997/1998 durchgeführt hat noch aufgrund der Bekundungen des Versicherten, der Klägerin und der Zeugen kann mit der für diesen Beweis erforderlichen Gewissheit davon ausgegangen werden, dass der Versicherte mit seinem Verdienst die Hinzuverdienstgrenzen des § 1248 RVO überschritten hat.

Zweifelsfrei steht nur fest, dass der Versicherte in dem Zeitraum von Mitte 1989 bis zum 31. Januar 1994 für die Fa. G. tätig war, wobei erst für den Zeitraum ab dem 28. Juni 1993 eine reguläre Anstellung mit Anmeldung zur Sozialversicherung erfolgte. Dass der Versicherte die Beschäftigung in diesem Zeitraum ausübte, ist zwischen den Beteiligten des Rechtsstreits unstrittig und wird auch durch die eingereichten Unterlagen sowie die Aussagen der Zeugen, insbesondere des Zeugen J., bestätigt. Anhaltspunkte dafür, dass es sich um eine nur gelegentliche Tätigkeit im Sinne von § 1248 Abs. 4 S. 1a RVO, also mit einer Zeitdauer von nicht mehr als zwei Monaten oder fünfzig Arbeitstagen pro Jahr, gehandelt haben könnte, gibt es nicht. Eine längere Arbeitsunfähigkeit ist nur für den Zeitraum vom 5. August 1991 bis zum 8. Oktober 1991 dargelegt, und zwar durch das Attest der Fachärzte für Innere Medizin bzw. Allgemeinmedizin Dr. O. und Q. vom 26. November 1992 (Bl. 275 der Gerichtsakte). Zweifel daran, dass sich diese ärztliche Bescheinigung auf den Versicherten bezieht, hat der Senat nicht. Sowohl die Zeugin K. als auch die Klägerin haben insoweit glaubhaft angegeben, dass der Kläger bei der Fa. G. einen Arbeitsunfall erlitten hat. Gründe dafür, warum die Zeugin K. ... zu diesem Punkt falsche Angaben machen sollte, sind nicht ersichtlich. Gleiches gilt in diesem Fall für die Äußerungen der Klägerin. Bei der Bewertung der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben muss zwar in besonderem Maße ihr erhebliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreites berücksichtigt werden, die zu dem Arbeitsunfall gemachten Aussagen hält der Senat aber schon deswegen für glaubhaft, weil die Klägerin – obwohl dies für sie günstig gewesen wäre – gerade nicht behauptet hat, der Unfall habe sich in dem streitgegenständlichen Zeitraum von Mitte 1991 bis Mitte 1993 zugetragen, sondern erklärt hat, sie wisse das jetzt nicht mehr genau, es könne auch davor oder danach gewesen sein. Erinnerung war ihr nur noch, dass sich der Versicherte das Bein oder die Ferse gebrochen hatte und mehrere Monate nicht arbeiten konnte, was mit den Daten und Verletzungen, die in dem vorgelegten Attest enthalten sind, übereinstimmt. Die übrigen Zeugen haben das Vorliegen eines Arbeitsunfalls auch nicht in Abrede gestellt. Der Zeuge J. hat auf Befragen lediglich angegeben, er könne sich an einen Arbeitsunfall des Versicherten nicht mehr erinnern, was aufgrund des Zeitraums zwischen dem damaligen Geschehen und der Zeugenaussage, durchaus plausibel ist. Das Vorliegen eines solchen Unfalls ausgeschlossen hat er gerade nicht. Als bewiesen ist auch anzusehen, dass der Versicherte keine Tätigkeit mit einer gleich bleibenden Anzahl von Stunden pro Woche oder Monat ausgeübt hat. Die Zeugen K. und J. haben insoweit sowohl bei ihrer Vernehmung vor dem erst- als auch dem zweitinstanzlichen Gericht glaubhaft und übereinstimmend bekundet, der Versicherte habe keine festen Arbeitszeiten gehabt, sondern diese seien, je nach Arbeitsanfall in der Firma, sehr unterschiedlich gewesen. Der Versicherte sei auf Abruf tätig geworden. Die

Klägerin hat diese Angaben bei ihrer persönlichen Anhörung bestätigt. Gleichfalls fest steht, dass die Auszahlung des Lohns an den Versicherten bis zum Beginn des regulären Arbeitsverhältnisses Ende Juni 1993 jeweils freitags in bar erfolgte, wobei die Zeugin K. die Auszahlungen vornahm und der Versicherte die Zahlungen quittierte. Auch dies folgt aus den insoweit einander entsprechenden Aussagen der Zeugen K. und J. sowie den eigenen Angaben des Versicherten.

Allerdings ließ sich zur Überzeugung des Senats nicht feststellen, dass der durchschnittliche Verdienst des Versicherten in dem streitigen Zeitraum mehr als DM 1.000,00 pro Monat betrug.

Entgegen der Auffassung der Beklagten können insbesondere nicht die vom H. B-Stadt festgestellten Lohnzahlungen als der vom Versicherten tatsächlich erzielte Verdienst zugrunde gelegt werden. Es bestehen für den Senat nämlich begründete Zweifel daran, dass die vom H. festgestellten Lohnzahlungen dem Versicherten in dieser Höhe auch zugeflossen sind. Denn wie sich aus den Unterlagen und den Äußerungen des Finanzamtes ergibt, stützen sich dessen Feststellungen auf die vorhandenen Belege (Quittungen und Rechnungen) sowie die Angaben der Zeugen J. und K ... Dass weder das eine noch das andere Beweismittel geeignet ist, den Zufluss der entsprechenden Beträge an den Versicherten mit hinreichender Sicherheit nachzuweisen, wurde bereits dargelegt. Weitere Ermittlungen durch das H., insbesondere eine Befragung des Versicherten, fanden nicht statt.

