

L 5 AL 8/05

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
14 AL 1374/01
Datum
15.09.2004
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 5 AL 8/05
Datum
04.06.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 15. September 2004 abgeändert. Die Bescheide der Beklagten vom 11. August 2000 und 4. Oktober 2000 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Oktober 2000 werden aufgehoben, soweit darin die Bewilligung von Arbeitslosenhilfe auch für die Zeit vor dem 7. Mai 1996 aufgehoben worden ist und soweit die darin geforderte Erstattung von Arbeitslosenhilfe einen Betrag in Höhe von DM 106.084,68 und von Beiträgen zur Krankenversicherung in Höhe von DM 39.325,20 und Pflegeversicherung in Höhe von DM 4.418,- übersteigt. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Beklagte hat der Klägerin 8,24 vom Hundert der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosenhilfe und entsprechende Rückforderungen.

Die 1942 geborene Klägerin, die in der Zeit von 1991 bis 1994 als kaufmännische Angestellte/Abteilungsleiterin, Produktmanagerin und zuletzt als Außendienstmitarbeiterin tätig war, bezog seit 1995 regelmäßig Arbeitslosenhilfe. Erstmals mit Antrag vom 11. Mai 1996 gab sie eine selbständige Tätigkeit von weniger als 15 Stunden wöchentlich an. Am 16. August 1996 erklärte sie dem Arbeitsvermittler telefonisch, dass sie damit eine hauptberufliche Selbständigkeit vorbereite, die sie im ersten Quartal 1997 aufnehmen wolle. Einkünfte erziele sie nicht. Am 13. November 1996 teilte sie mit, das Vorhaben verschiebe sich auf Mitte 1997. Derzeit komme sie mit ihrer Nebentätigkeit nicht über 15 bis 16 Stunden wöchentlich. Am 31. Januar 1997 erklärte sie, das Vorhaben auf unbestimmte Zeit verschoben zu haben wegen der schwachen Auftragslage. Im Antrag vom 16. Mai 1997 gab sie wiederum eine Tätigkeit unter 15 Stunden wöchentlich an.

Am 7. Mai 1996 schlossen die Klägerin als Vertreterin ihres Sohnes und Frau S. P. einen GmbH-Vertrag über die S1 GmbH – Herstellung und Vertrieb von Naturstrohhalmten. Unter anderem war in § 5 Nr. 3 des Vertrages vorgesehen, dass sich in der Gesellschafterversammlung der Sohn der Klägerin durch diese vertreten lassen konnte. Mit Schreiben vom 7. Mai 1996 meldete die Klägerin als Geschäftsführerin die S1 GmbH beim Handelsregister an. In der Gewerbeanmeldung vom 4. September 1996 war als Beginn der angemeldeten Tätigkeit der S1 GmbH der 20. August 1996 angegeben.

Im Mai 1996 war der 1973 geborene Sohn der Klägerin als Auszubildender in P1 ansässig. Am 27. Juni 1997 meldete er sich von seinem Wohnsitz in T. nach Belgien ab.

Am 3. November 1997 wurde die Klägerin als Geschäftsführerin abberufen und ihr Sohn bestellt. Mit Vollmacht vom 3. November 1997 bevollmächtigte der Sohn der Klägerin diese, ihn in allen Angelegenheiten der S1 GmbH zu vertreten.

Mit Schreiben vom 27. November 1997 bat der Sohn der Klägerin die Beklagte, ihm aufgrund eines Schuldanerkenntnisses der Klägerin, in dem diese sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, den monatlich pfändbaren Betrag auf sein Konto zu überweisen.

Mit einem bei der Beklagten am 22. Januar 1998 eingegangenen Schreiben erklärte die Klägerin, sie habe 1997 wöchentlich 6 bis 14 Stunden im Büro der S1 GmbH ihre Beratungstätigkeit ausgeübt. Einnahmen habe sie nicht erzielt, sie habe ihre Tätigkeit daher inzwischen aufgegeben. Am 23. März 1998 erklärte sie der Beklagten gegenüber telefonisch, sie arbeite weiter unter der wöchentlichen Freigrenze und erziele keinen Verdienst. Mit Schreiben vom 26. März 1998 erklärte sie, sie helfe ihrem Sohn 6 bis 14 Stunden wöchentlich unentgeltlich in der S1 GmbH; im Sommer werde sie dies aufgeben wegen einer Nebenbeschäftigung im Café "P2".

Im Antrag vom 1. April 1998 gab sie eine unentgeltliche Tätigkeit als mithelfende Familienangehörige im Umfang von weniger als 15 Stunden wöchentlich an und teilte mit, dass sie am 22. Dezember 1997 eine eidesstattliche Versicherung abgelegt habe. Diverse Pfändungsversuche wurden von der Beklagten wegen der vorrangigen Forderung des Sohnes der Klägerin zurückgewiesen.

Ausweislich der entsprechenden Nebenverdienstbescheinigung war die Klägerin seit Mai 1998 im Umfang von sieben bis zehn Stunden wöchentlich geringfügig im Lokal "P2" beschäftigt.

