

L 9 AL 23/03

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung
9
1. Instanz
SG Regensburg (FSB)

Aktenzeichen
S 8 AL 301/98

Datum
12.09.2002

2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen

L 9 AL 23/03
Datum

20.12.2006

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom
12. September 2002 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der 1940 geborene Kläger hatte zuletzt bis 29.02.1996 Arbeitslosengeld in Höhe von wöchentlich 374,40 DM bezogen. Am 29.02.1996 bestand noch eine Restanspruchsdauer von 345 Tagen. Mit Veränderungsmitteilung vom 21.02.1996 teilte der Kläger mit, dass er ab 01.03.1996 eine Arbeit im Nachtclub "E." aufnimmt.

Am 13.10.1997 meldete sich der Kläger erneut arbeitslos. In der übermittelten Arbeitsbescheinigung gab der Arbeitgeber, die den Nachtclub betreibende G. GmbH in R. , an, dass der Kläger bis 30.09.1997 bei einem Bruttoarbeitsentgelt von DM 3.100,00 vollzeitbeschäftigt war. Das Arbeitsverhältnis sei zu diesem Zeitpunkt durch betriebsbedingte Arbeitgeberkündigung beendet worden. Mit Verfügung vom 04.11.1997 bewilligte die Beklagte dem Kläger Arbeitslosengeld in Höhe von wöchentlich DM 369,00 für die Dauer von 605 Tagen.

Am 05.11.1997 rief die Verkehrspolizeiinspektion R. beim zuständigen Sachbearbeiter der Beklagten an und teilte mit, dass der Kläger in einen Verkehrsunfall verwickelt worden sei und anlässlich der Terminabsprache für eine weitere Vernehmung angegeben habe, nur nachmittags Zeit zu haben, da er nachts als Geschäftsführer arbeite. Die Polizei vermute eine Beschäftigung im Bordell D. Straße , da eine der dort tätigen Damen beim Unfall als Beifahrerin des Klägers zugegen war.

Ermittlungen der Beklagten ergaben, dass es sich bei dem Club "E.", D. Straße in R. , um einen barähnlichen Betrieb mit Filmvorführungen und Schaustellung von Personen handelt mit täglichen Öffnungszeiten von 20.00 Uhr bis 04.00 Uhr. Betreiber war die G. GmbH, R ... Der von der Verkehrspolizeiinspektion R. angeforderte Ermittlungsbericht ergab, dass der Kläger am 29.10.1997 an einem Verkehrsunfall beteiligt war. Er habe gegenüber der Polizei am Unfallort geäußert, als Geschäftsführer im Nachtclub "E." tätig zu sein. Da er dort immer nachts arbeite, könne er nur am Nachmittag zur Vernehmung kommen. In dem daraufhin für den 04.11.1997, nachmittags, vereinbarten Vernehmungstermin habe der Kläger richtig gestellt, dass er arbeitslos sei und nur irrtümlich als Beruf "Geschäftsführer" genannt habe. Auf den Vorhalt, dass er angegeben habe, aufgrund seiner Tätigkeit vormittags keine Zeit zu haben, erklärte der Kläger, dass er sich hierbei vertan habe. Er hätte viel um die Ohren gehabt, so sei seine Mutter gestorben und deshalb hätte er am Vormittag immer keine Zeit gehabt. Der im Protokoll zunächst eingetragene Beruf "Geschäftsführer" wurde auf ausdrücklichen Wunsch des Klägers in "arbeitslos" geändert.

Am 06.11.1997 wurde die ebenfalls im Club "E." beschäftigte Frau H. B. vernommen, welche sich im Unfallzeitpunkt im PKW des Klägers befand. Diese gab an, dass der Kläger sie zur Fahrstunde fahren wollte. Der Kläger sei als Geschäftsführer im Club "E." tätig.