Problematisch ist überdies, dass die vom H. in den eingereichten Unterlagen angegebenen Zahlen nicht durchgängig in sich stimmig sind. So entspricht zwar die Summe der für das Jahr 1993 in der Tabelle des Finanzamtes B-Stadt, Bl. 213 der Gerichtsakte, aufgeführten Lohnzahlungen an den Versicherten (DM 12.232,50) gerundet dem Betrag, der in dem Bericht der Lohnsteuer-Außenprüferin I. vom 13. Mai 1998 auf Seite 8 (vgl. Bl. 308 der Gerichtsakte) als - un versteuertes - Einkommen, das an den Versicherten von der Firma G. "privat veranlasst" gezahlt wurde (DM 12.233,00). Für das Jahr 1992 wird in dem Bericht vom 13. Mai 1998 jedoch ein Betrag von DM 14.407,00 genannt, während die Einzelzahlungen in der Tabelle addiert eine Summe von DM 13.290,00 ergeben. Auch eine "Baurechnung" vom 5. Mai 1992 und eine "Rechnung" vom 14. August 1992, die in der Tabelle (vgl. Bl. 214 der Gerichtsakte) aufgeführt sind, finden sich in dem Bericht der Lohnsteuer-Außenprüferin nicht wieder und werden auch in der "Erläuterung zur Angelegenheit C.", die der Zeuge J. im Rahmen des steuerrechtlichen Verfahrens abgegeben hat (vgl. Bl. 71 der Gerichtsakte) nicht erwähnt. Als Belege in den Unterlagen des Finanzamtes vorhanden sind im Übrigen nur Rechnungen vom 21. Juni 1990 (Bl. 321 der Gerichtsakte), vom 31. Januar 1991 (Bl. 322 der Gerichtsakte), vom 31. Mai 1991 (Bl. 323 der Gerichtsakte) und vom 8. Mai 1992 (Bl. 324 der Gerichtsakte). Schließlich existieren Quittungen vom 27. Mai 1992 über DM 386,25 (Bl. 418 der Gerichtsakte) und vom 5. Juni 1992 über DM 536,25 (Bl. 329 der Gerichtsakte), die wiederum nicht in der Tabelle, Bl. 213 der Gerichtsakte, aufgeführt sind.

Ebenfalls fraglich bleibt, ob der Versicherte der Fa. G. tatsächlich einen Benzin-Ölines und Hallentore (bzw. sonstige Gegenstände) geliefert und eingebaut hat, und ihm daher aufgrund von Rechnungen vom 31. Januar 1991 und vom 8. Mai 1992 Beträge in Höhe von DM 12.500,00 und DM 12.043,75 zufließen. Zwar sind entsprechende Rechnungen vorhanden. Deren Echtheit ist allerdings, wie schon ausgeführt, zweifelhaft. Soweit der Zeuge J. in der "Erläuterung zur Angelegenheit C." die Erbringung entsprechender Leistungen behauptet, reicht auch dies als Beweis nicht aus. Denn bei seiner erst- und zweitinstanzlichen Vernehmung hat der Zeuge sich sehr vage und ausweichend geäußert, so dass weder die Erbringung der behaupteten Leistungen noch die Zahlungen an den Versicherten als erwiesen angesehen werden können. Vor dem Sozialgericht hatte der Zeuge zunächst erklärt, der Versicherte habe ihm die Tore zum Einbau angeboten; daran, ob er auch den Benzin-Ölines, d. h. den Ölabscheider, geliefert und eingebaut habe, könne er sich nicht erinnern. Bei genauerem Nachdenken könne er auch nicht sagen, ob der Versicherte die Tore geliefert habe. Bei seiner zweiten Vernehmung hat der Zeuge dann angegeben, der Versicherte habe ihm verschiedene Gegenstände verkauft. Ob dies der Ölabscheider und die Hallentore gewesen seien, wisse er nicht mehr so genau. Der Senat hält es zumindest für denkbar, dass, wie die Zeugin K. bei beiden gerichtlichen Vernehmungen übereinstimmend behauptet hat, Zahlungen umdeklariert wurden, um Aushilfslohnsteuer zu sparen. Auch wenn die Angaben der Zeugin K., unter Berücksichtigung der ihr gegenüber erhobenen Vorwürfe, kritisch zu würdigen sind, sprechen gegen eine selbständige Tätigkeit des Versicherten doch, dass dieser von Anfang an als Aushilfe in unselbständiger Funktion für die Fa. G. tätig war und, soweit ersichtlich, auch gar nicht über die notwendigen Mittel - wie z. B. einen LKW - verfügte, um große Gegenstände wie Hallentore oder Ölabscheider zu transportieren. Die Steuerfahndungsstelle des Finanzamtes B-Stadt sah hinsichtlich der beiden Rechnungen ebenfalls noch Unklarheiten (vgl. den Aktenvermerk vom 27. Mai 1997, Bl. 72 der Gerichtsakte), worauf die Klägerin zu Recht hingewiesen hat. In dem Bericht der Lohnsteuer-Außenprüferin vom 13. Mai 1998 wurden die Zuflüsse schließlich gerade nicht als selbständiges Einkommen (des Versicherten), sondern als Lohnzahlungen an den Versicherten behandelt.