Im Antrag vom 7. April 1999 verneinte die Klägerin jegliche Beschäftigung.

In einem am 14. Juni 1999 bei der Beklagten eingegangenen anonymem Schreiben wurde der Klägerin vorgeworfen, sie leite seit Jahren die Firmen ihres Sohnes, fahre ein großes Auto und leiste sich eine große Wohnung.

Am 20. Oktober 1999 sprach S. P. bei der Beklagten vor. Sie sei seit 1994 mit der Klägerin bekannt. Diese habe 1995 die Geschäfte der Fa. E. (Unternehmensberatung) geführt; Frau P. habe sie in der Buchführung unterstützt. Die Klägerin sei verschuldet gewesen und habe daher offiziell kein Gewerbe führen wollen. Die E. sei daher auf ihren Sohn eingetragen worden, der aber in Wirklichkeit eine Sportlehrerausbildung in Süddeutschland absolviert habe. Die Klägerin habe ihren Lebensunterhalt aus den Mitteln der E. finanziert und auch aus Betriebsmitteln einen BMW angeschafft, den sie nutze. Die Klägerin habe Vollmacht für die Firmenkonten; auch hinsichtlich des Gutschriftskontos aus der Abtretung aufgrund des Schuldanerkenntnisses. Die E. sei dann an die S1 GmbH veräußert worden. Die Klägerin habe einen Investor gefunden, der die Geschäftsidee der S1 GmbH mit DM 100.000 unterstützt habe. Davon bestreite die Klägerin ihren Lebensunterhalt. Daneben habe sie von Juni 1997 bis Dezember 1998 zusätzlich Nebeneinkünfte im Café "P2" der Frau P. erzielt. Der Sohn der Klägerin sei zu keinem Zeitpunkt an der Geschäftsführung beteiligt gewesen. Frau P. legte ferner eine Gesprächsnotiz vom 3. Mai 1996 vor, in der u.a. Finanzierungsfragen hinsichtlich des Stammkapitals der S1 GmbH angesprochen sind. Dort heißt es unter anderem, dass die Klägerin wegen der Altschulden aus ihrer Ehe "offiziell" auch für die Zukunft ohne Vermögen bleiben müsse; ihr Sohn habe noch keinen finanziellen Hintergrund. Es heißt dort weiter, dass die Klägerin als Geschäftsführerin tätig werden und ein "offizielles Entgelt" in Höhe des pfändungsfreien Betrages erhalten soll; weiter wird "Zusatzentgelt" für die Klägerin erwähnt, dass über die E. in Rechnung gestellt werden soll.

Am 11. November 1999 erstattete die Beklagte Strafanzeige gegen die Klägerin wegen Betrugs und anderer Delikte.

Am 4. April 2000 erklärte Frau P. telefonisch gegenüber der Staatsanwaltschaft, der frühere Lebensgefährte der Klägerin, Prof. M., habe noch erhebliche Forderungen gegen die Klägerin. Diese habe eine vorzeitige Erbschaft Anfang oder Mitte 1999 nicht zur Tilgung des entsprechenden Privatkredits genutzt.

Am 13. April 2000 fanden Durchsuchungen in der Wohnung der Klägerin und in den Geschäftsräumen der S1 GmbH sowie in der Wohnung des Sohnes der Klägerin statt. Die Klägerin war nicht anwesend. Der Sohn der Klägerin erklärte sogleich ungefragt, er sei nur auf dem Papier Geschäftsführer der S1 GmbH, tatsächlich werde diese Funktion aber von seiner Mutter ausgefüllt.

Auf ein Anhörungsschreiben der Beklagten erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 26. April 2000, sie habe sich am 13. und 14. April 2000 in K. aufgehalten. Daraufhin hob die Beklagte mit Bescheid vom 22. Mai 2000 die Bewilligung von Arbeitslosenhilfe für diese zwei Tage wegen Ortsabwesenheit auf.

Unter dem 24. Mai 2000 findet sich ein Vermerk über die anonyme Anzeige eines Vermögenszuflusses an die Klägerin in Höhe von DM 85.000 aufgrund vorgezogener Erbschaft. Die Klägerin erläuterte mit Schreiben vom 30. Mai 2000, dass es sich um eine im Januar 1999 erhaltene Erbschaft in Höhe von ca. DM 44.000 handele; in diesem Zusammenhang seien erhebliche Anwalts- und Verfahrensgebühren entstanden, der Restbetrag sei aufgrund einer Sicherungsabrede an den Sicherungsnehmer gegangen.

Mit Schreiben vom 14. Juni 2000 an die Staatsanwaltschaft G. fasste die Beklagte ihre Erkenntnisse zusammen: Seit Anfang 1995 sei die Klägerin von ihrem Sohn bevollmächtigt worden und habe alleine die Geschäfte der E. bzw. später der S1 GmbH geführt. Die herangezogenen Geschäftsunterlagen belegten ihr Wirken. Hinsichtlich der S1 GmbH sei sie zunächst als Geschäftsführerin eingesetzt und nach ihrer Abberufung sogleich bevollmächtigt worden. Ihr Sohn sei weder zeitlich und räumlich in der Lage gewesen, selbst tätig zu sein. Die Telefonkosten ließen auf eine Vielzahl von Telefonaten und entsprechende Arbeitszeiten schließen. Weitere Indizien benannte die Beklagte im Schreiben vom 13. Juni 2000.