Am 24.11.1997 erschien der Kläger im Arbeitsamt R. und gab zu Protokoll, dass er und seine Frau den Nachtclub "E." voraussichtlich im Januar 1998 übernehmen würden. Um die bestehenden Kontakte nicht abreißen zu lassen, sei er ca. vier- bis fünfmal pro Woche nachts in seinem zukünftigen Club gewesen. Ein Gehalt habe er hierfür nicht erhalten. Bei Kontrollen habe er sich als Geschäftsführer ausgegeben, da seine Frau den Club bald übernehmen und ihn anstellen werde.

Auf Anforderung der Beklagten übermittelte die Kriminalpolizeiinspektion R. einen Aktenvermerk vom 21.11.1997, in welchem der zuständige Dirnensachbearbeiter beim Kommissariat 13 der Polizeidirektion R. angab, den Kläger anlässlich von Kontrollen im Club "E." als

Geschäftsführer angetroffen zu haben. Er könne anhand seiner Aufzeichnungen mit Sicherheit sagen, dass der Kläger u.a. am Samstag, den 01.11.1997 zwischen 23.30 und 23.50 Uhr anlässlich einer Kontrolle als "Geschäftsführer" im Club "E." (einem weiteren Betrieb der G. GmbH) zugegen war. Auch bei einer Kontrolle am 19.11.1997, gegen 0.55 Uhr im Club "E." habe er den Kläger angetroffen. Hierbei habe der Kläger angegeben, dass die Geschäfte in den letzten sechs Wochen schleppend gelaufen seien und erst in den letzten drei Tagen wieder besser geworden wären. Auch habe der Kläger angegeben, dass er die Anschaffung von Nummern für die jeweiligen Zimmerschlüssel veranlasst habe, da es bei den letzten Kontrollen diesbezüglich zeitliche Verzögerungen bei der Zuordnung der Schlüssel zu den jeweiligen Zimmern gegeben hatte. Weiter habe er mitgeteilt, dass eine Prostituierte nach längerem Urlaub beabsichtige, ihre Arbeit wieder aufzunehmen. Nachdem dem Kläger mitgeteilt worden sei, dies gehe in Ordnung, sofern die erforderlichen Untersuchungen durchgeführt und entsprechende Nachweise vorgelegt werden, habe der Kläger zugesagt, sich darum zu kümmern. Aufgrund der Gesamtsituation und der gemachten Feststellungen müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger entgeltlich im Club "E." als Geschäftsführer tätig sei. Die Betreiberin selbst, Frau G., habe bei den durchgeführten Kontrollen in der Regel nicht angetroffen werden können.

Am 25.11.1997 legte der Kläger der Beklagten einen Mietvertrag über den Club "E." zwischen der bisherigen Inhaberin und seiner Ehefrau ab dem 01.01.1998 vor.

Mit Bescheid vom 09.12.1997 hob die Beklagte die Bewilligung von Arbeitslosengeld ab dem 13.10.1997 auf und forderte die Erstattung des bis dahin zu Unrecht bezogenen Arbeitslosengeldes in Höhe von DM 1.045,50 zuzüglich entrichteter Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung in Höhe von DM 251,02 zurück. Durch die Zeugenaussagen sei belegt, dass der Kläger weiterhin als Geschäftsführer im Club "E." tätig war und somit Arbeitslosigkeit nicht bestanden habe.

Am 18.12.1997 legte der Kläger durch seine Bevollmächtigten Widerspruch ein. Dem Kläger könne nicht vorgeworfen werden, anlässlich der beabsichtigten Geschäftsübernahme immer wieder im Club präsent gewesen zu sein, um den Kontakt zu den Gästen nicht zu verlieren. Gleichwohl habe er der Arbeitsvermittlung in vollem Umfang zur Verfügung gestanden. Der Kläger sei von seinem bisherigen Arbeitgeber zum 30.09.1997 ordnungsgemäß abgemeldet worden und habe danach kein Gehalt mehr bezogen. Die weitere Anwesenheit im Club sei rein freiwillig gewesen. Sämtliche Tätigkeiten für seinen ehemaligen Arbeitgeber seien lediglich gefälligkeitshalber erfolgt. Soweit er gegenüber den kontrollierenden Beamten als Geschäftsführer aufgetreten sei, habe es sich lediglich um alte Gewohnheit gehandelt. Im Club "E." sei der Kläger keinesfalls als Geschäftsführer aufgetreten, da er mit den dortigen Verhältnissen nicht vertraut gewesen sei.