Auch aus den Bekundungen der Zeugen L. und N. ergibt sich nicht genügend Substantielles, was eine selbständige Tätigkeit des Versicherten belegen könnte. Beide Zeugen haben angegeben, unmittelbar nichts von einer Lieferung von Hallentoren oder einem Ölabscheider durch den Versicherten an die Fa. G. mitbekommen zu haben. Der Zeuge N. hat zwar erklärt, der Zeuge J. habe recht häufig gebrauchte Gegenstände auch von Privatleuten angekauft. Er glaube, sich zu erinnern, dass ihm eine Rechnung über Bautätigkeiten, in der der Name des Versicherten aufgetaucht sei, untergekommen sei. Bei dieser Rechnung sei es um Türen oder Tore gegangen. Er glaube, den Zeugen J. auf diese Rechnung angesprochen zu haben, woraufhin ihm dieser gesagt habe, ein Bekannter habe ihm die Tür bzw. das Tor verkauft. Es könne sein, dass in diesem Zusammenhang der Name des Versicherten gefallen sei. Die Existenz der möglicherweise manipulierten - Rechnungen und die nicht sicher feststehenden damaligen Äußerungen des Zeugen J. genügen freilich nicht, um den Verdacht, erbrachte Leistungen seien falsch bezeichnet worden, sicher auszuräumen. Auch aus den weiteren Angaben des Zeugen N., er könne sich eher nicht vorstellen, dass der Zeuge J. Personalkosten für Aushilfen als Baukosten abgerechnet habe, folgt nichts anderes, da der Zeuge zugleich eindeutig erklärt hat, er habe damals keine Rechnungen dieser Art geprüft und daher keine eigenen Kenntnisse hinsichtlich der Richtigkeit dieser Rechnungen.

Eine Bindungswirkung der Feststellungen des Finanzamtes für den vorliegenden Rechtsstreit ergibt sich schließlich auch nicht aus rechtlichen Gründen, denn eine Norm, die eine solche Bindungswirkung anordnet, existiert nicht. Genauso wenig bindet der bestandskräftige - Bescheid der Prüfbezirksstelle X. der Beklagten vom 26. September 2002 die Beteiligten dieses Verfahrens, was die Höhe der dort festgestellten Lohnzahlungen an den Versicherten betrifft.

Auch aufgrund der Aussagen der Zeugen steht nicht fest, dass der Versicherte ein durchschnittliches Einkommen von mehr als DM 1.000,00 pro Monat während des streitgegenständlichen Zeitraums erzielt hat.

Bereits bei der Vernehmung im erstinstanzlichen Verfahren war keiner der Zeugen in der Lage, hinsichtlich des vom Versicherten erzielten Lohns konkrete Beträge zu nennen oder sich wenigstens sicher auf einen durchschnittlichen Höchstbetrag an Verdienst festzulegen. Die Zeugin K. hat damals bekundet, nach ihrer Erinnerung habe der Versicherte weniger als DM 1.000,00 verdient, das wisse sie aber nicht mehr so genau. Der Zeuge J. hat bei seiner Vernehmung vor dem Sozialgericht angegeben, wenn der Versicherte behauptete, dass er DM 500,00 bis DM 800,00 verdient habe, so könne dies für den Anfang zutreffen. Später habe der Versicherte dann mehr verdient, so um die DM 1.000,00 pro Monat. Es könne auch mehr oder weniger gewesen sein. Wenn ihm die Lohnsteuer-Außenprüfung vorgehalten werde, so könnten die Beträge hinkommen, weil sie so vom H. damals ermittelt worden seien. Auf Befragen hat der Zeuge J. dann einschränkend erklärt, es sei auch möglich, dass weitere Arbeitnehmer in der Gesamtprüfung vom H. in der Lohnzahlung enthalten seien und nur auf den Versicherten abgerechnet worden seien, so dass tatsächlich zu viel Lohnzahlung auf diesen entfallen sei. Dies schließe er nicht aus.

Die Vernehmung der Zeugen im zweitinstanzlichen Verfahren ergab keine wesentlichen neuen Erkenntnisse. Die Zeugin K. hat hier bekundet, der Versicherte habe von ihr, und insoweit sei sie sicher, pro Woche DM 200,00 bis DM 400,00 erhalten, wobei es auch Wochen gegeben habe, wo er gar nichts bekommen habe. Es habe definitiv Monate gegeben, in denen er weniger als DM 1.000,00 verdient habe, aber auch Monate, wo der Verdienst darüber gelegen habe, z.B. in der Urlaubszeit. Durchschnittswerte, aufs Jahr gerechnet, könne sie für das Einkommen des Versicherten nicht angeben. Auch der Zeuge J. hat erklärt, er könne nicht sicher sagen, wie viel der Versicherte pro Monat durchschnittlich verdient habe. Zwar waren die Äußerungen der Zeugen, als ihnen die in der Tabelle (Bl. 213 und 214 der Gerichtsakte) aufgelisteten Beträge als vermeintlicher Verdienst des Versicherten vorgehalten wurden, sehr unterschiedlich. Während nämlich die Zeugin K. geäußert hat, die dort genannten Summen seien viel zu hoch, insbesondere sei sie sich sicher, nie in einer Woche DM 600,00 an den Versicherten ausgezahlt zu haben, hat der Zeuge J. bekundet, die in der Liste genannten Beträge erschienen ihm (als monatliche Beträge) schon plausibel. Wem der beiden Zeugen in diesem Punkt mehr Glauben zu schenken ist, kann jedoch dahingestellt bleiben, denn weder konnte der Zeuge J. die in der Tabelle genannten Beträge – die einen Durchschnittsverdienst von weit über DM 1.000,00 pro Monat ergäben – mit hinreichender Sicherheit als richtig bestätigten noch folgt aus der Aussage der Zeugin K. ein Durchschnittsentgelt von DM 1.000,00 oder weniger. Auch die Aussagen der Zeugen L. und N. waren unergiebig, da beide zur Höhe des vom Versicherten erzielten Verdienstes keine Angaben machen konnten.

Die Höhe des von dem Versicherten durchschnittlich erzielten Arbeitsentgelts lässt sich auch nicht mittelbar über seine Arbeitszeiten und den ihm gezahlten Stundenlohn ermitteln.

