

L 8 AL 2186/09

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Arbeitslosenversicherung

Abteilung

8

1. Instanz

SG Karlsruhe (BWB)

Aktenzeichen

S 6 AS 4034/04

Datum

11.11.2008

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 8 AL 2186/09

Datum

26.10.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 11.11.2008 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte erstattet dem Kläger auch die Kosten des Berufungsverfahrens.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Aufhebung von Insolvenzgeld für die Zeit vom 01.03. bis 31.05.2002 und die Rückforderung desselben in Höhe von 12.424,25 EUR.

Der 1945 geborene Kläger ist gelernter Bau-Techniker. Seit 01.11.1996 war er als Betriebsleiter bei der B. K.- u. T. GmbH tätig (Arbeitsvertrag vom 02.11.1996). Alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der B. K.- u. T. GmbH war seit dem Jahr 1999 die Mutter des Klägers, L. F. ...

Über das Vermögen der B. K.- u. T. GmbH wurde am 12.04.2002 das Insolvenzverfahren beantragt, am 17.06.2002 wurde der Insolvenzantrag mangels Masse abgewiesen. Die Geschäftsführerin der B. K.- u. T. GmbH und der vorläufige Insolvenzverwalter kündigten das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 30.06.2002 und stellten ihn ab 01.06.2002 von der Arbeit frei, nachdem der Geschäftsbetrieb zum 31.05.2002 eingestellt worden war. Für März 2002 waren dem Kläger 3.708,12 EUR netto, für April 4.579,77 EUR netto einschließlich einer Einmalzahlung von 1.448,23 EUR brutto und für Mai 2002 3.708,12 EUR netto Entgelt nicht ausgezahlt worden.

Am 29.04.2002 beantragte der Kläger die Bewilligung von Insolvenzgeld bei der Beklagten. Die auf dem Insolvenzgeldantrag gestellte Frage danach, ob er Geschäftsführer seines Arbeitgebers oder mitarbeitender Familienangehöriger gewesen sei, beantwortete der Kläger mit "nein".

Die Beklagte übersandte ihm dennoch einen Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen. Darin gab er an, dass er fünf Tage die Woche mit insgesamt 40 Wochenstunden tätig gewesen sei und dafür ein Bruttomonatsentgelt von 5.545,47 EUR erhalten habe. Er sei als technische Leitung auf Baustellen eingesetzt gewesen. Er habe die Tätigkeit aufgrund eines Arbeitsvertrags ausgeübt und habe seine Tätigkeit nicht frei bestimmen und gestalten können. Er sei in den Betrieb eingegliedert gewesen, habe einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Wochen gehabt. Der Betrieb sei in Form einer GmbH betrieben worden und er sei nicht an dem Betrieb beteiligt. Er lebe mit seiner Ehefrau im vertraglich vereinbarten Güterstand der Gütertrennung. Den Vertrag legte er in Kopie vor. Die Angaben bestätigte die Firma B. K.- u. T. GmbH.

Mit Bescheid vom 29.07.2002 bewilligte die Beklagte dem Kläger Insolvenzgeld für die Monate März bis Mai 2002 in Höhe von insgesamt 12.424,25 EUR (März: 3.708,12 EUR, April: 4.579,77 EUR, Mai 4.136,36 EUR).

Auf seinen Antrag vom 26.04.2002 bewilligte die Beklagte dem Kläger ab 01.06.2002 Arbeitslosengeld. Zum 01.05.2003 macht sich der Kläger selbständig und schied aus dem Arbeitslosengeldbezug aus. Ab 01.05.2003 erhielt er Überbrückungsgeld von der Beklagten. Beide Bewilligungen hob die Beklagte mit Bescheiden vom 18.10.2004 auf und forderte die gewährten Leistungen zurück. Die dagegen gerichteten Widersprüche des Klägers hatten Erfolg (Abhilfebescheid vom 15.02.2007).

Mit Schreiben vom 15.05.2003 hörte die Beklagte den Kläger dahingehend an, dass er nach ihren Erkenntnissen Insolvenzgeld in Höhe von

12.424,25 EUR im genannten Zeitraum zu Unrecht bezogen habe. Er habe nach den polizeilichen Ermittlungen als faktischer Geschäftsführer die Geschicke der B. K.- u. T. GmbH bestimmt. Durch die unrichtige Angabe, Arbeitnehmer gewesen zu sein, habe er die Überzahlung verursacht. Durch das Merkblatt "Insolvenzgeld für Arbeitnehmer" sei er über die Voraussetzungen des Insolvenzgeldes informiert gewesen. Durch seine Unterschrift habe er bestätigt, das Merkblatt erhalten zu haben. Sie beabsichtige deshalb die Bewilligung aufzuheben und das zu viel gezahlte Insolvenzgeld zurückzufordern. Dazu teilte der Kläger mit, die Beklagte gehe von einem unrichtigen Sachverhalt aus. Er sei abhängig beschäftigt gewesen.

Mit Bescheid vom 31.07.2003 hob die Beklagte die Bewilligung von Insolvenzgeld auf und forderte 12.424,25 EUR zurück. Durch eine Vernehmung der im Handelsregister als Geschäftsführerin eingetragenen L. F. sei bekannt geworden, dass er der faktische Geschäftsführer der B. K.- u. T. GmbH gewesen sei. Es bestehe deshalb keine Arbeitnehmereigenschaft und die Voraussetzungen des Insolvenzgeldes seien nicht gegeben.

Dagegen wandte sich der Kläger am 30.09.2003 mit einem Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und legte gleichzeitig Widerspruch ein. Zur Begründung seines Widerspruchs führte er aus, dass die Insolvenzgeldbewilligung nicht rechtswidrig gewesen sei, denn er sei abhängig beschäftigt gewesen. Er sei Betriebsleiter gewesen. Das sei zwar eine leitende Tätigkeit, seine Rechtsmacht sei aber nicht über diejenige bei anderen Betriebsleitern hinausgegangen. Wesentliche Leitungsentscheidungen seien ohne ihn gefallen. Er habe insbesondere keine Verfügungsgewalt über die Konten des Unternehmens gehabt, keine Entscheidung über die Einstellung von Mitarbeitern oder über größere finanzielle Anschaffungen treffen können. Selbst wenn er - hilfsweise - Geschäftsführer gewesen wäre, dann allenfalls Fremdgeschäftsführer für einen Teil des Unternehmens. Die Aussagen von Frau F. seien den Akten nicht zu entnehmen. Außerdem habe selbst die Beklagte nur einen Verdacht auf die Eigenschaft des Klägers als faktischer Geschäftsführer herauslesen können. Ein Verdacht erfülle aber nicht die Voraussetzungen des [§ 45](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X). Weiterhin sei nicht erkennbar, dass er täuschend gehandelt oder vorsätzlich oder grob fahrlässig falsche Angaben gemacht habe.