Nachdem sich die Anmietung des Etablissements durch die Ehefrau des Klägers verzögert hatte, wurde dieser im Januar 1998 erneut von der G. GmbH als Geschäftsführer angestellt. Der Betrieb wurde erst zum 01.07.1998 vom Kläger und dessen Ehefrau übernommen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 05.06.1998 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Der Vortrag im Rahmen der Widerspruchsbegründung müsse als Schutzbehauptung gewertet werden. Der Kläger sei nicht nur mehrfach im Club "E." anwesend gewesen, sondern habe auch gegenüber den kontrollierenden Polizeibeamten die Aufgaben eines Geschäftsführers wahrgenommen. Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit sei der Kläger damit jedenfalls nicht arbeitslos im Sinne des Gesetzes gewesen.

Am 17.07.1998 erhob der Kläger durch seine Bevollmächtigten Klage zum Sozialgericht Regensburg. Die Auffassung der Beklagten stütze sich allein auf nicht haltbare Vermutungen. Die Anwesenheit des Klägers im Club "E." sei freiwilliger Natur gewesen, eventuelle Tätigkeiten seien ohne Entgelt aus reiner Gefälligkeit ausgeführt worden. Es stehe dem Kläger frei, wo er seine durch Arbeitslosigkeit entstandene Freizeit verbringe. Der Kläger habe für Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung gestanden. Gegenüber der Polizei habe sich der Kläger lediglich aus alter Gewohnheit als Geschäftsführer ausgegeben. Seine Angabe anlässlich des Verkehrsunfalls, nur am Nachmittag zur Verfügung zu stehen, beruhe allein auf der fehlenden Lust des Klägers, bei der Polizei an einem Vormittag zu erscheinen.

In der mündlichen Verhandlung vom 12.09.2002 bestätigte der Kläger, ab Januar 1998 wieder bei der G. GmbH angestellt gewesen zu sein. Mit Urteil vom gleichen Tage wies das Sozialgericht die Klage als unbegründet ab. Zu Recht habe die Beklagte die Bewilligung von Arbeitslosengeld ab dem 13.10.1997 aufgehoben, da der Kläger in diesem Zeitraum nicht arbeitslos gewesen sei. Der Kläger selbst habe eingeräumt, auch nach der Kündigung bis zur förmlichen Wiederaufnahme seiner Geschäftsführertätigkeit an mindestens fünf Abenden pro Woche zu den üblichen Betriebszeiten im Club "E." anwesend gewesen zu sein. Zur Überzeugung des Gerichtes stehe fest, dass der Kläger in dieser Zeit die Tätigkeit eines Geschäftsführers/Wirtschafters ausgeübt habe. Zum einen habe er dies selbst gegenüber der Polizei anlässlich des Verkehrsunfalls am 29.10.1997 eingeräumt, zum anderen sei er im Zusammenhang mit polizeilichen Kontrollen im Club "E." als Geschäftsführer aufgetreten. Die anders lautenden Behauptungen des Klägers seien dadurch widerlegt. Ob der Kläger hierfür ein Entgelt erhalten habe, könne offen bleiben, da er jedenfalls auch über den 30.09.1997 hinaus durchgehend in den Betrieb des Club "E." eingegliedert gewesen sei.