Dies scheidet bereits daran, dass sich weder durchschnittliche noch maximale wöchentliche bzw. monatliche Arbeitsstunden, die der Versicherte abgeleistet hat, feststellen lassen. Lediglich der Zeuge J. hatte bei seiner Vernehmung vor dem Sozialgericht zunächst konkrete Zahlen hinsichtlich der Arbeitszeiten genannt – zwischen drei und achtzehn Stunden pro Woche – diese Angaben dann aber freilich selbst eingeschränkt ("An die Arbeitszeiten kann ich mich nicht mehr genau erinnern"). Auch unter Berücksichtigung dieser Aussage kann eine maximale Anzahl von Arbeitsstunden pro Woche jedoch nicht als nachgewiesen angesehen werden. Denn (nicht nur) der Zeuge J. selbst hat bei seiner erneuten, zweitinstanzlichen Vernehmung seinen erstinstanzlichen Bekundungen widersprochen, indem er nunmehr erklärt hat, die Stundenzahlen, die der Versicherte gearbeitet habe, seien völlig unterschiedlich gewesen. Der Versicherte habe mal Vollzeit gearbeitet, vielleicht sogar mal 180 Stunden im Monat, mal auch nur halbe Tage oder auch weniger. An manchen Tagen sei er auch gar nicht da gewesen. Auch die Zeugin K. hat bei beiden Vernehmungen übereinstimmend bekundet, dass die Arbeitszeiten des Versicherten völlig unterschiedlich gewesen seien, weil er gekommen und geblieben sei, solange man ihn gebraucht habe. Bei Bedarf habe der Versicherte auch fünf Tage pro Woche gearbeitet. Dass die Arbeitszeit des Versicherten nicht durch eine bestimmte Stundenzahl pro Woche oder Monat begrenzt war, hält der Senat schon deswegen für plausibel, weil der Zeuge J. insoweit nachvollziehbar geschildert hat, der Versicherte sei alleine dafür zuständig gewesen, den Kranabschleppwagen zu fahren. Da hierfür eine umfassende Ausbildung bzw. Einarbeitung erforderlich sei, sei der Versicherte – der als früherer Kranführer über diese Ausbildung verfügt habe – nicht ersetzbar gewesen. Der Kranwagen sei häufiger benutzt worden und z.T. auch samstags und sonntags im Einsatz gewesen. Im Übrigen hat auch die Klägerin bei ihrer persönlichen Anhörung nichts von einer Stundenobergrenze erwähnt, sondern erklärt, der Versicherte sei immer nach Bedarf tätig geworden, so dass seine Arbeitszeiten völlig unterschiedlich gewesen seien. Zum Teil habe er auch mehr als halbe Tage gearbeitet.

Darüber hinaus setzt die Ermittlung eines monatlichen Maximalverdienstes weiter voraus, dass die Höhe des Stundenlohns belegt ist. Auch an diesem Nachweis fehlt es aber. Während der Zeuge J. nämlich bei seiner Befragung in der ersten Instanz angegeben hat, der Stundenlohn habe zunächst DM 10,00, dann DM 13,50 und schließlich DM 15,00 betragen, wobei die DM 15,00 erst ab Mitte 1993 gezahlt worden seien, hat die Zeugin K. erklärt, sie kenne die Höhe des Stundenlohns nicht genau, es könnten am Anfang DM 8,00 und später DM 10,00 gewesen sein. Der Versicherte wiederum hat bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Sozialgericht behauptet, er habe DM 10,00 pro Stunde an Arbeitslohn erhalten, während die Klägerin von DM 5,00 oder DM 8,00 pro Stunde gesprochen hat mit der Einschränkung, sie kenne die genaue Höhe nicht, weil der Verdienst das Taschengeld ihres Mannes gewesen sei. Selbst wenn man wegen der insoweit übereinstimmenden Angaben des Zeugen J. und des Versicherten, die als Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinsichtlich des Stundenlohns über die größte Sachnähe verfügten, einen anfänglichen Stundenlohn von DM 10,00 als belegt ansieht, und trotz der anders lautenden Aussage des Versicherten auch von einer späteren Erhöhung ausgeht, bleibt jedenfalls unklar, wann genau die Erhöhung stattfand. Hierzu konnte nämlich auch der Zeuge J. keine konkreten Angaben mehr machen, sondern nur eine Schätzung abgeben ("so etwa 1992"), die als Grundlage für eine konkrete Berechnung nicht ausreicht. Auf die Quittungen, die einen Stundenlohn von DM 15,00 ausweisen, kann jedenfalls nicht abgestellt werden, denn deren inhaltliche Richtigkeit ist aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme, wie bereits im Einzelnen dargelegt, gerade fraglich. Im Übrigen betreffen sie auch nur, da die erste Quittung von Mai 1992 datiert, die Jahre 1992 und 1993.

Ein Überschreiten der Hinzuverdienstgrenze folgt schließlich auch nicht aus [§ 14 Abs. 2 SGB IV](#) in der hier anzuwendenden Fassung des Gesetzes vom 23. Dezember 1976. Danach gelten für den Fall, dass ein Nettoentgelt vereinbart ist, als Arbeitsentgelt die Einnahmen des Beschäftigten einschließlich der darauf entfallenden Steuern und der seinem gesetzlichen Anteil entsprechenden Beiträge zur Sozialversicherung und seines Beitrags zur Bundesanstalt für Arbeit. Ein "Hochrechnen" der Einkünfte des Versicherten zu einem Bruttolohn, der dann die Hinzuverdienstgrenze übersteigt, scheidet hier allerdings schon daran, dass das Vorhandensein einer Abrede zwischen dem Versicherten und der Fa. G. bzw. dem Zeugen J., die als Nettoentgeltvereinbarung auszulegen wäre, nicht feststellbar ist. Denn eine solche Nettoentgeltvereinbarung liegt nur vor, wenn der Arbeitgeber vor oder bei Auszahlung des Lohns ausdrücklich oder wenigstens durch schlüssiges Verhalten zu erkennen gibt, dass er Steuern und Beitragsanteile seines Beschäftigten übernehmen und ihm damit zusätzlich zu dem ausgezahlten Barlohn einen weiteren Vermögensvorteil zuwenden wollte (vgl. BSG, Urteil vom 22. September 1988, Az. [12 RK 36/86](#),