Nach Anhörung der Klägerin durch Schreiben vom 27. Juni 2000 hob die Beklagte mit Bescheid vom 11. August 2000 die Bewilligungsbescheide vom 1. August 1995 (ab 1. Januar 1996), 21. Mai 1996, 15. Juli 1996, 23. Mai 1997, 8. April 1998, 13. April 1999 und 7. Juni 2000 auf, weil die Klägerin im Zeitraum vom 1. Januar 1996 bis 31. Mai 2000 mehr als 18 Stunden wöchentlich tätig gewesen sei. Zurückgefordert wurden DM 116.524,58 Arbeitslosenhilfe, DM 42.333,24 Krankenversicherungsbeiträge und DM 4.628,58 Pflegeversicherungsbeiträge.

Am 14. August 2000 erschien die Klägerin mit ihrem Prozessbevollmächtigten bei der Staatsanwaltschaft. Sie erklärte unter anderem: Sie habe noch Schulden aus einer Ehe und daher die eidesstattliche Versicherung abgeben müssen. Zur Gründung der S1 GmbH habe sie DM 100.000 von Herrn F. und DM 50.000 von ihrem Sohn erhalten. Sie habe sich zur Durchführung der Geschäftstätigkeit in den Geschäftsräumen der S1 GmbH aufgehalten; wenn nichts zu tun gewesen sei, habe sie sich privat weitergebildet. Sie sei allein tätig gewesen, allerdings nicht über das erlaubte Zeitkontingent hinaus.

Gegen den Bescheid vom 11. August 2000 legte die Klägerin mit Schreiben vom 16. August 2000 ohne weitere Begründung Widerspruch ein. Daraufhin erließ die Beklagte zunächst einen Ergänzungsbescheid vom 4. Oktober 2000, mit dem sie den Bewilligungsbescheid vom 2. Juni 1995 – ab 1. Januar 1996 – aufhob und wegen der bisher übersehenen Nicht-Leistung für die Tage 13. und 14. April 2000 die Rückzahlungsbeträge auf DM 116.385,18 Arbeitslosenhilfe, DM 42.275,52 Krankenversicherungsbeiträge und DM 4.621,47 Pflegeversicherungsbeiträge – insgesamt DM 163.282,17 – korrigierte.

Mit Widerspruchsbescheid vom 23. Oktober 2000 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Die Klägerin habe im Aufhebungszeitraum eine mehr als kurzzeitige bzw. geringfügige Beschäftigung ausgeübt und könne daher mangels Arbeitslosigkeit die gewährten Leistungen nicht beanspruchen.

Die Klägerin hat am 3. November 2000 Klage vor dem Sozialgericht Hildesheim erhoben. Sie habe im Aufhebungszeitraum deutlich unter 15 bzw. 18 Stunden wöchentlich gearbeitet. Zum Beleg hat die Klägerin eine Berechnung vorgelegt, nach der sie pro Bestellvorgang von Kunden bei der S1 GmbH 10 bis 15 Minuten Zeitaufwand angesetzt und auf einen wöchentlichen Zeitaufwand von bis zu zwei Stunden gekommen ist. Auch dokumentierten die Umsatzzahlen einen sehr eingeschränkten Geschäftsbetrieb. Die übrige Zeit, die sie sich in den Geschäftsräumen aufgehalten habe, habe sie für private Beschäftigungen genutzt.

Die Beklagte hat erwidert, dass eine selbständige Tätigkeit naturgemäß nicht auf eine kurzzeitige Beschäftigung angelegt sei, es sei denn, entsprechende Vorkehrungen organisatorischer oder sonstiger Art seien getroffen worden. Daran fehle es hier aber.

Nach einem Vermerk der Staatsanwaltschaft G. erklärte die Klägerin am 25. Februar 2001 telefonisch unter anderem, sie habe ihre ganze Kraft für die S1 GmbH eingesetzt.

Mit Strafbefehl vom 8. Juni 2001, rechtskräftig sei dem 5. Oktober 2001, setzte das Amtsgericht H. gegen die Klägerin eine Geldstrafe in Höhe von 110 Tagessätzen à DM 30 fest. Die Klägerin habe vom August 1995 bis Sommer 2000 – auf diesen Zeitraum sei die Strafverfolgung beschränkt – unrechtmäßig Arbeitslosenhilfe empfangen, da sie tatsächlich ganzzeitig für die S1 GmbH tätig gewesen sei.

Mit Beschluss vom 12. September 2001 hat das Sozialgericht Hildesheim das Verfahren an das Sozialgericht Hamburg verwiesen; die Klägerin sei bereits bei Klageerhebung in Hamburg wohnhaft gewesen.