Gegen die am 18.12.2002 zugestellte Entscheidung legten die Bevollmächtigten des Klägers am 17.01.2003 Berufung ein. Zur Begründung wird ergänzend vorgetragen, dass der Kläger im Ergebnis dafür bestraft werde, dass er sich durch weitere Anwesenheit im Club "E." Kontakte aufrecht erhalten wollte in der legitimen Hoffnung, dass er dadurch nicht endgültig der Arbeitslosigkeit anheim fallen werde. Diese Präsenz im Club habe dazu geführt, dass der Kläger trotz seines fortgeschrittenen Alters ab Januar 1998 wieder eingestellt worden sei.

Der Bevollmächtigte des Klägers beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 12.09.2002 und den Bescheid der Beklagten vom 09.12.1997 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05.06.1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verweist auf die ihrer Ansicht nach zutreffenden Gründe des erstinstanzlichen Urteils.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Akte des Sozialgerichts Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist nicht begründet.

Zu Recht hat das Sozialgericht die angegriffenen Bescheide der Beklagten bestätigt, mit welchen die Bewilligung von Arbeitslosengeld für die Zeit ab 13.10.1997 vollständig aufgehoben wurde und zu Unrecht erbrachte Leistungen zurückgefordert wurden. Es steht nach Auffassung des Senats fest, dass der Kläger in der hier streitigen Zeit vom 13.10. bis 31.12.1997 nicht arbeitslos im Sinne von § 100 Abs.1, § 101 AFG war. Nach diesen Vorschriften war arbeitslos im Sinne des Gesetzes ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht oder nur eine kurzzeitige Beschäftigung ausübt. Kurzzeitig war gemäß § 102 Abs.1 Satz 1 AFG eine Beschäftigung, die auf weniger als 18 Stunden wöchentlich der Natur der Sache nach beschränkt zu sein pflegt oder im Voraus durch einen Arbeitsvertrag beschränkt ist. Genauere Festlegungen darüber, wie das die Arbeitslosigkeit ausschließende Beschäftigungsverhältnis näher gekennzeichnet ist, enthielt das AFG nicht. Auch die Legaldefinition des [§ 7 Abs.1 SGB IV](#), wonach Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ist, fand für die Arbeitslosenversicherung vor In-Kraft-Treten der durch das AFRG mit Wirkung zum 01.01.1998 vorgenommenen Änderungen keine Anwendung, vgl. [§ 1 Abs.2 SGB IV](#) (a.F.).

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ist das Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinn des § 101 AFG nicht mit dem Arbeitsverhältnis gleichzusetzen. Es ist im Weiteren auch zu unterscheiden vom beitragsrechtlichen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses im Sinn der Arbeitslosenversicherung (BSG vom 29.06.1995, Az.: 11 RAr 890/94 m.w.N.). Im Übrigen definiert sich auch das Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 101 Abs.1 Satz 1 AFG danach, ob jemand in persönlicher Abhängigkeit eine fremdbestimmte, in der Regel wirtschaftlich verwertbare Arbeit leistet. Neben der Ausübung des Direktionsrechtes ist maßgeblich auch die Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers, insbesondere hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Arbeitsausführung. Typisch für ein Arbeitslosigkeit ausschließendes Beschäftigungsverhältnis ist in der Regel das - funktionierende - beitragspflichtige Beschäftigungsverhältnis. So muss es aber nicht liegen, denn § 101 Abs.1 Satz 1 AFG setzt nicht zwingend ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis voraus. Auch entgeltliche Beschäftigungsverhältnisse, die nicht der Beitragspflicht unterliegen sowie unentgeltliche Beschäftigungsverhältnisse schließen nach dem Wortlaut der Vorschrift Arbeitslosigkeit aus (BSG, a.a.O.; BSG [SozR 4100 § 101 Nr.2](#)). Erklärungen der Beteiligten kommt hierbei lediglich eine Indizwirkung zu. Maßgeblich für die Beurteilung, ob ein Beschäftigungsverhältnis im leistungsrechtlichen Sinne gegeben ist, sind die tatsächlichen Verhältnisse, nicht die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Beteiligten (Niesel, Rdnr.17 zu § 101 AFG; BSG v. 28.09.93, [11 RAr 69/92](#)).