Die Beklagte zog die Akten der Staatsanwaltschaft Karlsruhe (55 Js 28034/02) bei. Darin befand sich die Strafanzeige gegen L. F. wegen Insolvenzverschleppung. Weiterhin wurde von der Staatsanwaltschaft ein Vermerk gefertigt, in dem diese zu der Erkenntnis gelangte, dass der Kläger faktischer Geschäftsführer gewesen sei. Er sei 1998 wegen Bankrotts zu einer Geldstrafe verurteilt worden. Gegen ihn werde ein Verfahren wegen Steuerhinterziehung geführt. Gegen seine Mutter werde das Verfahren wegen ihres hohen Alters und wegen fehlender Einträge im Bundeszentralregister eingestellt. Weiterhin fand sich ein Vermerk der Kriminalpolizei Karlsruhe vom 11.09.2002 in den Akten, die L. F. aufgesucht hatte. Bei diesem Gespräch teilte sie mit, dass eine Frau K. die kaufmännische Leiterin gewesen sei und sie ab und zu mit Unterlagen aufgesucht habe. Ihr Sohn, der Kläger, habe den Betrieb geleitet, ihr Enkel S. K. habe die Buchhaltung gemacht, ihre Schwiegertochter C. K. sei Mitgesellschafterin der Firma B. K.- u. T. GmbH.

Mit Widerspruchsbescheid vom 24.08.2004 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der Widerspruch sei zulässig, aber unbegründet. Das Stammkapital der B. K.- u. T. GmbH habe sich auf 100.000 DM belaufen. Davon habe die Ehefrau des Klägers 50% gehalten, ein Herr S. M. habe 48% bzw. 49 % des Stammkapitals gehalten und eine Frau B., die seine Schwägerin sei, habe 1 % bzw. 2 % gehalten. Herr M. sei zunächst alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der B. K.- u. T. GmbH gewesen und zum 12.08.1999 als Geschäftsführer abberufen worden. Seitdem sei Frau F. alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin. Herr M. habe aufgrund interner Querelen die Tätigkeit als Geschäftsführer aufgeben müssen, der Kläger habe die Geschäftsführung aufgrund seiner Verurteilung nicht ausüben dürfen, deshalb habe man die Mutter eingesetzt. Tatsächlich habe er aber die Geschäfte geleitet und sein Sohn die Buchhaltung gemacht. Der Kläger könne kein Vertrauen in Anspruch nehmen, weil er die Rechtswidrigkeit der Bewilligung gekannt oder jedenfalls grob fahrlässig nicht gekannt habe. Das Ermessen werde nicht zu seinen Gunsten ausgeübt.

Dagegen erhob der Kläger am 24.09.2004 Klage zum Sozialgericht Karlsruhe (SG), zu deren Begründung er seinen Vortrag aus dem Widerspruchsverfahren wiederholte und ergänzend ausführte, Gespräche und Verhandlungen mit Banken seien über Frau K. und Frau F. gelaufen. Er selbst habe an solchen Gesprächen nicht einmal teilgenommen. Er habe Preise lediglich in Bezug auf technische Grundlagen kalkuliert. Verbindliche Entscheidungen über Auftragsvergaben, Einholung von Angeboten, Preisverhandlungen, wirtschaftliche Kalkulationen, Vertragsschlüsse und sämtliche sonstigen kaufmännischen, letztlich die Geschicke des Unternehmens leitenden Entscheidungen, seien ohne ihn gefallen. Er sei für das Unternehmen auch nicht vertraglich zeichnungsberechtigt gewesen. Auf sein Entgelt seien Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden. Selbst wenn er faktischer Geschäftsführer gewesen sei, führe das nicht zu seiner Arbeitgebereigenschaft, denn er habe nie Geschäftsanteile an der B. K.- u. T. GmbH besessen. Es fehle auch an einer Täuschungshandlung seinerseits. Auch habe er keinen unrichtigen Angaben gemacht. Jedenfalls hätte er für den Fall, dass er nicht Arbeitnehmer gewesen sei, erhebliche aufrechenbare Rückzahlungsansprüche gegen die Beklagte.

Das SG zog einen Auszug aus dem Handelsregister bei. Danach war S. M. bis 12.08.1999, danach L. G. F. bis zur Auflösung der Gesellschaft alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin.

Das SG zog die Akten des Amtsgerichts Karlsruhe betreffend das Insolvenzverfahren bei. Auf dem Insolvenzantrag vom 12.04.2002 gab L. F. als Geschäftsführerin an, den Beruf einer kaufmännischen Angestellten erlernt zu haben. Der Geschäftsbetrieb der B. K.- u. T. GmbH sei am 01.12.1996 aufgenommen worden. Gesellschafter seien C. K. mit 50.000 DM des Stammkapitals, I. B. mit 2.000 DM des Stammkapitals und S. M. mit 48.000 DM des Stammkapitals. Letzterer sei als Gesellschafter ausgeschlossen worden, der Ausschluss sei derzeit streitig. Im abschließenden Gutachten des vorläufigen Insolvenzverwalters Rechtsanwalt H. B. vom 17.06.2002 wird festgestellt, dass der Kläger den Betrieb ohne Mitwirkung der eigentlichen Geschäftsführerin faktisch leite und wie ein Geschäftsführer auftrete. Die eigentliche Geschäftsführerin sei aufgrund Krankheit für ihn nicht zu sprechen gewesen, er habe sein Gutachten aufgrund der Angaben von Frau K. und des Klägers erstellt. Die Firma B. K.- u. T. GmbH sei in Folge einer persönlichen Bekanntschaft zwischen dem Kläger und Herrn M. entstanden. Der Familienbetrieb der Familie K. sei in Insolvenz gegangen. Herr M. habe bereits zwei im Hoch- und Gewerbebau tätige Firmen mit dem Namen B. betrieben. Man habe deshalb die Firma B. K.- u. T. GmbH gegründet, an dem die Schwägerin des Herrn M., Frau I. B., einen kleinen Anteil gehabt habe. Der operative Geschäftsbetrieb sei durch den Kläger geführt worden. Zwischen Herrn M. und der Firma B. K.- und T. GmbH seien noch Rechtsstreitigkeiten anhängig, weil Herr M. durch Gesellschafterbeschluss ausgeschlossen worden sei. Hintergrund der Streitigkeit sei die Behauptung, dass Kosten zu Lasten der B. K.- und T. GmbH gebucht, die damit verbundenen Erlöse aber zugunsten der anderen Firmen des Herrn M. ausgewiesen worden seien.