Am 27. Mai 2002 teilte die IHK H1 dem Amtsgericht G. – Registergericht – mit, dass die S1 GmbH eine Sitzverlegung nach Hamburg, G.-Straße, mitgeteilt habe. Diese Adresse entsprach dem Wohnsitz der Klägerin.

Am 19. Juni 2002 wurde der Sohn der Klägerin als Geschäftsführer abberufen und zum Liquidator bestellt. Am 6. Mai 2003 wurde der Liquidationsbeschluss aufgehoben und Herrn N. A. die Geschäftsanteile übertragen sowie dieser zum Geschäftsführer bestellt. Die GmbH nahm ihren Sitz in E1.

Bemühungen des Sozialgerichts, die von der Staatsanwaltschaft G. als Beweisstücke geführten Unterlagen der Klägerin zu erlangen, sind erfolglos geblieben. Die Unterlagen waren bereits an die Klägerin zurückgegeben worden.

Mit Urteil vom 15. September 2004 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Die Klägerin sei nicht arbeitslos, sondern in einem Umfang über 15 bzw. 18 Stunden wöchentlich selbständig tätig gewesen. Die Klägerin habe sich nämlich tagsüber überwiegend in den Geschäftsräumen aufgehalten.

Gegen das am 28. Dezember 2004 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 27. Januar 2005 Berufung eingelegt. Es hätte einer weiteren Aufklärung des konkreten Sachverhalts bedurft. Die Klägerin legt wiederum ihre Zeitaufwandsberechnungen und eine Schilderung ihres Tagesablaufes in der fraglichen Zeit vor, nach der sie täglich um 7.30 Uhr in ihr Büro gefahren sei, dort gefrühstückt habe, anschließend 45 bis 90 Minuten vom Büro aus mit dem Hund spazieren gegangen sei und ab 12.00 Uhr bis 12.30 Uhr im Sommer die Nachmittage auf dem Golfplatz verbracht habe. Von dort sei sie in das Büro zurückgekehrt und dann nach Hause gefahren.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 15. September 2004 sowie die Bescheide der Beklagten vom 11. August 2000 und 4. Oktober 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Oktober 2000 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend und meint, die regelmäßigen Bürozeiten seien in vollem Umfang zu berücksichtigen, weil sich der oder die Selbständige für Telefonate und ähnliches bereithalte.

Das Gericht hat am 4. Juni 2009 über die Berufung mündlich verhandelt. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakte, die Verwaltungsakte der Beklagten, einen Aktenband der Staatsanwaltschaft G., zwei Bände Registerakten des Amtsgerichts K1, einen Band Registerakte des Amtsgerichts G. sowie die Prozessakte S 16 AL 326/01 des Sozialgerichts Hildesheim Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung des Senats gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft (§§ 143, 144 SGG) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht (§ 151 SGG) eingelegt. Sie ist jedoch nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

1. Gegenstand der Anfechtungsklage sind die Bescheide vom 11. August 2000 und 4. Oktober 2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Oktober 2000. Durch diese Bescheide hat die Beklagte die ursprüngliche Bewilligung von Arbeitslosenhilfe für den Zeitraum vom 1. Januar 1996 bis 12. April 2000 und vom 15. April 2000 bis 1. Mai 2000 auf der Grundlage der §§ 45, 48 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) zurückgenommen und überzahlte Leistungen nach § 50 SGB X zurückgefordert.

2. Ob die angefochtenen Bescheide zu Recht ergangen sind, hängt zunächst davon ab, ob die Arbeitslosenhilfe-Bewilligungsbescheide bezogen auf den streitbefangenen Zeitraum rechtswidrig wurden und die Klägerin dies pflichtwidrig vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht mitteilte (§ 48 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 2 SGB X i.V.m. § 152 Abs. 3 Arbeitsförderungsgesetz – AFG –) bzw. rechtswidrig waren (§ 45 Abs. 1 SGB X i.V.m. § 152 Abs. 2 AFG bzw. 330 Abs. 2 Sozialgesetzbuch Drittes Buch – SGB III –) und die Klägerin sich nach § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X auf Vertrauen nicht berufen kann, soweit die Bewilligungsbescheide auf Angaben beruhen, die sie vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat. Die Frage der Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Bewilligungsbescheide sowie daran anschließend der Rechtmäßigkeit der Rücknahmeentscheidung nach §§ 48, 45 SGB X ist auch vorgreiflich für die Beantwortung der Fragen nach der Berechtigung der Beklagten zur Rückforderung der erbrachten Leistungen (§ 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X, § 157 Abs. 3 AFG bzw. § 335 Abs. 1 SGB III).

a. Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die angefochtene Aufhebungsentscheidung und Erstattungsforderung der Beklagten gegenüber der Klägerin ist daher zunächst die Rechtswidrigkeit der aufgehobenen, die Klägerin begünstigenden Bewilligungsentscheidungen über Arbeitslosenhilfe.