Unter diesen Prämissen ist vorliegend von einem Beschäftigungsverhältnis des Klägers im Club "E." über den 30.09.1997 hinaus auch in der hier streitgegenständlichen Zeit vom 13.10. bis 31.12.1997 auszugehen. Unstreitig und daher nicht weiter zu ermitteln sind hierbei die vom Kläger selbst eingeräumten tatsächlichen Umstände, wonach der Kläger auch über den 30.09.1997 hinaus in nicht lediglich kurzzeitigem Umfang während der üblichen Betriebszeiten im Club "E." anwesend war, um weiterhin im Hinblick auf die beabsichtigte Übernahme des Clubs im eigenen Interesse die geschäftlichen Kontakte zu pflegen. Die insoweit vom Sozialgericht getroffenen Feststellungen bezüglich der Anwesenheit des Klägers wurden mit der Berufung nicht angegriffen. Eine Vernehmung von Zeugen wurde von Seiten des Klägers nicht beantragt. Sie ist auch nicht erforderlich, da der vom Kläger selbst vorgetragene und der Entscheidung zugrundegelegte Sachverhalt unstreitig steht. Keine Übereinstimmung besteht jedoch dahingehend, wie diese unstreitige Anwesenheit des Klägers im Hinblick auf die erforderliche Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld zu werten ist.

Unbestritten hielt sich der Kläger auch in der hier streitigen Zeit vom 13.10. bis 31.12.1997 an mindestens vier Tagen in der Woche zu den üblichen Öffnungszeiten im Club "E." auf. Er ist hierbei - sowohl nach Aussage des kontrollierenden Kriminaloberkommissars S. im Aktenvermerk vom 21.11.1997 wie auch nach eigenen Angaben - gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber der Polizei, weiterhin als Geschäftsführer des Clubs aufgetreten. Zu Recht hat das Sozialgericht insoweit festgestellt, dass sich in dem Auftreten des Klägers nach außen im Vergleich zu der Zeit vor der Kündigung keinerlei Veränderungen ergeben haben. Dass die Anwesenheit des Klägers nicht lediglich (wie behauptet) dem Privatvergnügen bzw. der Pflege von Kundenkontakten gedient hat, sondern tatsächliche Arbeitsleistungen erbracht wurden, ergibt sich auch im Weiteren aus dem Vermerk des KOK S. vom 21.11.97. So wurde gegenüber den kontrollierenden Beamten der Geschäftsbetrieb im Club kommentiert und vom Kläger selbst veranlasste organisatorische Änderungen (Nummerierung der Zimmerschlüssel) mitgeteilt. Von entscheidender Bedeutung ist auch der Umstand, dass der Kläger anlässlich dieser Kontrolle die Wiederaufnahme der Beschäftigung einer angestellten Prostituierten angekündigt hat und nach Hinweis der Beamten auf die hierfür erforderlichen gesundheitlichen Nachweise zugesagt hat, sich darum zu kümmern. Auch anlässlich des Verkehrsunfalls vom 29.10.1997 bestätigte die Zeugin B. in ihrer Aussage vom 06.11.1997, dass der Kläger Geschäftsführer des Clubs "E." ist, in dem auch sie arbeitet und der Kläger sie in dieser Eigenschaft zur Fahrstunde fahren wollte.

Es ergibt sich damit, dass der Kläger - unbeschadet der Tatsache, dass er auch in eigenem Interesse zur Aufrechterhaltung von Geschäftsbeziehungen anwesend war - auch weiterhin Verantwortung für den Geschäftsbetrieb des Clubs übernommen und für den Betreiber/die Betreiberin Arbeitsleistungen erbracht hat. Das vom Kläger gezeigte Verhalten geht weit über den Umfang eines möglichen Gefälligkeitsverhältnisses hinaus. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass offensichtlich für den auf dem Papier zum 30.09.1997 ausgeschiedenen und am 01.01.1998 wieder eingestellten Kläger in der Zeit der Vakanz seiner Stelle keine Ersatzkraft eingestellt worden war. Ein anderer Geschäftsführer wurde weder bei den polizeilichen Kontrollen im November 1997 angetroffen, noch wurde klägerseits die Einstellung einer solchen Ersatzkraft vorgetragen. Es sprechen damit sämtliche Indizien dafür, dass die für den Betrieb des Clubs "E." erforderliche Arbeitskraft eines Geschäftsführers/Wirtschafters auch in der hier streitgegenständlichen Zeit alleine durch den Kläger erbracht wurde.