Das SG zog auch die Akten des Amtsgerichts Karlsruhe über das Strafverfahren gegen den Kläger wegen Untreue zu Lasten der B. K.- u. T. GmbH und Steuerhinterziehung bei. In der Abgabennachricht der Polizei an die Staatsanwaltschaft wird der Kläger ebenfalls als faktischer Geschäftsführer der B. K.- u. T. GmbH bezeichnet. Der Kläger selbst gab in einer Beschuldigtenvernehmung am 21.05.2002 an, er sei zunächst als selbständiger Baubetreuer für Herrn M. tätig gewesen. Herr M. habe dann die Gründung der B. K.- u. T. GmbH angeregt. Er habe ihn als verantwortliche Person haben wollen. Aufgrund seiner Stellung als Geschäftsführer der im Jahr 1995 in Konkurs gegangenen L. K. GmbH & Co KG habe er aber nicht Geschäftsführer werden können, deshalb habe Herr M. selbst diese Position übernommen. Seine – des Klägers – Ehefrau C. K. habe 50 % des Stammkapitals übernommen. Seine Ehefrau habe sonst keine Tätigkeit in der Gesellschaft ausgeübt. Seit dem Rückzug von Herrn M. im Jahr 1999 habe er faktisch die Geschäftsführung des Unternehmens innegehabt. Unterschriftsberechtigt für den Zahlungsverkehr seien zuletzt Frau K. und seine Mutter gewesen. Die Ehefrau des Klägers gab am 27.09.2002 an, keine Angaben machen zu können, weil sie keinen Einblick in die Geschäfte der B. K.- u. T. GmbH habe. Sie sei derzeit arbeitslos. Herr M. teilte bei einer Zeugenvernehmung am 04.10.2002 mit, seine Gesellschaftsanteile seien am 24.10.2000 aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses eingezogen worden und auf C. K. übergegangen. Frau B. habe ihre Geschäftsanteile behalten aber keine Funktion und auch keinen Einblick in die Geschäftsabläufe der Firma. Er sei als Geschäftsführer verantwortlich für den allgemeinen Betriebsablauf, Einkauf, Verkauf, Vertragswesen mit Arbeitgebern gewesen. Seine Frau habe die Lohn- und Finanzbuchhaltung gemacht. Die Abwicklung von Kalkulation, Aufmaß und Abrechnung habe in der Verantwortung des Klägers gelegen. Er habe auch Verhandlungen mit Subunternehmern geführt. Er sei der verantwortliche technische Bauleiter gewesen. Frau B. bestätigte am 30.09.2002 keinen Einblick in die Geschäftsabläufe der Firma zu haben. Der Kläger wurde mit Urteil vom 23.07.2003 wegen Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt, die zur Bewährung ausgesetzt wurde, weil er einen Subunternehmer als technischer Leiter der B. K.- u. T. GmbH dazu gebracht habe, zu Lasten derselben überhöhte Rechnungen zu stellen. Das Geld habe er dazu genutzt, am Samstag verrichtete Arbeitsstunden ohne Zustimmung der Gesellschafter bar an Mitarbeiter auszuzahlen.

Das SG hörte in der mündlichen Verhandlung vom 11.11.2008 den Kläger persönlich an. Er teilte mit, seine Mutter habe sich in der Branche ausgekannt. Sie sei in der Buchhaltung des Familienunternehmens, der L. K. GmbH & Co KG bis zu deren Konkurs 1995 tätig gewesen. Die B. K.- u. T. GmbH sei nach dem Ausscheiden von Herrn M. überwiegend für das städtische Tiefbauamt tätig gewesen. Die Unterlagen für die dortigen Ausschreibungen habe er vorbereitet. Die Auftragsbestätigung habe seine Mutter unterschrieben. Frau K. habe die preiswertesten Anbieter für den Einkauf von Materialien ausgesucht und die Aufträge an die Lieferanten erteilt. Seit dem Ausscheiden von Herrn M. habe es keinen Personalwechsel mehr gegeben. Das Personal stammte im Prinzip aus der Gesellschaft von Herrn M. ... Er selbst habe auch die Arbeitsplanung gemacht und die Baustellen geleitet. Insofern habe er z.B. die Urlaubszeiten der Mitarbeiter koordiniert. Es sei richtig, dass er im Rahmen der strafrechtlichen Ermittlungen gesagt habe, dass er das Unternehmen faktisch geleitet habe. Es sei auch richtig, dass Schecks von seinem Privatkonto an einen Subunternehmer ausgestellt worden seien. Er habe jeweils freitags abgerechnet und wenn das Geschäftskonto keine Deckung aufgewiesen habe, habe er die entsprechenden Beträge vorgeschossen. Er habe sie dann vom Firmenkonto zurück erhalten. Im Strafverfahren habe er sich verantwortlich gefühlt und habe deswegen mitgeteilt, dass er den Betrieb geleitet habe. Für ihn habe der Begriff des faktischen Geschäftsführers bedeutet, dass die betreffende Person einen Teil des Betriebs leite.

Das SG vernahm weiterhin den vorläufigen Insolvenzverwalter H. B. als Zeugen. Er hat angegeben, er habe sich erst nach Vorbereitung an den Kläger erinnert und hätte ihn vor dem Gerichtssaal kaum erkannt. Nach seiner Erinnerung habe er einen Termin mit ihm beim städtischen Bauamt gehabt und sei mit ihm die Baustellen abgefahren. Auch habe er sich an Frau K. erinnert, die ihm damals die Buchhaltungsunterlagen zur Verfügung gestellt habe. Es sei aber nicht so, dass in der Situation der Insolvenz mit dem Schuldner verhandelt werde. Es sei, wenn er – wie in diesem Fall – ausreichende Informationen habe, nicht zwingend notwendig, mit dem Geschäftsführer in Kontakt zu treten.