Ob die Bewilligungsverfügungen rechtswidrig waren, beurteilt sich danach, ob die Klägerin im fraglichen Zeitraum arbeitslos war. Nach § 101 Abs 1 Satz 2 Nr. 1 AFG ist ein beschäftigungsloser Arbeitnehmer nicht arbeitslos, der eine Tätigkeit als Selbständiger ausübt, die die Kurzzeitigkeitsgrenze des § 102 AFG – 18 Stunden – überschreitet. Ab dem 1. Januar 1998 beträgt die Kurzzeitigkeitsgrenze nach § 118 SGB III 15 Stunden bzw. in Übergangsfällen nach Abs. 3 der Vorschrift 18 Stunden. Nach diesen Maßstäben war die Klägerin seit dem 7. Mai 1996 bis zum 31. Mai 2000 nicht mehr arbeitslos.

Die Klägerin übte nämlich spätestens seit der Gründung der S1 GmbH eine selbständige, mehr als kurzzeitige Tätigkeit aus.

Selbständig ist, wer für unbestimmte Zeit – nicht nur gelegentlich – eine Tätigkeit in eigener wirtschaftlicher Verantwortung und in persönlicher Unabhängigkeit mit dem Ziel ausübt, aus dieser Tätigkeit Einkommen zu erzielen. Persönliche Unabhängigkeit, eigene wirtschaftliche Verantwortung und Verfügungsgewalt über die Betriebseinrichtungen und Betriebsmittel sind die Hauptmerkmale der selbständigen Tätigkeit. Ausgenommen sind Verrichtungen, die nur aus Liebhaberei, zum Zeitvertreib, aus Gründen der körperlichen Ertüchtigung, aus Nächstenliebe oder ähnlichen Motiven vorgenommen werden (BSG, Ur. v. 28.10.1987, 7 RA 28/86 m.w.N., juris). Die Klägerin war ab dem 7. Mai 1996 als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der S1 GmbH selbständig tätig. Zwar war nach dem GmbH-Vertrag ihr Sohn Mitgesellschafter neben Frau P ... Der Senat ist jedoch davon überzeugt, dass er lediglich als Strohmann der Klägerin fungierte. Bereits die Gestaltung des Vertrages spricht dafür, da diese mit der Vertretungsregelung für die Gesellschafterversammlung zugunsten der Klägerin von vornherein auf sie zugeschnitten war. Auch war ihr Sohn, wie sich aus der Gesprächsnotiz vom 3. Mai 1996 ergibt, gar nicht in der Lage, den GmbH-Anteil zu finanzieren. Das ist wegen seines damaligen Alters und des Umstandes, dass er sich noch in der Ausbildung befand, auch plausibel. Weiterhin wäre er angesichts der Ausbildung und des Wohnsitzes in P1 kaum in der Lage gewesen, sich um die GmbH kümmern zu können. Dazu passt schließlich auch die Erklärung der Frau P. gegenüber der Beklagten am 20. Oktober 1999, nach der die Klägerin hinter der GmbH stehe. Auch die Geschäftsführerstellung, die der Klägerin noch am 7. Mai 1996 übertragen wurde, endete nur offiziell am 3. November 1997 mit der Berufung ihres Sohnes; tatsächlich erhielt sie sogleich eine Vollmacht und konnte in gewohntem Umfang weiter für die S1 GmbH tätig werden. Das tat sie auch, wie sich etwa aus dem Schriftwechsel mit dem Investor F. ergibt: Dessen Schreiben vom 8. April 1999 weist aus, dass die Klägerin ihm gegenüber stets als Eigentümerin der S1 GmbH aufgetreten war. Von einer Geschäftsführerstellung ihres Sohnes wusste er offenbar nichts. Auch erklärte ihr Sohn noch am 13. April 2000 anlässlich der Wohnungsdurchsuchung, dass er nur auf dem Papier Geschäftsführer sei, tatsächlich aber die Klägerin diese Aufgabe ausfülle.

Mit ihrer Tätigkeit für die S1 GmbH hat die Klägerin nach der Überzeugung des Senats die Kurzzeitigkeitsgrenze des § 102 AFG bzw. des § 118 SGB III überschritten mit der Folge, dass die Anspruchsvoraussetzung der Arbeitslosigkeit im streitbefangenen Zeitraum nicht gegeben war. Dass die Klägerin nach ihren Angaben aus der Tätigkeit keinen oder keinen nennenswerten Ertrag erzielte, steht dem nicht entgegen. Die Höhe des Gewinns aus einer selbständigen Tätigkeit mag im Einzelfall in tatsächlicher Hinsicht Rückschlüsse auf deren Umfang und darauf zulassen, inwieweit der Selbständige bereit und in der Lage ist, daneben noch eine abhängige Beschäftigung zu ergreifen. Für die Frage indes, ob eine Tätigkeit des Arbeitnehmers als Selbständiger die Grenze des § 102 AFG überschreitet und der Arbeitnehmer deshalb nicht arbeitslos ist, ist es rechtlich unerheblich, ob und in welchem Umfang durch die selbständige Tätigkeit tatsächlich Gewinn erzielt wird (BSG, Ur. v. 28.10.1987, 7 RA 28/86, m.w.N., juris; Steinmeyer, in: Gagel, SGB III, § 119 Rn. 67j, Stand Jan. 2005; Scheidt, in: Wissing/Mutschler/Bartz/Schmidt-DeCaluwe, § 118 Rn. 44, Stand Febr. 1999).