Rdnr. 20). Für das Bestehen einer solchen Abrede gibt es vorliegend keine Anhaltspunkte. Aus dem Umstand, dass die Fa. G. im nachhinein gegenüber dem H. die Steuern und gegenüber der Beklagten die Sozialversicherungsbeiträge auch für den Versicherten übernommen hat, ergibt sich ebenfalls nicht, dass die Übernahme, wie für eine vertragliche Vereinbarung erforderlich, freiwillig erfolgte und schon bei Auszahlung des Lohns ein entsprechender Wille der Beteiligten vorhanden war (vgl. auch BSG, Urteil vom 22. September 1988, Rdnr. 28). Auch eine entsprechende Anwendung des [§ 14 Abs. 2 SGB IV](#) auf die Fälle der "Schwarzarbeit" kommt nicht in Betracht (BSG, Urteil vom 22. September 1988, Rdnr. 30). Die nunmehrige Regelung in [§ 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV](#), wonach, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt sind, ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart gilt, kann hier jedenfalls nicht herangezogen werden, denn diese Bestimmung wurde erst mit Wirkung zum 1. August 2002 in das Gesetz eingefügt.

Allerdings steht genauso wenig fest, dass der Versicherte mit seiner Tätigkeit die maßgebliche Hinzuverdienstgrenze nicht überschritten hat. Dass die Hinzuverdienstgrenze überschritten worden sein kann, ergibt sich, wie gerade dargelegt, aus den Aussagen der Zeugen. Die eigenen Bekundungen des Versicherten sind nicht geeignet, die Möglichkeit einer Überschreitung auszuschließen. Soweit der Versicherte bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Sozialgericht erklärt hat, er habe pro Monat lediglich DM 500,00 bis DM 800,00 verdient, ist dieses Vorbringen bereits nicht glaubhaft. Dies folgt schon daraus, dass seine Angaben im Laufe des Verwaltungs- und gerichtlichen Verfahrens widersprüchlich waren. So hatte der Versicherte zunächst, in Reaktion auf das Anhörungsschreiben der Beklagten vom 10. Oktober 2002, den Erhalt wesentlich höherer - die Hinzuverdienstgrenze übersteigender - Beträge eingeräumt, als er über seinen Prozessbevollmächtigten hatte erklären lassen, dass er "zutreffend Arbeitseinkommen in Höhe des bei der Außenprüfung der Prüfbezirksstelle X. festgestellten Umfangs bezogen" habe und eine Meldung - an die Beklagte - nur deswegen unterblieben sei, weil sich nach der Erinnerung des Versicherten der Arbeitgeber ihm gegenüber geäußert habe, er werde dies für den Versicherten übernehmen. Später hat er dann behauptet, sein Einkommen habe unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze (die 1991 DM 480,00 betragen und bis 1993 auf DM 530,00 gestiegen war) gelegen.

Eine nachvollziehbare Erläuterung dafür, warum solche unterschiedlichen Angaben erfolgten und insbesondere ursprünglich zugegeben wurde, dass der Verdienst die Hinzuverdienstgrenze überschritten habe, wurde nicht gegeben. Auch die Erklärung des zu diesem Punkt befragten Prozessbevollmächtigten macht die widersprüchlichen Äußerungen nicht plausibel. Der Prozessbevollmächtigte hat insoweit auf Befragen des Gerichts angegeben, er habe mit dem Versicherten im damaligen Zeitpunkt nicht über konkrete Zahlen gesprochen. Vielmehr habe der Versicherte zu ihm gesagt, wenn das H. Zahlungen in einer bestimmten Höhe festgestellt habe, so werde das wohl zutreffen. Erst, als dann hinterher Zahlen auf dem Tisch gewesen seien, habe der Versicherte gesagt, das sei mehr, als er bekommen habe.

Zwar mag es sein, dass dem Versicherten, ungeachtet der vorherigen Akteneinsicht durch den Prozessbevollmächtigten, die von der Prüfbezirksstelle genannten Beträge damals nicht bekannt waren. Der Versicherte wusste aber, dass ihm vorgeworfen wurde, durch seine Tätigkeit bei der Firma G. ein Einkommen von durchschnittlich mehr als DM 1.000,00 pro Monat erzielt zu haben, und dass deswegen vorgesehen war, den Bewilligungsbescheid für den Zeitraum von Mitte 1991 bis Mitte 1993 aufzuheben. Denn die Beklagte hatte ihm dies in dem an ihn persönlich gerichteten Anhörungsschreiben ausführlich, unter Darlegung der maßgeblichen Rechtsvorschriften, mitgeteilt. In Anbetracht dieser Kenntnisse kann die in Reaktion auf das Anhörungsschreiben erfolgte Erklärung nur so verstanden werden, dass der Versicherte selbst annahm, er habe, wie von der Beklagten behauptet, in dem maßgeblichen Zeitraum Einkommen von durchschnittlich mehr als DM 1.000,00 erzielt. Warum er später ein deutlich niedrigeres Durchschnittseinkommen behauptet hat, ist nicht nachvollziehbar.

Erst recht nicht zum Nachweis des Unterschreitens der Hinzuverdienstgrenze geeignet sind die Angaben der Klägerin, die zum Verdienst ihres Mannes nur sehr ungenaue Angaben machen konnte ("allenfalls so 200,00 bis 300,00 DM pro Woche"), zumal auch hier letztlich, geht man von diesen Zahlen aus, unklar bleibt, ob der Durchschnittsverdienst die Grenze von DM 1.000,00 pro Monat überschritt oder nicht.

Dass nicht mehr nachweisbar - aber auch nicht ausgeschlossen - ist, dass der Versicherte einen Verdienst von durchschnittlich mehr als DM 1.000,00 erzielt hat, geht hier ausnahmsweise zu Lasten der Klägerin, denn diese trägt das Risiko der Nichterweislichkeit dieser Tatsache.