Soweit vorgetragen wird, ein Beschäftigungsverhältnis scheidet schon mangels der fehlenden Vergütung des Klägers aus, steht dies der Auffassung des Senats nicht entgegen. Unbeschadet der Tatsache, dass nicht erwiesen ist, dass dem Kläger tatsächlich keine finanzielle Vergütung für seine Tätigkeit in der Zeit vom 13.10. bis 31.12.1997 zugeflossen ist, ist die Unentgeltlichkeit des Beschäftigungsverhältnisses nicht schädlich. Dies wurde vom BSG (a.a.O.) in ständiger Rechtsprechung festgestellt. Das BSG hat auch aktuell klargestellt, dass ein Beschäftigungsverhältnis in leistungsrechtlichem Sinne auch bei einer unentgeltlichen Beschäftigung vorliegen kann. Entscheidend für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses bei fehlender Entgeltlichkeit ist neben der Arbeitsleistung unter persönlicher Abhängigkeit insbesondere, dass Gegenstand des Verhältnisses gerade die Leistung fremdnütziger Arbeit von wirtschaftlichem Wert im Rahmen eines wirtschaftlichen Austauschverhältnisses ist (BSG vom 13.07.2006, Az.: B [7 a AL 16/05 R](#)).

Die Tätigkeit des Klägers stellt sich als Beschäftigung im leistungsrechtlichen Sinne dar, da zum einen der Kläger - wenn auch als

Geschäftsführer zwangsläufig mit eingeschränkter Weisungsgebundenheit - weiterhin in die Betriebsorganisation des Clubs "E." maßgeblich eingebunden war und zum anderen insbesondere hinsichtlich Umfang, Ort und Art der Tätigkeit offensichtlich keine Unterschiede zur davor und danach ausgeübten entgeltlichen Beschäftigung als Geschäftsführer bestand. Die im weiteren Verfahrensverlauf von Seiten des Klägers und seines Bevollmächtigten vorgebrachten Relativierungen und Abweichungen sieht der Senat im Hinblick auf die Widersprüchlichkeit zwischen dem Vorbringen und den tatsächlichen Umständen als bloße Schutzbehauptungen an, denen keine rechtliche Bedeutung zukommt. Insbesondere hatte der Kläger weiterhin, wie gegenüber den kontrollierenden Polizeibeamten geäußert, offensichtlich die Schlüsselgewalt über die Räumlichkeiten und damit auch die Verantwortung für den ordnungsgemäßen Betrieb des Lokals. Die Glaubwürdigkeit des Klägers ist nicht zuletzt auch durch seine mehrfach geänderte und in sich widersprüchliche Darstellung des Sachverhalts erschüttert. Zunächst hatte der Kläger am Unfalltag (29.10.1997) gegenüber der Polizei die nächtliche Tätigkeit als Geschäftsführer angegeben. Dieser Angabe, die zunächst "ohne Not" bzw. unreflektiert in völlig anderem Zusammenhang erfolgte, kommt der größte Beweiswert zu. Bei seiner polizeilichen Vernehmung eine Woche später, verneinte der Kläger - nunmehr offensichtlich sensibilisiert - jede nächtliche Tätigkeit und gab an, sich aufgrund des Todes seiner Mutter "vertan zu haben" und nur aufgrund dieses Todesfalles vormittags keine Zeit zu haben. Dieses Vorbringen wurde anlässlich der Vorsprache bei der Beklagten am 24.11.1997 erneut dahingehend umgestellt, dass nunmehr zwar die nächtliche Tätigkeit eingestanden wurde, diese aber nach Auffassung des Klägers als Privatangelegenheit bzw. Gefälligkeit zu werten sei. Insbesondere im Hinblick auf die fehlende Einstellung einer Ersatzkraft ist aber offensichtlich, dass sich die Betreiberin des Clubs "E." durch die vom Kläger weiterhin in ausreichendem Umfang erbrachten Arbeitsleistungen die Einstellung eines Ersatz-Geschäftsführers erspart hat. Auch wenn der Kläger tatsächlich subjektiv der Auffassung gewesen sein sollte, nach der Kündigung zum 30.09.1997 alleine aus eigennützigen Motiven tätig gewesen zu sein, stand gleichwohl eindeutig die durchgehende Erbringung seiner Arbeitsleistung für den Betrieb im Vordergrund. Dies war für den Kläger ohne Weiteres zu erkennen.