Kurzzeitig i.S. des § 102 Abs 1 AFG ist 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; gelegentliche Abweichungen von geringer Dauer bleiben unberücksichtigt. Ob eine Beschäftigung kurzzeitig ist, ist zunächst den vertraglichen Vereinbarungen über die Arbeitszeit zu entnehmen; erst wenn Vereinbarungen hinsichtlich der Arbeitszeit nicht bestehen, ist maßgebend, ob die Beschäftigung der Natur der Sache nach auf weniger als 18 Stunden wöchentlich beschränkt zu sein pflegt (BSG, Ur. v. 28.10.1987 m.w.N., a.a.O.; BSG, Ur. v. 15.6.1988, 7 RA 12/87, juris; Söhngen, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 119 Rn. 65, Stand Febr. 2009; Valgolio, in: Spellbrink/Eicher, Kasseler Hdb. des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 10 Rn. 126). Ist wie hier zu beurteilen, ob eine selbständige Tätigkeit die Grenze des § 102 AFG überschreitet, kann mangels vertraglicher Vereinbarungen über eine Arbeitszeit allein nach der Natur der Sache beurteilt werden, ob die Tätigkeit auf weniger als 18 Stunden wöchentlich beschränkt zu sein pflegt (Steinmeyer, a.a.O.). Das ist hier auszuschließen.

Die Beurteilung, ob eine Beschäftigung der Natur der Sache nach auf weniger als 18 Stunden wöchentlich beschränkt zu sein pflegt, hat von Art und Umfang der anfallenden Verrichtungen auszugehen, die der Arbeitnehmer nach den individuellen Besonderheiten seines Beschäftigungsverhältnisses auszuführen hat. Für den Zeitaufwand, den diese Verrichtungen erfordern, sind aber nicht die Fähigkeiten des individuellen Arbeitnehmers zugrunde zu legen, sondern durchschnittliche. Maßgebend ist, welchen Zeitaufwand bei normalem Ablauf der Ereignisse ein durchschnittlich begabter Ausführender mit durchschnittlichen Fähigkeiten unter den üblichen Bedingungen benötigt (BSG, Ur. v. 28.10.1987 m.w.N., a.a.O.; BSG, Ur. v. 30.5.1978, 7 RA 48/77, juris; Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB III, § 119 Rn. 59, Stand Jan. 2006; Steinmeyer, a.a.O.). Keine anderen Grundsätze gelten für die Beurteilung, ob eine selbständige Tätigkeit der Natur der Sache nach auf weniger als 18 Stunden wöchentlich beschränkt ist. Das Gesetz verneint in § 101 Abs 1 AFG das Vorliegen von Arbeitslosigkeit allein nach dem zeitlichen Umfang der vorhandenen Erwerbstätigkeit, ohne zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit zu unterscheiden. Das verbietet es grundsätzlich, den zeitlichen Umfang einer Tätigkeit nach anderen Maßstäben als dem zeitlichen Umfang zu

beurteilen. Dementsprechend hat das BSG im Hinblick auf die Dauer der selbständigen Tätigkeit von Rechtsanwälten schon entschieden, dass es nicht auf die Fähigkeiten des einzelnen Rechtsanwalts ankomme, sondern auf durchschnittliche, dass andererseits nicht von einer abstrakten generalisierten Tätigkeit auszugehen sei, sondern von den Verrichtungen, die der jeweilige Rechtsanwalt nach der Gestaltung, die er seiner selbständigen Tätigkeit gegeben hat, vorzunehmen hat bzw. voraussichtlich vornehmen muss (BSG, Urt. v. 28.10.1987 m.w.N., a.a.O.).

Es herrscht Einigkeit, dass insoweit auf eine vorausschauende Betrachtung zum Zeitpunkt des Beginns bzw. der Änderung der Beschäftigung abzustellen ist (BSG, Urt. v. 15.6.1988, [7 RAr 12/87](#), juris; LSG Nds-Bremen, Urt. v. 13.1.2004, [L 7 AL 282/03](#), juris; Steinmeyer, a.a.O., § 119 Rn. 69 f.; Söhnngen, a.a.O., § 119 Rn. 64; Valgolio, in: Hauck/Noftz, a.a.O., § 119 Rn. 60; Scheidt, a.a.O., § 118 Rn. 29). Das BSG betont, dass diese Betrachtung auch maßgeblich bleibt, wenn sich die voraussichtliche Gestaltung nicht verwirklicht (BSG, Urt. v. 15.12.1999, [B 11 AL 53/99 R](#), juris).