Nach allgemeinen Grundsätzen wäre allerdings die Beklagte diejenige, die das Risiko der Nichterweislichkeit dieses Umstandes zu tragen hätte. Denn prinzipiell gilt, dass die Unerweislichkeit einer Tatsache zu Lasten desjenigen Beteiligten geht, der aus ihr eine bestimmte für ihn günstige Rechtsfolge herleitet. Soweit die Rechtmäßigkeit eines Aufhebungs- und Rückforderungsbescheides in Streit steht, trifft dementsprechend grundsätzlich die Behörde die objektive Beweislast für das Vorliegen der Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Bewilligungsbescheides (vgl. nur BSG, Urteil vom 24. Mai 2006, Az. [B 11a AL 7/05 R](#), Rdnr. 32; Az. [B 11a AL 49/05 R](#), Rdnr. 27). Eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Beweislastverteilung kann jedoch dann gerechtfertigt sein, wenn in der persönlichen Sphäre oder in der Verantwortungssphäre des Leistungsempfängers wurzelnde Vorgänge nicht aufklärbar sind, d.h. eine besondere Beweisnähe zum Leistungsempfänger vorliegt. Eine solche Beweisnähe kann sich nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts z.B. daraus ergeben, dass bei der Antragstellung Angaben unterlassen worden sind mit der Konsequenz der Erschwerung der Aufklärung in späteren Jahren (so BSG, Urteil vom 24. Mai 2006, Az. [B 11a AL 7/05 R](#), Rdnr. 33).

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben, denn der Versicherte hatte im Zusammenhang mit der Rentenantragstellung eine "Erklärung über die Aufgabe der Beschäftigung oder Tätigkeit" unterschrieben und in dieser Erklärung den Absatz

"Ich beabsichtige, weiterhin eine - Beschäftigung - selbständige Erwerbstätigkeit  
- von unbefristeter Dauer mit einem monatlichen - Entgelt - Arbeitseinkommen - in Höhe von DM brutto auszuüben.  
- befristet auf die Zeit vom bis auszuüben."

als unzutreffend durchgestrichen, obwohl er in diesem Zeitpunkt bereits für die Fa. G. tätig war. Weiter enthält die Erklärung die Formulierung

"Sollte ich darüber hinaus eine Beschäftigung gegen Entgelt oder eine selbständige Erwerbstätigkeit fortsetzen oder wieder aufnehmen, werde ich dies der Landesversicherungsanstalt Hessen unverzüglich mitteilen."

Auch dieser Aufforderung kam der Versicherte zu keinem Zeitpunkt nach.

Durch dieses Verhalten des Versicherten wurde die spätere Aufklärung des Sachverhalts erschwert. Hätte der Versicherte nämlich das Arbeitsverhältnis bei der Fa. G. wahrheitsgemäß angegeben und auch den dort erzielten Lohn mitgeteilt, wäre es zu keinem Zeitpunkt zu Schwierigkeiten bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsentgeltes gekommen.

Soweit man, unter Rückgriff auf den in [§ 444 ZPO](#) enthaltenen Rechtsgedanken, für die Umkehr der Beweislast weiter ein schuldhaftes Verhalten desjenigen, zu dessen Lasten die Beweislastumkehr geht, fordert (vgl. hierzu BSG, Beschluss vom 13. September 2005, Az. [B 2 U 365/04 B](#), Rdnr. 12), ist auch diese Anforderung hier erfüllt. Schuldhaft handelt, wer vorsätzlich, also wissentlich und willentlich oder fahrlässig, d.h. unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, die ihm obliegenden Pflichten verletzt. Beim Versicherten muss davon ausgegangen werden, dass er das Arbeitsverhältnis bei der Fa. G. vorsätzlich verschwiegen hat. Jedenfalls aber hat er, indem er die "Erklärung" mit diesem Inhalt unterschrieben hat, fahrlässig gehandelt, denn aufgrund der Formulierungen in dem Formular war für einen durchschnittlichen Antragsteller klar erkennbar, welche Angaben von ihm gefordert wurden. Anhaltspunkte dafür, dass der Versicherte aufgrund individueller Besonderheiten nicht in der Lage gewesen wäre, die Formulierungen zu verstehen, gibt es nicht. Das Vorbringen des Versicherten bei seiner persönlichen Anhörung, er habe damals den Zeugen J. angesprochen, weil er keinen Ärger mit der Rentenkasse habe haben wollen und dieser habe gesagt, er wolle sich darum kümmern, lässt das Verschulden schon aus rechtlichen Gründen nicht entfallen. Denn in diesem Fall wäre das schuldhafte Verhalten des Zeugen J. – nämlich die Nichtmeldung des Verdienstes an die Beklagte - dem Versicherten als eigenes Verschulden zuzurechnen. Dies folgt schon aus dem in [§ 278](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) enthaltenen, auch im öffentlichen Recht gültigen Grundsatz, dass jemand das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder der Personen, denen er sich für die Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten hat wie eigenes Verschulden. Hiervon abgesehen glaubt der Senat dem Versicherten seine Behauptungen auch nicht, sondern ist überzeugt, dass dieser der Beklagten das Bestehen des Arbeitsverhältnisses bewusst verschwiegen hat. Es ist nämlich schon im Ansatz nicht nachvollziehbar, warum der Versicherte einerseits in der "Erklärung über die Aufgabe der Beschäftigung oder Tätigkeit" die ausgeübte Tätigkeit nicht angeben, andererseits den Arbeitgeber aber gleichzeitig beauftragen sollte, die Beschäftigung der Beklagten zu melden. Dass der Versicherte die Meldung gegenüber der Beklagten vorsätzlich unterlassen hat, wird zudem durch die Aussage des Zeugen J. bestätigt, der bei seiner zweiten Vernehmung ausdrücklich bekundet hat, der Versicherte habe ihm sinngemäß gesagt, wenn der Arbeitslohn auch noch auf seine Rente angerechnet werde, werde er nicht mehr für den Zeugen weiterarbeiten, weil es sich dann nicht mehr lohne. Der Senat hält das Vorbringen des Zeugen J. auch für glaubhaft, denn dessen Schilderungen waren lebensnah und der Zeuge erweckte zu keinem Zeitpunkt den Eindruck, als wolle er sich mit seinem Vortrag in ein günstiges Licht setzen bzw. dem Versicherten, etwa aus Rache, noch Schaden zufügen. Unglaublich sind dagegen die – sehr interessengeleitet erscheinenden – Angaben der Klägerin, neben ihrem Ehemann hätte sie auch selbst den Zeugen J., als sie einmal mit ihrem Mann in der Firma gewesen sei, auf den Nebenverdienst angesprochen und ihn gefragt, ob sie da "irgendwas veranlassen müssten". Der Zeuge J. habe damals zu ihr gesagt, das liefe schon alles so und sie müssten da nichts weiter tun. Dass die Klägerin sich selbst an den Arbeitgeber ihres Ehemanns gewandt haben will, erscheint nicht nur per se eher wirklichkeitsfremd, sondern schon deswegen besonders unwahrscheinlich, weil sie sich ansonsten bezüglich des Arbeitsverhältnisses überhaupt nicht auskannte, insbesondere weder konkrete Angaben zur Höhe des Verdienstes noch zum Stundenlohn des Versicherten machen konnte und überdies angegeben hat, finanziell von diesem Einkommen ihres Ehemanns nicht profitiert zu haben, da dieser seinen Verdienst als Taschengeld behalten habe.