Schließlich vernahm das SG S. K. als Zeugin. Sie sei zweimal bei der B. K.- u. T. GmbH tätig gewesen. Das zweite Mal sei während der Geschäftsführertätigkeit von Frau F. gewesen. Anfangs sei diese häufiger im Büro gewesen und habe sich Unterlagen mit ihr zusammen durchgesehen und sie auch unterschrieben. Das sei in der Folgezeit weniger geworden, Frau F. habe zunehmend Aufgaben an sie übertragen. Auch später habe sie sich an Frau F. gewandt, wenn Dinge zu entscheiden gewesen seien. Einmal sei sie auch bei ihr in der Wohnung gewesen. Der Kläger sei der technische Leiter gewesen. Er habe z.B. öffentliche Ausschreibungen durchgesehen, um festzustellen, ob die Firma die Arbeiten technisch und zeitlich erbringen könne und sie finanziell möglich seien. Sie selbst habe dann die Bewerbungen auf die Ausschreibungen angefertigt und eingereicht und sie auch selbst unterschrieben. Aufträge an Lieferanten habe sie ausgehandelt und erteilt. Dazu habe sie teilweise selbst, teilweise Frau F. unterschrieben. Die Einstellungen im Büro habe sie vorgenommen. Bei Einstellungen im Baustellenbereich habe sie Rücksprache mit dem Kläger gehalten, die Einstellungen aber selbst getätigt. Der Urlaubsplan sei im Büro gewesen, die Urlaubsgewährung für Mitarbeiter habe sie mit dem Kläger abgesprochen. Die Buchhaltung der Firma selbst habe ein Steuerberater gemacht. Die Kalkulationen, Auftragsbeschaffung und Abrechnung der Baumaßnahme und ähnliches habe sie erledigt. Es sei zwar so gewesen, dass sie mit dem Kläger habe absprechen müssen, welche Leistungen sie in Rechnung stellen müsse, die Rechnung habe aber sie gestellt. Sie sei es auch gewesen, die gegen Ende der Tätigkeit mit den Mitarbeitern über einen Verzicht auf Weihnachtsgeld verhandelt habe.

Mit Urteil vom 11.11.2008 hob das SG die angefochtenen Bescheide auf. Zur Begründung führte es aus, die Voraussetzungen des [§ 45 SGB X](#) seien nicht erfüllt, denn die Insolvenzgeldbewilligung sei nicht rechtswidrig gewesen. Der Kläger sei während des Insolvenzgeldzeitraums Arbeitnehmer gewesen. Er habe selbst kein Kapital gehalten, sei nicht einmal eingetragener Geschäftsführer gewesen. Er habe ein festes Gehalt bezogen und es seien davon Beiträge abgeführt worden. Die Mutter habe die Rechtsmacht gehabt, die Geschicke des Unternehmens zu leiten und habe das auch tatsächlich getan. Sie habe sich – entgegen des im Strafverfahren entstandenen Eindrucks – auch tatsächlich um das Unternehmen gekümmert und aufgrund ihrer Tätigkeit im früheren Familienunternehmen auch Branchenkenntnis gehabt. Der Kläger dagegen habe keine Tätigkeiten ausgeübt, die darauf hindeuteten, dass er tatsächlicher Inhaber oder auch Geschäftsführer des Unternehmens gewesen sei. Nahezu alle Entscheidungen auch über das Tagesgeschäft seien über den Schreibtisch von Frau K. gegangen. Die Einlassungen des Klägers im Strafverfahren hätten demgegenüber weniger Gewicht. Sie seien auf die Verteidigungsstrategie zurückzuführen. Das Strafverfahren sei wegen Untreue durchgeführt worden. Es habe insofern im Interesse des Klägers gelegen, seine Bedeutung im Unternehmen wichtiger darzustellen als sie tatsächlich war, um erklären zu können, warum Gelder des Unternehmens über sein Privatkonto gelaufen seien. Außerdem lägen die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) nicht vor, weil der Kläger in den Formularen einschließlich des Feststellungsbogens betreffend seine Tätigkeit als Angehöriger keine wahrheitswidrigen Angaben gemacht habe. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger das gewährte Insolvenzgeld in dem Jahr zwischen Bewilligung und Rücknahme verbraucht habe.

Gegen das ihr am 04.12.2008 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 29.12.2008 Berufung eingelegt und zur Begründung ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Gewährung von Insolvenzgeld nicht vorgelegen hätten. Der Kläger sei faktischer Geschäftsführer der GmbH gewesen. Alle Zeugen und Beteiligten des Strafverfahrens hätten das übereinstimmend ausgesagt. Das SG habe zu Unrecht die besondere Stellung von Frau K. hervorgehoben, ihre Aussage widerspreche den Angaben des Klägers im Strafverfahren. Frau K. mache sich wichtiger als ihre Stellung im Unternehmen wirklich gewesen sei. Der Kläger habe das Know-how gehabt und sei auch Kopf und Seele des Betriebs gewesen. Er habe die Verantwortung getragen und sei sich dessen auch bewusst gewesen. Die Schlussfolgerungen des SG überraschten auch im Hinblick auf die deutlich altersbedingten Einschränkungen der angeblichen Geschäftsführerin. Von einer Ausfüllung der Position als Geschäftsführerin könne hier keine Rede sein. Selbst ihre Funktion als Unterschreibende habe auf Frau K. übertragen werden müssen. Der Kläger sei eben nicht wie ein Arbeitnehmer ins Unternehmen eingegliedert gewesen. Im Bewusstsein, eigentlich der Geschäftsführer gewesen zu sein, habe er falsche Angaben gemacht. Die Beklagte habe auch nicht widersprüchliche Entscheidungen getroffen. Der Kläger habe im Hinblick auf eine frühere versicherungspflichtige Beschäftigung Anspruch auf Arbeitslosengeld gehabt. Die Rahmenfrist habe aufgrund der selbständigen Tätigkeit verlängert werden können. Durch den tatsächlichen Anspruch auf Arbeitslosengeld habe er dann auch Anspruch auf Überbrückungsgeld gehabt.

Auch gegenüber dem Finanzamt habe der Kläger angegeben, dass er den Betrieb geleitet habe. Auch das Amtsgericht sei in seinem Urteil vom 23.07.2003 davon ausgegangen, dass der Kläger in seinem Geschäftsbereich vollkommen unabhängig und selbständig gewesen sei. Die Polizei habe vermerkt, Frau F. habe die Tragweite ihres Unterlassens nicht erfasst. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum der vorläufige Insolvenzverwalter in seiner Aussage beim SG seine Ausführungen im abschließenden Gutachten im Insolvenzverfahren relativiert habe. Das SG habe die Aussagen der Zeugin K. überbewertet.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 11. November 2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angegriffene Urteil. Die von der Beklagten angeführten Zeugen aus dem Strafverfahren hätten von dem Zeitpunkt der Geschäftsführertätigkeit von Frau F. keinen Einblick in die Geschäftsinterna gehabt. Im Übrigen wiederholt er seinen erstinstanzlichen Vortrag und weist ergänzend darauf hin, dass zu Unrecht die Rolle seiner Mutter aus dem Blick geraten sei. Seine Mutter sei zwar alt gewesen, das alleine sei aber nicht ausschlaggebend. Sie sei durchaus noch rüstig und in der Lage gewesen, die GmbH als Geschäftsführerin zu leiten. Dass ihre Bemühungen mit Unterstützung von Frau K. nicht ideal gewesen seien und schließlich auch die Insolvenz nicht hätten verhindern können, führe nicht zu der Annahme, dass er, der Kläger, der faktische Geschäftsführer und Gesellschafter gewesen sei. Darüber hinaus sei zu bedenken, dass die subjektiven Voraussetzungen für die Rücknahme des Insolvenzgeldbescheids nicht gegeben seien. Wenn schon ein Sozialgericht erster Instanz zu dem Ergebnis komme, dass er Arbeitnehmer gewesen sei, könne ihm nicht vorgehalten werden, dass er in Bezug auf seine Arbeitnehmereigenschaft grob fahrlässig gewesen sei.