Nach diesen Maßstäben dürfte es nahe liegen, eine selbständige Tätigkeit nach der Natur der Sache bereits an sich für zeitaufwendiger als 18 Stunden zu halten (so LSG Nds-Bremen, a.a.O.; Valgolio, in: Spellbrink/Eicher, Kasseler Hdb. des Arbeitsförderungsrechts, 2003, § 10 Rn. 135), weil sie auf maximalen wirtschaftlichen Nutzen angelegt ist und es insoweit organisatorischer oder inhaltlicher Vorkehrungen bedarf, um eine zeitliche Beschränkung auf die Kurzzeitigkeit annehmen zu können. Solche Vorkehrungen können hier in Bezug auf die Klägerin nicht erkannt werden. Allerdings hat das Bundessozialgericht (Urt. v. 25.8.1981, [7 RAr 68/80](#), juris) einen Erfahrungssatz, dass ein Rechtsanwalt mehr als 20 Stunden wöchentlich arbeite, verneint, und nur zugestanden, dass entsprechende Vorkehrungen den Nachweis erleichtern würden. Das könnte dahingehend verallgemeinert werden, dass jegliche selbständige Tätigkeit nicht von vornherein als mehr als kurzzeitig anzusehen ist.

Es kann aber dahinstehen, welche Betrachtungsweise insoweit maßgeblich ist. Hier kann eine nur kurzzeitige selbständige Tätigkeit der Klägerin schon allein wegen der wochentäglichen, ganztägigen Bürozeiten verneint werden. Unabhängig von der Frage, welchen zeitlichen Umfang die Tätigkeit der Klägerin in ihrem Betrieb über die regelmäßigen Bürozeiten hinaus erforderte, sind jedenfalls die regelmäßigen Öffnungs- bzw. Bürozeiten voll zu berücksichtigen (BSG, Urt. v. 28.10.1987, [a.a.O.](#); LSG NRW, Urt. v. 5.3.2003, [L 12 AL 124/02](#), juris; LSG Nds., Beschl. v. 18 ...2.1888, 7 S(Ar) 262/87, juris; Valgolio, in: Spellbrink/Eicher, a.a.O., § 10 Rn. 135; Brand, in: Niesel, SGB III, 3. Aufl. 2005, § 119 Rn. 30; Steinmeyer, a.a.O. § 119 Rn. 67)).

Das Bundessozialgericht (Urt. v. 28.10.1987, [a.a.O.](#)) hat dazu überzeugend ausgeführt, "() dass Stunden wie die üblichen Bürostunden, in denen sich ein Selbständiger für die Erledigung seiner Tätigkeiten, insbesondere auch für Telefonate und Besuche seiner Geschäftspartner bereitzuhalten pflegt, voll zu berücksichtigen sind, selbst wenn in Ermangelung von Aufträgen der Selbständige sie nicht voll mit eigentlicher Arbeit auszufüllen vermag (in diesem Sinne auch Schönefelder/Kranz/Wanka, aaO, § 101 aF, Rdz 13). Hieran hält der Senat fest. Betriebe der Kläger die Gaststätte nicht selbst, sondern wäre er als Kellner in einem Beschäftigungsverhältnis in der Gaststätte beschäftigt, und zwar nur während der Öffnungszeiten, wäre nicht zweifelhaft, dass er nicht nur eine kurzzeitige Beschäftigung ausübte und daher nicht arbeitslos wäre. Das räumt auch die Revision ein. Für den anstelle eines Kellners tätigen Selbständigen kann nichts anderes gelten. Es besteht keine Möglichkeit, bei dem zeitlichen Umfang, den eine selbständige Tätigkeit erfordert, Zeiten unberücksichtigt zu lassen, aus denen der Selbständige mangels Umsatzes unmittelbar kein Einkommen bezieht."

Dass die Klägerin in den Bürozeiten private Angelegenheiten und Fortbildung betrieben haben will, ist daher rechtlich bedeutungslos. Auch ihre mit Schriftsatz vom 21. April 2008 vorgelegte, vom 19. Juni 2003 stammende, in der ersten Instanz allerdings nicht vorgelegte Erklärung, dass sie morgens den Hund ausgeführt und nachmittags im Sommer täglich Golf spielen war, führt zu keiner anderen Bewertung. Denn diese Angaben könnten rechnerisch zu einer wöchentlichen Arbeitszeit von etwa 17,5 Stunden führen (8.00 bis 9.00 Uhr, 10.00 bis 12.30 Uhr). Wird allerdings ein 12-Monats-Zeitraum zugrunde gelegt (vgl. dazu BSG, Urt. v. 15.6.1988, [7 RAr 12/87](#), juris), um das sommerliche Golfspiel in eine ganzjährige Betrachtungsweise einzurechnen, ergibt sich sogleich eine wöchentliche Arbeitszeit von über 18 Stunden. Davon ist nach den eigenen Angaben der Klägerin mithin auszugehen. Insoweit kann offen bleiben, ob diese Angaben, soweit sie die täglichen Pausen für den Spaziergang mit dem Hund und das Golfspiel betreffen, überhaupt glaubhaft sind. Daran bestehen aus Sicht des Gerichts im Übrigen durchaus Zweifel, denn das Vorbringen der Klägerin zu ihrem Arbeitsaufwand ist widersprüchlich. Die Klägerin hatte nämlich an anderer Stelle behauptet, dass sie die "Leerzeiten" im Büro mit privaten Beschäftigungen gefüllt habe. In der Klageschrift hat sie sogar behauptet, es habe keinen festen Bürozeiten gegeben; sie habe sich nur im Büro eingefunden, wenn Bestellungen eingegangen seien. Von Beschäftigungen außerhalb des Büros war dagegen nie die Rede. Nach allem ist nicht auszuschließen, dass die Klägerin lediglich den Umstand erklären will, dass ihr Fahrzeug den ganzen Tag vor dem Büro stand. Weiterhin widersprüchlich ist die von der Klägerin vorgelegte Berechnung ihrer wöchentlichen Arbeitszeiten mit bis zu zwei Stunden. Diese Berechnung ist zwar bereits deshalb unmaßgeblich, weil sie nur die reine Auftragsabwicklung einschließt und von vornherein alle anderen Tätigkeiten außer Betracht lässt. Sie stimmt aber auch nicht mit den Angaben der Klägerin in ihren Anträgen auf Bewilligung von Arbeitslosenhilfe überein, in denen sie durchaus einen höheren Arbeitseinsatz eingeräumt hat. Gegenüber der Staatsanwaltschaft hat sie sich sogar gerühmt, ihre ganze Kraft eingesetzt zu haben. Das passt alles nicht recht zusammen und verdichtet sich zu dem Gesamteindruck, dass die Klägerin ihre Angaben jeweils so wählt, dass sie die jeweils geltend gemachte Rechtsposition unterstützen.