Aber selbst wenn man der Auffassung des Klägers im Hinblick auf die Wertung seiner Tätigkeit als bloße Gefälligkeit ohne weisungsabhängige Eingliederung in die Arbeitsorganisation folgen wollte, würde ein Anspruch in jedem Fall an der fehlenden Verfügbarkeit im Sinne von § 103 AFG scheitern. Nach Abs.1 Nr.1 dieser Vorschrift steht der Arbeitsvermittlung zur Verfügung, wer eine zumutbare, ... die Beitragspflicht begründende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes ausüben kann und darf. Eine solche Beschäftigung kann ein Arbeitsloser ausüben, der hierzu geistig und körperlich in der Lage ist und durch nichts gehindert wird. Erfasst werden durch das Merkmal "können" damit nicht nur die Kenntnisse, Fähigkeiten, die Berufserfahrung und der Gesundheitszustand des Arbeitslosen sondern auch seine sonstigen persönlichen Verhältnisse, insbesondere seine tatsächlichen und rechtlichen Bindungen sowie die weiteren konkreten Umstände des Einzelfalles (Niesel, AFG, 2. Auflage; Rdnr.20 zu § 103). Vor allem eine auf längere Dauer und planvoll angelegte Tätigkeit die derart betrieben wird, dass sie die für eine Berufstätigkeit erforderliche Zeit in Anspruch nimmt, indem sie die tägliche Möglichkeit ausschließt, berufstätig zu sein, steht der objektiven Verfügbarkeit entgegen. Auf den Grad der Bindung oder die Absicht, diese Betätigung im Falle eines Arbeitsangebotes sofort aufzugeben, kommt es nicht an (BSG [SozR 3-4100 § 103 Nr.2](#); BSG SozR 4100 3 103 Nrn. 39 und 46). Nach § 103 Abs.1 Satz 1 Nr.2 AFG muss daneben auch die subjektive Verfügbarkeit in Form der Bereitschaft, eine zumutbare Beschäftigung anzunehmen, vorliegen. Diese muss sich aus den Umständen, insbesondere den Erklärungen und dem Verhalten des Arbeitslosen ergeben (Niesel, AF, Rdnr.29 zu § 103).