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat weitere Angaben gemacht. Sein Sohn S. K. habe nach Ende seines Baubetrieb-Studiums nur übergangsweise 3-4 Monate in der Firma mitgearbeitet. Seine Ehefrau sei in der Firma nicht fest angestellt gewesen, sie habe nur Botendienste, z.B. Abholen der Angebote bei den Ämtern oder von Fotokopien im Copyshop, 3-4 Stunden in der Woche geleistet. Der bei der polizeilichen Durchsuchung mit dem Benutzername seiner Ehefrau sichergestellte PC sei von ihr nicht benutzt worden, denn seine Ehefrau könne keinen Computer bedienen. Sie habe keinen Beruf gelernt. Seine Ehefrau habe die Geschäftszahlen nicht gekannt, sie seien ihr auch nicht vorgelegt worden. Die Übertragung der Geschäftsanteile des ausgeschiedenen Gesellschafters M. sei unentgeltlich gewesen, man habe sie gegen Schulden des Gesellschafters M. bzw. der fälschlichen Gutschriften der GmbH, bei denen M. alleiniger Geschäftsführer gewesen sei, verrechnet. Die Buchhaltung sei in der B.-H. GmbH vorgenommen worden. Ab 1999 sei die Buchhaltung von Frau K. übernommen worden. Sie habe im Zuge der Geschäftsjahre 1999 und 2000 die Buchungsunterlagen von der B.-H. GmbH geholt und dadurch habe die Überschuldung der Firma erst erkannt werden können. Ihm sei dadurch die Überschuldung auch bekannt geworden, aber die genauen Zahlen habe er nicht gekannt, er habe keinen Einblick in die Unterlagen gehabt. Seine Ehefrau habe die Probleme der Firma bemerkt, das Ausmaß habe sie nicht gekannt. Sie habe erst etwa 2 Monate vor dem Insolvenzantrag von den Problemen erfahren. Er habe mit seiner Frau nicht über die Finanzlage der Firma gesprochen. Der Steuerberater habe den Insolvenzantrag empfohlen, initiiert sei der Insolvenzantrag von Frau K. und seiner Mutter worden. Zuletzt habe man seine Mutter auf Anraten von Frau K. zur Mitgesellschafterin machen und die Anteile seiner Ehefrau übertragen wollen. Er meine, wahrscheinlich sei ein notarieller Vertrag darüber geschlossen worden. Man habe sich davon im Rechtsstreit mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter M. Vorteile versprochen. Dies habe sich aber als Fehlschlag erwiesen, weil letztlich zu den Verfehlungen des Gesellschafters nichts nachweisbar gewesen sei. Woher das Geld stamme, mit dem seine Ehefrau Anteile erworben habe, wisse er nicht, möglicherweise aus dem Vermögen ihrer Mutter. Man müsse ja schließlich bei Gründung einer Gesellschaft nicht den gesamten Betrag zahlen.

Auf die Frage des Senats nach Sacheinlagen, hat der Kläger angegeben, dass die B. K.- u. T. GmbH tatsächlich Gerätschaften von der insolventen L. K. GmbH & Co KG übernommen habe, an der er selbst und sein Vater Anteile gehabt hätten. Allerdings wisse er nicht, ob diese als Sacheinlagen eingebracht worden seien.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird Bezug genommen auf einen Band Verwaltungsakten der Beklagten, fünf Bände Strafakten des Amtsgerichts Karlsruhe (Az. 2 LS 51 Js 29087/01), einen Band Akten des Amtsgerichts Karlsruhe im Insolvenzverfahren (Geschäftsnummer IN 255/02), einen Band Akten des Sozialgerichts Karlsruhe und die beim Senat angefallenen Akten.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist gemäß [§§ 143, 144](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) zulässig. Sie ist aber unbegründet. Das SG hat die angefochtenen Bescheide zu Recht aufgehoben. Die als reine Anfechtungsklage zulässige Klage gegen den Bescheid vom 31.07.2003 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25.08.2004 ist begründet. Die Voraussetzungen zur Aufhebung der Bewilligung von Insolvenzgeld vom 29.07.2002 sind nicht nachgewiesen.

Nach [§ 45 Abs. 1 SGB X](#) darf ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 mit Wirkung für die

Vergangenheit zurückgenommen werden. Nach [§ 45 Abs. 4 Satz 1 SGB X](#) wird der Verwaltungsakt nur in den Fällen des Absatzes 2 Satz 3 mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. Nach [§ 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X](#) kann ein Begünstigter sich nicht auf Vertrauen in den Bestand des Verwaltungsaktes berufen, soweit der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die er vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat oder er die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat.

Die Rechtswidrigkeit der begünstigenden Entscheidung und die Voraussetzungen für den in den Tatbestandsmerkmalen "vorsätzlich" und "grob fahrlässig" enthaltenen Schuldvorwurf müssen feststehen. Bloße Zweifel am Vorliegen oder der Verdacht des Fehlens der Leistungsvoraussetzungen für den aufzuhebenden Bescheid genügt nicht (BSG, Urteil v. 02.11.1999 - [B 2 U 47/98 R](#), Soz §-1300 § 48 Nr. 67, v. 02.04.2009 - [B 2 U 25/07 R](#), SozR 4-1300 § 45 Nr. 8, Rn. 17). Wenn sich nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der freien richterlichen, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens zu gewinnenden richterlichen Überzeugung entscheidungserhebliche Tatsachen nicht feststellen lassen, gilt auch im Sozialverfahrensrecht und im Sozialgerichtsprozess der Grundsatz der objektiven Beweislast. Die Nichterweislichkeit einer Tatsache geht dann zu Lasten desjenigen, der aus ihr eine bestimmte für ihn günstige Rechtsfolge herleitet. Das ist im Fall des [§ 45 SGB X](#) die Behörde, die sich entweder darauf beruft, dass ein Verwaltungsakt rechtswidrig war oder dass ein Vertrauen des Betroffenen nicht besteht oder nicht schutzwürdig ist (BSG, Urteil vom 28.08.2007 - [B 7/7a AL 10/06 R](#), Rn. 17, LSG Hessen vom 28.08.2009 - [L 5 R 341/05](#), juris Rn. 75).