Zu Recht hat die Beklagte sich bei der Aufhebung des Rentenbescheides auch auf [§ 45 SGB X](#) – und nicht auf [§ 48 SGB X](#) – gestützt. Das Überschreiten der Hinzuverdienstgrenze stellt sich nämlich nicht als Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die beim Erlass des Verwaltungsaktes vorlagen, dar, sondern das Überschreiten dieser Grenze war von Anfang an in dem Umfang, in dem der Versicherte bereits im Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides bei der Fa. G. tätig war, angelegt.

Die weiteren Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 SGB X](#) sind ebenfalls erfüllt.

Es besteht kein Rücknahmeverbot nach [§ 45 Abs. 2 SGB X](#). Die Anwendung dieser Vorschrift zugunsten der Klägerin scheidet schon daran, dass das Vertrauen des Versicherten auf den Bestand des Rentenbescheides nicht schutzwürdig ist. Vertrauensschutz ist hier nach [§ 45 Abs. 2 S. 3 SGB X](#) ausgeschlossen, denn das Verhalten des Versicherten erfüllt sowohl die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2](#) als auch [Nr. 3 SGB X](#).

Wie bereits dargelegt, hat der Versicherte bei Beantragung der Rente der Beklagten die Ausübung der Tätigkeit bei der Fa. G. bewusst verschwiegen und damit vorsätzlich Angaben gemacht, die in wesentlicher Beziehung unrichtig bzw. unvollständig waren. Dem Versicherten war auch spätestens mit Zugang des Rentenbescheides bekannt, dass sein Verdienst die Hinzuverdienstgrenzen – zumindest möglicherweise – überschreiten würde, es auf die Offenlegung seines Einkommens also rechtlich ankam. Denn auf Seite 3 des Bescheides hatte die Beklagte ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Altersruhegeld mit dem Beginn des Monats wegfällt, in dem eine Beschäftigung oder Erwerbstätigkeit aufgenommen oder ausgeübt wird, die die "in den beigefügten Erläuterungen zum Rentenbescheid genannte Zeitdauer oder die Entgelts- bzw. Arbeitseinkommengrenzen überschreitet", und den Versicherten zugleich auf seine Pflicht, eine solche Tätigkeit unverzüglich anzuzeigen, aufmerksam gemacht. In den "Allgemeinen Erläuterungen und Hinweise zum Rentenbescheid, Stand 1.1.1991", die die Beklagte in Kopie zur Akte gereicht hat (Bl. 262 bis 265 der Gerichtsakte), werden unter Ziffer 5.5 die Grenzen, innerhalb derer der Leistungsempfänger eines Altersruhegeldes nach [§ 1248 RVO](#) bis zur Vollendung des 65. Lebensjahres hinzuverdienen darf, ohne den Rentenanspruch zu verlieren, zutreffend und nachvollziehbar dargestellt. Es ist davon auszugehen, dass der Versicherte diese Hinweise auch zur Kenntnis genommen hat. Soweit die Klägerin erklärt hat, nicht zu wissen, ob dem Rentenbescheid vom 5. April 1991 die "Allgemeinen Erläuterungen und Hinweise zum Rentenbescheid" auch beigefügt gewesen seien, führt dies zu keiner abweichenden Bewertung. Abgesehen davon, dass es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass diese Erläuterungen nicht, wie generell üblich, mit dem Bescheid an den Versicherten übersandt worden sind und insbesondere der Versicherte selbst zu keinem Zeitpunkt behauptet hat, diese Erläuterungen seien ihm nicht zugegangen, wären selbst dann, wenn diese nicht Bestandteil des Rentenbescheides gewesen wären, die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 SGB X](#) gegeben. Denn in diesem Fall hätte der Versicherte grob fahrlässig gehandelt. Grobe Fahrlässigkeit ist nämlich gegeben, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat. Dies ist dann der Fall, wenn er bereits einfache, ganz naheliegende Überlegungen nicht anstellt und das nicht beachtet, was im gegebenen Fall jedem einleuchten muss (BSG SozR 3-1300 [§ 45 SGB X](#) Nr. 45; [BSGE 62, 32, 35; 42, 184, 187](#)). Bei der Beurteilung der groben Fahrlässigkeit ist nicht von einem objektiven, sondern von einem subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab auszugehen (BSG vom 9. Februar 2006 - [B 7a AL 58/05 R](#); vgl. auch BSG vom 25. April 1990 - [7 RAr 20/89](#) - und vom 24. April 1997 - [11 RAr 89/96](#)). Das Maß der Fahrlässigkeit ist insbesondere nach der persönlichen Urteils- und Kritikfähigkeit sowie dem Einsichtsvermögen des Beteiligten zu beurteilen ([BSGE 35, 108, 112; 44, 264,](#)