Die obigen Ausführungen ergeben zugleich, dass die Klägerin mit ihrer Tätigkeit für die S1 GmbH auch die Kurzzeitigkeitsgrenze des [§ 118 SGB III](#) überschritten hat.

Für den Zeitraum vom 1. Januar 1996 bis zum 6. Mai 1996, also vor der Gründung der S1 GmbH, kann eine ihre Arbeitslosigkeit ausschließende selbständige Tätigkeit der Klägerin indes nicht festgestellt werden. Die Aufhebung der Bewilligung ist daher insoweit rechtswidrig und die Berufung erfolgreich. Zwar gibt es Anhaltspunkte, die für eine selbständige Tätigkeit der Klägerin in nicht nur kurzzeitigem Umfang sprechen. Denn offenbar war sie bereits in die Tätigkeit der E. eingebunden und wird auch bei der Vorbereitung der Gründung der S1 GmbH tätig gewesen sein. Das lässt sich jedoch nicht mit der nötigen Gewissheit feststellen, weil die entsprechenden Geschäftsunterlagen nicht mehr vorgelegt werden können. Weder in den Akten der Staatsanwaltschaft G. noch in denen der Beklagten finden sich insoweit Kopien. Die von der Staatsanwaltschaft G. beigezogenen Geschäftsunterlagen wurden an die Klägerin zurückgegeben; diese hat die Unterlagen nach ihren Angaben weitgehend vernichtet. Die Aktenteile, die sie dem Gericht in der mündlichen Verhandlung am 4. Juni 2009 vorlegen konnte, waren unergiebig. Weitere Ermittlungsansätze sind nicht ersichtlich.

b. Der Klägerin ist auch mindestens grobe Fahrlässigkeit im Sinne von [§ 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2](#) bzw. [§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X](#) vorzuhalten, und sie kann sich deshalb nicht auf schutzwürdiges Vertrauen im Sinne des [§ 45 Abs. 2 SGB X](#) berufen. Die Klägerin hätte schon bei den Angaben im Antragsformular auf die selbständige Tätigkeit in einem Umfang von über 18 Stunden hinweisen bzw. ggf. bei der Beklagten nachfragen müssen. Dies hätte schon deshalb nahegelegen, weil im Antragsformular ausdrücklich danach gefragt wurde. Die erforderliche Sorgfalt hat sie auch deshalb in besonders schwerem Maße verletzt, da sie die Tätigkeit wahrheitswidrig zeitlich als zu gering angab, die Aufgabe der Tätigkeit mehrfach ankündigte und ab dem 7. April 1999 sogar gänzlich verneinte. Insoweit dürfte die Klägerin Zeit und Umfang ihrer Tätigkeit sogar vorsätzlich verschwiegen haben.

c. Nach allem ist die Rückforderung der gewährten Leistungen nach [§ 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) sowie § 157 Abs. 3 AFG bzw. § 335 Abs. 1 SGB III nicht zu beanstanden, soweit der Zeitraum vom 7. Mai 1996 bis 31. Mai 2000 betroffen ist. Die Höhe der Rückforderung ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat in dem genannten Zeitraum Arbeitslosenhilfe in Höhe von EUR 106.084,68 erhalten. Die Beitragsrückforderung ist zwar der Höhe nach teilweise fehlerhaft, nicht aber zu Lasten der Klägerin falsch berechnet worden. Nach den obigen Ausführungen war allerdings der Zeitraum vom 1. Januar 1996 bis 6. Mai 1996 herauszurechnen, weil insoweit die Aufhebung der Bewilligungsbescheide nicht gerechtfertigt ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und folgt dem Ausgang in der Hauptsache.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2009-10-13