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Bewilligungsbescheid vom 29.07.2002 war nicht nachweislich rechtswidrig. Ob dem Kläger in der Zeit von März bis Mai 2002 Insolvenzgeld zustand, konnte nicht abschließend geklärt werden. Nach [§ 183 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#) in der hier maßgeblichen im Jahr 2002 geltenden Fassung des Gesetzes vom 10.12.2001 ([BGBl 2001 I, 3443](#)) (a.F.) hatten Arbeitnehmer Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie im Inland beschäftigt waren und bei Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse für die vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt hatten.

Der Kläger hatte bei Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse am 17.06.2002 noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt gegen die B. K.- u. T. GmbH für die Monate März bis Mai 2002.

Ob der Kläger auch Arbeitnehmer im Sinne des [§ 183 Abs. 1 SGB III](#) a.F. war, konnte nicht abschließend geklärt werden. Maßgebend ist die Arbeitnehmereigenschaft im Insolvenzgeldzeitraum, d.h. vorliegend in der Zeit von März bis Mai 2002. Arbeitnehmer ist, wer zur Erwerbstätigkeit in persönlicher Abhängigkeit zum Arbeitgeber verpflichtet ist, d.h. in einen fremden Betrieb eingegliedert ist und dem Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung unterliegt (Krodel in: Niesel, Kommentar zum SGB III, 5. Aufl., § 183 Rn. 19). Der Begriff ist nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (zuletzt BSG, Urteil vom 04.07.2007 - [B 11a AL 5/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 8) anhand der Vorschriften über die Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung zu konkretisieren. In der Arbeitslosenversicherung sind nach [§ 25 SGB III](#) Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Die Beschäftigung wird in [§ 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#), der gemäß [§ 1 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) auch für die Arbeitsförderung gilt, gesetzlich definiert. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind die Tätigkeit nach Weisung und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers, [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#). Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb des Unternehmens und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers (BSG, Urteil vom 04.07.2007 - [B 11a AL 5/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 8, Rn. 15 m.w.N.). Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil vom 04.07.2007 - [B 11a AL 5/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 8, Rn. 15, v. 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 Rn. 16, Beschluss des Senats vom 28.02.2012 - [L 8 AL 4431/11 B](#)). Bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht zwar eingeschränkt sein, es darf aber nicht vollständig entfallen, vielmehr muss eine fremdbestimmte Leistung verbleiben. Die Dienstleistung muss zumindest in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen. Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann also der Betreffende seine Tätigkeit wesentlich frei gestalten oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebs ein, liegt keine abhängige sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt. Die vertragliche Gestaltung steht im Vordergrund, tritt allerdings zurück, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen (Urteil des Senats vom 05.02.2010 - [L 8 AL 5104/08](#)).

Bei Geschäftsführern einer GmbH wird danach differenziert, ob nach dem Gesamtbild der Geschäftsführer tatsächlich einem seine persönliche Abhängigkeit begründeten Weisungsrecht der GmbH unterliegt. Ist der Gesellschafter mit weniger als 50 % am Stammkapital beteiligt, ist sein tatsächlicher Einfluss auf die Gesellschaft aber wesentlich größer als ihm aufgrund seines Geschäftsanteils an sich zustünde, ist er nicht als Arbeitnehmer anzusehen (Beschluss des Senats vom 28.02.2012 - [L 8 AL 4431/11 B](#)). Bei Personen, die gar nicht am Kapital der Gesellschaft beteiligt sind, hat das BSG regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit ausschließen (BSG, Urteil vom 04.07.2007 - [B 11a AL 5/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 8, Rn. 16, Urteile des Senats vom 05.02.2010 - [L 8 AL 4293/07](#) und [L 8 AL 5104/08](#)). In seiner jüngsten Rechtsprechung weist das BSG darauf hin, dass die tatsächlichen Umstände nur so lange maßgeblich sind, wie sie sich im Rahmen des rechtlich Zulässigen bewegen. Die praktizierte Rechtsbeziehung sei solange maßgeblich wie sie rechtlich zulässig sei (BSG, Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 Rn. 17). Familiäre Verbundenheit oder Rücksichtnahme seien grundsätzlich nicht geeignet, die Rechtsmacht, die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebe, gänzlich zu negieren. Eine bloße "Schönwetter-Selbstständigkeit" mit Blick auf zwar bestehende, jedenfalls bis zu einem ungewissen Konfliktfall tatsächlich aber nicht ausgeübte Kontrollrechte des Gesellschafter scheide im Rahmen des [§ 7 SGB IV](#) aus. Das gelte insbesondere dann, wenn nicht alle Gesellschafter familiär mit dem Betroffenen verbunden seien (BSG Urteile vom 29.12.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) und [B 12 KR 14/10 R](#), bisher nur als Pressemitteilung Terminbericht Nr. 46/12 Nr. 4 und 5).

Aus dem Arbeitsvertrag des Klägers lassen sich keine wesentlichen Erkenntnisse für oder gegen eine Abhängigkeit der Tätigkeit des Klägers ableiten. Der Arbeitsvertrag, der noch aus der Zeit vor Eintragung der B. K.- u. T. GmbH in das Handelsregister stammt, beschränkt sich auf

die Bezeichnung des vom Kläger innegehabten Postens. Er enthält weder Regelungen zur Art der Tätigkeit, Ausmaß der Verantwortlichkeit des Klägers im Unternehmen noch zu seinem Entgelt oder seinen sonstigen Ansprüchen (Urlaub, Fortzahlung im Krankheitsfall). Bei Abschluss des Arbeitsvertrags im Jahr 1996 war der Kläger - auch nach Auffassung der Beklagten - abhängig bei der B. K.- u. T. GmbH beschäftigt. In diesem Zeitpunkt war noch Herr M. zum Gesellschafter-Geschäftsführer in der GmbH bestellt und führte die Geschäfte auch tatsächlich.