Vorliegend sprechen die Umstände sowohl gegen die objektive wie auch gegen die subjektive Verfügbarkeit des Klägers. Der Kläger hat am 24.11.1997 gegenüber der Beklagten und auch im anschließenden sozialgerichtlichen Verfahren vorgetragen, in der hier streitigen Zeit vom 13.10. bis 31.12.1997 vier- bis fünfmal wöchentlich nachts im Club "E." anwesend gewesen und gegenüber Dritten als Geschäftsführer aufgetreten zu sein. Der Kläger war hierbei nicht etwa als Gast anwesend, sondern nach eigenem Vortrag zur Pflege der Kontakte im Hinblick auf die beabsichtigte Übernahme des Clubs durch seine Ehefrau und ihn als deren Angestellter. Es handelte sich damit nach Auffassung des Senats um eine planvolle Tätigkeit im Sinne der o.g. Rechtsprechung, die der Vorbereitung einer selbständigen Tätigkeit diene. Diese nächtliche Anwesenheit im Club stand einer täglichen Berufstätigkeit des Klägers - wie auch die Bitte um Verlegung der polizeilichen Vernehmung zum Unfall vom 29.10.1997 auf den Nachmittag zeigt - faktisch entgegen. Der Kläger war durch seine ständige nächtliche Anwesenheit im Club und den dadurch bedingten Lebensrhythmus weder objektiv in der Lage einer geregelten Beschäftigung nachzugehen noch subjektiv hierzu bereit. Auf die geäußerte Bereitschaft, die nächtliche Tätigkeit sofort aufzugeben kommt es dabei nicht an. Sie ist im Übrigen im Hinblick auf die ab 01.01.1998 geplante Übernahme des Clubs durch die Ehefrau und die Anstellung des Klägers auch nicht glaubhaft.

Zu Recht hat die Beklagte daher mit Bescheid vom 09.12.1997 in Fassung des Widerspruchsbescheides vom 15.06.1998 die Bewilligung von Arbeitslosengeld rückwirkend ab 13.10.1997 gemäß [§ 45 SGB X](#) aufgehoben. Die Bewilligung von Arbeitslosengeld war von Anfang an rechtswidrig, da Arbeitslosigkeit des Klägers nicht bestanden hat. Auf Vertrauen kann sich der Kläger nicht berufen, da er zum einen durch das Verschweigen der weiterhin gegenüber seinem Arbeitgeber erbrachten Arbeitsleistungen kausal zum Erlass des Verwaltungsaktes beigetragen hat, [§ 45 Abs.2 Satz 3 Nr.2 SGB X](#), zum anderen infolge dieses Umstandes die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte bzw. infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte, [§ 45 Abs.2 Satz 3 Nr.3 SGB X](#). Aufgrund der Tatsache, dass der Kläger auch bewusst nach außen hin weiter als Geschäftsführer des Clubs "E." aufgetreten ist, hätte sich ihm auch subjektiv unbedingt aufdrängen müssen, dass Arbeitslosigkeit nicht bestanden hat bzw. er der Arbeitsvermittlung nicht zur Verfügung stand. Nicht anders ist zu erklären, dass der Kläger auch gegenüber der Polizei im Zusammenhang mit der Unfallaufnahme ausdrücklich angegeben hat, aufgrund seiner Tätigkeit lediglich nachmittags für eine Vernehmung zur Verfügung zu stehen. Wie die spätere mehrfache Änderung der Sachverhaltsdarstellung durch den Kläger zeigt, war er sich auch der Leistungsschädlichkeit seiner nächtlichen Tätigkeit durchaus bewusst. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger, der als Geschäftsführer und Wirtschafter eines Nachtclubs tätig war und in diesem Zusammenhang u.a. vielfältige Behördenkontakte hatte, subjektiv nicht einsichtsfähig gewesen sein könnte. Insbesondere aufgrund der mit den Leistungsanträgen ausgehändigten Merkblätter hätte sich dem Kläger die Rechtswidrigkeit eines Leistungsbezuges unbedingt aufdrängen müssen. Ermessen bezüglich der Aufhebung der Bewilligung war von der Beklagten nach § 152 Abs.2 AFG nicht auszuüben. Die rechnerisch nicht zu beanstandende Rückforderung zu Unrecht erbrachter Leistungen ist von [§ 50 SGB X](#) gedeckt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 183, 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision im Sinne des [§ 160 Abs.2 Nrn.1](#) und [2 SGG](#) liegen nicht vor. Weder wirft dieses Urteil eine entscheidungserhebliche höchstrichterliche nicht geklärte Rechtsfrage grundsätzlicher Art auf, noch weicht es ab von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts und beruht

hierauf.
Rechtskraft
Aus
Login
FSB
Saved
2007-03-14