273). Angesichts der ausdrücklichen Bezugnahme auf die "Erläuterungen" in dem Rentenbescheid, ohne die die zulässige Höhe des Hinzuverdienstes offenbleibt, hätte der Versicherte sich bei der Beklagten im Falle des Fehlens dieses Merkblattes nach diesem bzw. nach der konkreten Höhe der Hinzuverdienstgrenze erkundigen müssen, um dem Vorwurf, die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt zu haben, zu entgehen. Dass er hierzu aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage gewesen wäre, ist nicht ersichtlich.

Aus den gleichen Gründen sind auch die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 SGB X](#) gegeben.

Das damit nach [§ 45 Abs. 1 SGB X](#) im Rahmen der Entscheidung über die Aufhebung auszuübende Ermessen hat die Beklagte ohne Fehler betätigt. Für eine fehlerfreie Ermessensentscheidung ist es gemäß [§ 39 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Erstes Buch \(SGB I\)](#) erforderlich, dass der Verwaltungsträger sein Ermessen überhaupt betätigt und es entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens ausübt. Der gemäß [§ 39 Abs. 1 SGB I](#) von der Ermessensentscheidung Betroffene hat dabei einen korrespondierenden Anspruch auf die pflichtgemäße Ausübung fehlerfreien Ermessens ([§ 39 Abs. 1 S. 2 SGB I](#)). Nur in diesem - eingeschränkten - Umfang unterliegt die Ermessensentscheidung nach Maßgabe des [§ 54 Abs. 2 S. 2 SGG](#) der gerichtlichen Kontrolle. Rechtswidrig können Verwaltungsakte demnach nur in den Fällen des Ermessensfehlgebrauchs (entweder in Gestalt des Ermessensnichtgebrauchs oder in Gestalt der Ermessensüberschreitung) sein (vgl. BSG vom 14. Dezember 1994 - [4 RA 42/94](#) = [SozR 3-1200 § 39 Nr. 1](#)). Die Frage, ob und in welcher Weise Ermessen ausgeübt wurde, beurteilt sich nach dem Inhalt des Rücknahmebescheides, insbesondere nach seiner Begründung. Diese muss erkennen lassen, dass eine Ermessensentscheidung getroffen wurde, und sie muss darüber hinaus grundsätzlich auch diejenigen Gesichtspunkte aufzeigen, von denen der Verwaltungsträger bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist (BSG SozR 3 1300 § 45 Nrn. 5, 20).

Die von der Beklagten getroffene Ermessensentscheidung entspricht den eben genannten Kriterien. In dem Bescheid vom 19. November 2002 hat sie, unter Kenntnisnahme der Argumente des Versicherten, das ihr zustehende Ermessen innerhalb des ihr zustehenden Spielraums unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Norm betätigt. Nach Auffassung des Senats ist es dabei insbesondere nicht zu beanstanden, dass die Beklagte bei ihrer Ermessensausübung das öffentliche Interesse bzw. das Interesse der Versichertengemeinschaft an der Rückforderung überzahlter Beträge höher bewertet hat als das Vertrauen des (bösgläubigen) Versicherten auf den Bestand der erbrachten Rentenzahlungen (vgl. insoweit auch BSG, Urteil vom 25. Januar 1994, Az. [4 RA 16/92](#), Rdnr. 20 f.).

Die Aufhebung erfolgte schließlich auch fristgerecht. Sowohl die Frist des [§ 45 Abs. 3 SGB X](#) als auch des [§ 45 Abs. 4 SGB X](#) wurde von der Beklagten eingehalten.

Die Beklagte war bei der Rücknahme insbesondere nicht an die Zehnjahresfrist des [§ 45 Abs. 3 S. 3 SGB X](#) gebunden, da [§ 45 Abs. 3 S. 4 SGB X](#) eingreift. Denn die Rente als laufende Geldleistung wurde an den Versicherten bis zum Beginn des Verwaltungsverfahrens im September bzw. Oktober 2002 gezahlt. Aus [§ 45 Abs. 3 S. 5 SGB X](#) ergeben sich keine Einschränkungen, da die Frist von zehn Jahren angesichts der Bekanntgabe des Rentenbescheides im April 1991 am 15. April 1998 noch nicht abgelaufen war.

Auch die Jahresfrist des [§ 45 Abs. 4 S. 2 SGB X](#) wurde von der Beklagten gewahrt. Dabei kommt es für den Beginn der Frist nicht auf die Kenntnis der Behörde als solcher, sondern des behördenintern zuständigen Bearbeiters an (vgl. BSG, Urteil vom 9. September 1986, Az. [11a RA 2/85](#), Rdnr. 16). Da dieser erst im September 2002, durch die Übersendung des Bescheides vom 26. September 2002, von den maßgeblichen Umständen, auf die sich die Aufhebung stützt, erfuhr, und der Aufhebungsbescheid bereits vom 19. November 2002 datiert, steht auch diese Frist der Rücknahme nicht entgegen.

Die Befugnis zur Rückforderung des für den Aufhebungszeitraum gezahlten Altersruhegeldes ergibt sich aus [§ 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#). Anhaltspunkte dafür, dass die Erstattungsforderung der Höhe nach unzutreffend ermittelt worden sein könnte, sind weder ersichtlich noch vorgetragen worden.

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

Die Entscheidung betreffend die Zulassung der Revision beruht auf [§ 144 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2011-08-16