Aus den Vorgängen um die Gründung der B. K.- u. T. GmbH ergibt sich - anders als im vom Senat am 05.02.2010 entschiedenen vom Sachverhalt vergleichbaren Fall ([L 8 AL 5104/08](#)) - kein Hinweis darauf, dass der Kläger - zunächst - de facto allein so in der Gesellschaft schaltete und waltete wie er es für richtig hielt. Nach den in den Akten befindlichen Angaben des Klägers im Strafverfahren, denen Herr M. bei seiner Vernehmung nicht widersprochen hat, ging die Initiative für die Gründung der GmbH im Wesentlichen von Herrn M. aus, der die Kenntnisse und Erfahrungen des Klägers aus dem früheren Familienbetrieb L. K. GmbH & Co KG nutzen wollte. Die B. K.- u. T. GmbH ist nicht aus der L. K. GmbH & Co KG hervorgegangen, sondern nutzte lediglich deren in der Person des Klägers verkörpertes Know how und einen Teil deren Gerätschaften. Dafür spricht auch, dass das Personal der B. K.- u. T. GmbH sich nicht aus dem Personal der L. K. GmbH rekrutierte, sondern im Wesentlichen aus den beiden anderen von Herrn M. geführten GmbH (Gewerbearbeit und Hochbau) stammte. Herr M. wollte den Kläger als "verantwortliche Person", also als jemanden, der eigenverantwortlich arbeiten konnte. Aus dieser Wortwahl lässt sich jedoch nicht schließen, dass schon bei der Gründung der GmbH der Kläger diese eigenverantwortlich leiten sollte und damit tun und lassen können sollte was er wollte. Vielmehr wollte Herr M. seinen Geschäftsbereich abrunden. Daraus ergibt sich, dass er selbst die Letztverantwortung für die B. K.- u. T. GmbH behalten wollte. Seine Klage gegen seinen Ausschluss als Gesellschafter vor den Zivilgerichten zeigt, dass er diese Macht nicht aufgeben und dem Kläger oder den übrigen Gesellschaftern der GmbH, insbesondere der Ehefrau des Klägers, überlassen wollte.

Ob diese Verhältnisse in der Zeit ab August 1999, in der die Mutter des Klägers als Geschäftsführerin der GmbH im Handelsregister eingetragen war, noch vorlagen und der Kläger Arbeitnehmer im Sinne des [§ 183 SGB III](#) a.F. war, hält der Senat nach Anhörung des Klägers in der mündlichen Verhandlung für zumindest fragwürdig. Geschäftsführerin der B. K.- u. T. GmbH war die Mutter des Klägers. Sie übte diese Tätigkeit - mit Unterstützung von Frau K. - nach deren zeugenschaftlicher Bekundung auch tatsächlich aus. Zur Leistung der wichtigen Unterschriften mussten Frau K. und Frau F. herangezogen werden. Der Senat verkennt nicht, dass Frau F. bereits hoch betagt war. Nach der Zeugin K. zog sie sich nach und nach aus ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin zurück. Allerdings haben sowohl der Kläger als auch Frau K. vor dem Sozialgericht angegeben, dass Frau F. sich Unterlagen weiterhin von Frau K. vorlegen ließ. Sie selbst sagte der Kriminalpolizei gegenüber, dass sie diese für ordentlich befunden habe, und bestätigte damit in der Sache die Angaben des Klägers. Außerdem hatte Frau F. als ausgebildete kaufmännische Angestellte nicht nur eine Ausbildung, die sie zur eigenverantwortlichen Geschäftsführerin einer GmbH befähigte, sondern sie war auch bis 1995 in der L. K. GmbH & Co KG tätig und hatte deshalb Einblick in den Geschäftsablauf einer Baufirma. Darüber hinaus war auch sie lediglich Fremdgeschäftsführerin der B. K.- u. T. GmbH und unterlag ihrerseits formal den Weisungen der Gesellschafterversammlung.

Ein solches Weisungsrecht wurde aber nach Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat jedenfalls nach Ausschluss des Mitgesellschafters M. durch die verbleibenden Gesellschafter nicht ausgeübt. Die nur einen geringen Anteil haltende Gesellschafterin B. hat sich um die Belange der Gesellschaft nicht gekümmert, sie hatte hieran wohl auch kein wirtschaftliches Interesse. Die Ehefrau des Klägers war nach Übernahme der Gesellschaftsanteile von Herrn M. faktisch Alleingesellschafterin, die weder ihr Kontrollrecht noch ihr Weisungsrecht gegenüber der Geschäftsführung der Gesellschaft ausgeübt hat. Der Kläger hat angegeben, weder habe seine Ehefrau Rechnungslegung noch Bilanzen verlangt, obgleich die Geschäftsentwicklung bereits ab 1999 durch eine Überschuldung der Gesellschaft gekennzeichnet war. Die Stellung eines Insolvenzantrags sei vom Steuerberater empfohlen worden, die Initiative hätten Frau K. und seine Mutter ergriffen.

Die weiteren Angaben des Klägers vor dem Senat, seine Mutter habe zuletzt Gesellschafteranteile von seiner Ehefrau übernommen, waren widersprüchlich und teilweise ungereimt, weshalb der Senat sie nicht für glaubhaft erachtet hat. Diese erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgetragene Behauptung, mit der der Kläger ersichtlich die Einflussnahme der Gesellschafter auf den Betrieb darlegen wollte, stimmt nicht mit dem von Rechtsanwalt B. für das Insolvenzgericht erstatteten Gutachten vom 17.06.2002 überein, in dem die Gesellschafter nach der Abberufung des Gesellschafters M. benannt werden. Die Mutter des Klägers, die zwar als alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin angeführt ist, wird in diesem Gutachten nicht als Gesellschafterin aufgeführt. Weiterhin wurden im Insolvenzantrag selbst ausschließlich die Ehefrau des Klägers, Frau B. und Herr M. mit dem Zusatz genannt, dass er als Gesellschafter ausgeschlossen sei, darüber aber noch Verfahren anhängig seien.

Vor dem Hintergrund, dass die Ehefrau des Klägers zuletzt de facto die überwiegenden Gesellschaftsanteile an dem Unternehmen besaß (vom Stammkapital über 100.000 DM entfielen auf die Ehefrau 98.000 DM und auf die Gesellschafterin B. höchstens 2.000 DM) und der Kläger auch nach Angaben der Zeugin K. als Technischer Leiter fungierte - der Kläger selbst hat sich vor dem SG als Technischer Geschäftsführer bezeichnet -, ist es aus Sicht des Senats wenig glaubhaft, wenn der Kläger weiter behauptet, er habe sich in die Belange des Unternehmens nicht eingemischt, obgleich ihm die Gründe für den Ausschluss von Herrn M. seit 1999 bekannt waren.

Die vagen und daher nicht glaubhaften Angaben des Klägers darüber, woher die Ehefrau das Geld zur Übernahme der Gesellschaftsanteile hatte, deuten darauf hin, dass die wahre Inhaberschaft dieses Vermögenswertes nicht offenbart werden sollte, trotzdem ist auch der das Vermögen seiner Ehefrau betreffende wirtschaftliche Verlust mit finanziellen Verlusten des Klägers verbunden, weil die drohende Arbeitslosigkeit einen Einkommensverlust bedeutet hatte und darüber hinaus die beruflichen Perspektiven des Klägers vom Fortbestand des Unternehmens abhängig war. Der Kläger war in dem "Familienunternehmen" der einzige technisch und kaufmännisch - als ehemaliger Betriebsleiter der eigenen Baufirma - Fachkundige und stets präsente Vertreter der Familieninteressen. Mit dieser Interessenslage des Klägers sind seine eigenen Angaben im Strafverfahren viel besser zu vereinbaren. Gegenüber den Ermittlungsbehörden und dem Strafgericht hatte er sich als faktischer Geschäftsführer bezeichnet, was auch dem Bild nach außen entsprach, wie die Fremdeinschätzung des Mitangeklagten H. - zu entnehmen aus dessen Beschuldigtenvernehmung - und später des Gutachters im Insolvenzverfahren erkennen lassen, die den Kläger als Geschäftsführer bezeichneten, wenn auch der Zeuge B. diese Ausführungen in seiner Zeugenaussage vor dem SG teilweise wieder eingeschränkt hat. Die Einlassung des Klägers, im Strafverfahren habe er aus Rücksicht auf die Familie nicht die Wahrheit gesagt, ist angesichts der konkreten Unternehmensverhältnisse nach Teilrückzug der Geschäftsführerin F. wenig glaubhaft und zeigt außerdem, dass der Kläger bereit ist, sein jeweiliges Vorbringen den taktischen Erfordernissen des jeweiligen Verfahrens anzupassen.

Die fehlende Ausübung der Kontroll- und Direktivrechte durch die Gesellschafter bezieht sich auch nicht nur auf Zeiten einer "Schönwetterlage" des Unternehmens (vgl. BSG, Urteil v. 29.12.2012, [a.a.O.](#)), sondern wird gerade auch für die Geschäftsjahre mit unausgeglichener Unternehmensbilanz ab 1999 vom Kläger angegeben, was gerade nicht auf eine familiär bedingte Zurückhaltung der Gesellschafter, die sich aber nicht grundsätzlich ihrer Rechtsmacht begeben haben, hindeutet. Vielmehr spricht vorliegend mehr dafür, dass jedenfalls das ursprüngliche Geschäftsmodell unter der Geschäftsführung des Gesellschafters M. ab 1999 nach und nach bis zum Zeitpunkt des Insolvenzantrages in eine faktische Betriebsinhaberschaft des Klägers übergegangen ist, wobei nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil v. 05.02.2010 - [L 8 AL 5104/08](#) -) eine faktisch Stellung als Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer neben anderen für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit ausreicht. Dass diese Verhältnisse bereits vor 1999 vorlagen, insbesondere weil der Gesellschaftsanteil der Ehefrau aus dem Vermögen des Klägers stammte, ist nicht mit dem an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeitsgrad belegt.

Ob die für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines belastenden Verwaltungsakts beweisbelastete Beklagte den Vollbeweis einer nicht abhängigen Beschäftigung des Klägers jedenfalls im Insolvenzgeldzeitraum damit geführt hat, lässt der Senat dahinstehen.

Denn selbst insoweit liegen zur Überzeugung des Senats die Voraussetzungen des [§ 45 Abs. 4 Satz 1, Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 oder 3 SGB X](#) nicht vor. Der Senat hat ein qualifiziertes Verschulden des Klägers, Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, im Sinne dieser Vorschrift weder für die Zeit der Antragstellung noch bei Erlass der Bewilligungsentscheidung feststellen können. Dass der Kläger seine zuletzt ausgeübte Tätigkeit als selbständige Beschäftigung verstanden und daher wissentlich und gewollt falsche Angaben gemacht hat, ist nicht bewiesen. Vorsätzlich falsche Angaben hat die Beklagte selbst nicht behauptet. Der Senat geht nach der dargelegten Beweislage davon aus, dass der Kläger zunächst unter den seine gewerbliche Tätigkeit beschränkenden gesetzlichen Bestimmungen eine Betätigungsform in dem Unternehmen angestrebt hat, die eine versicherungspflichtige Beschäftigung begründete, wofür auch Sozialabgaben bis zuletzt entrichtet wurden. Er war nach eigener Einschätzung nicht Selbständiger. Der Kläger war zwar durch die Übersendung des Vordrucks zur Feststellung von Angehörigenbeschäftigungsverhältnissen vorgewarnt, dass die Beklagte in diese Richtung ermittelte. Fehlerhafte Angaben in den Antragsunterlagen sind nicht ersichtlich. Insbesondere beantwortete er die Frage danach, ob er an der Führung des Betriebs aufgrund besonderer Sachkunde mitwirkte mit "Ja" und damit wahrheitsgemäß. Im Übrigen stimmen die dortigen Angaben mit seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht überein und widersprechen auch den Angaben gegenüber den Strafverfolgungsbehörden jedenfalls nicht direkt. Lediglich das Wort "faktischer Geschäftsführer" findet sich dort nicht und die Fragen nach der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung wie eine fremde Arbeitskraft sind mit ja beantwortet. Formal lagen die letzteren Bedingungen - Weisungsgebundenheit und Betriebseingliederung wie fremdnützige Beschäftigung - noch vor. Es drängt sich aber aus Sicht der Laiensphäre nicht auf, dass mit den geänderten Umständen nach Ausscheiden des Gesellschafter-Geschäftsführers M. und einer stärkeren Einbindung in die Geschäftsleitung aufgrund des allmählichen Rückzuges der Geschäftsführerin F. eine wesentliche Änderung in seiner Stellung innerhalb der Gesellschaft eingetreten ist, die zwingt, ihn rechtlich als Selbständigen zu beurteilen, und darin nicht nur eine vertragliche Änderung des weiter gültigen Arbeitsverhältnisses hinsichtlich der geschuldeten Arbeitsleistung zu sehen. Dass der Kläger wirklich hätte wissen müssen, welche tatsächlichen Gegebenheiten alles für eine abhängige Beschäftigung rechtlich maßgeblich waren, ist nicht zu erwarten, denn dies sind keine auf der Hand liegenden Umstände. Insofern hat er erstinstanzlich unwidersprochen angegeben, dass für ihn ein Geschäftsführer auch einen eigenen Bereich haben könne, wie das z.B. bei den Geschäftsführern von S. der Fall sei. Daraus sei aber aus seiner Sicht nicht auf eine selbständige Tätigkeit zu schließen. Eine grobe Fahrlässigkeit ist damit nicht zu begründen.

Die Berufung war deshalb zurückzuweisen.

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

Gründe für eine Zulassung der Revision bestehen nicht.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-11-09