

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
11. Januar 1989

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 8/87

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

Innungskrankenkasse Rheinhessen,
Krankenkasse des Handwerks, Mainz, Münsterstraße 13.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 1989 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g , die Richter K ö n i g und S a t t l e r sowie den ehrenamtlichen Richter H ö c h s t und die ehrenamtliche Richterin V o r w e r k für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 28. November 1986 insoweit aufgehoben, als es die Berufung des Klägers zurückgewiesen und die Klage gegen den Bescheid vom 26. November 1986 abgewiesen hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Gründe:

I

Streitig ist, ob die Beklagte ihre Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) zurücknehmen durfte.

Der 1936 geborene Kläger ist Bauingenieur. Er ist in der Vergangenheit in unterschiedlicher Funktion mit verschiedenen Firmen verbunden gewesen, die sich überwiegend in der Baubranche betätigten. So war er technischer Betriebsleiter der Firma J. GmbH, Hoch- und Tiefbau in G. , Gesellschafter der Firma K. und Co. GmbH in I. , der J. OHG in G. , der L. GmbH in B. und der Kfz-Vertriebsdienst GmbH in G. . Diese Firmen haben zwischenzeitlich ihre Tätigkeit eingestellt und sind im Handelsregister gelöscht. Außerdem war er bei der Firma J. Bau GmbH in I. , und zwar vom 1. Januar 1980 bis 31. Oktober 1981, vom 18. Januar bis 30. November 1982 und vom 1. Mai 1983 bis 31. Januar 1985 als Bau-Ingenieur bzw technischer Angestellter beschäftigt. Alleingesellschafterin dieser Firma ist seine Ehefrau Herta J. . Seine Tätigkeit für dieses Unternehmen endete formal durch fristlose Kündigung zum 31. Januar 1985 wegen Zahlungsunfähigkeit der Firma. Am 21. Februar 1985 ist über das Vermögen dieser Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet worden.

Am 4. Februar 1985 meldete sich der Kläger beim Arbeitsamt arbeitslos und beantragte die Gewährung von Alg. Nach der hierzu vorgelegten Arbeitsbescheinigung belief sich sein Bruttoarbeitsentgelt im Januar 1985 auf 5.000,-- DM. Nachdem der Kläger auf eine detaillierte Anfrage des Arbeitsamtes über Art und Umfang seiner Tätigkeit für die J. Bau GmbH unter dem 15. Februar 1985 lediglich geantwortet hatte, er sei nie Gesellschafter der Firma gewesen, und andere Erkenntnisse nicht vorlagen, bewilligte ihm das Arbeitsamt mit Bescheid vom 26. Februar 1985 Alg ab Antragstellung.

Mit Bescheid vom 25. März 1985 stellte das Arbeitsamt seine Leistungen bis zum Abschluß weiterer Ermittlungen ein. Daraufhin legte der Kläger den zwischen ihm und der GmbH geschlossenen Arbeitsvertrag vom 28. Januar 1984 nebst Anlage vom gleichen Tage und einen Anstellungsvertrag vom 28. April 1983 vor. Danach ist er seit dem 1. Mai 1983 bei einer monatlichen Gesamtvergütung von 5.000,-- DM als technischer Betriebsleiter eingestellt gewesen. In der Anlage ist bestimmt, daß der Kläger außer einem 13. Monatsgehalt eine Jahreserfolgsprämie in Höhe von 3 % des Geschäftsgewinns aus dem Abrechnungsjahr der Firma erhalten sollte. Für den Fall einer eventuellen einvernehmlichen Vertragsaufhebung oder -unterbrechung haben die Vertragsschließenden vereinbart, spätestens vor Ablauf des Abrechnungsjahres sei ein Arbeitsvertrag mit den



künftig gültigen Vereinbarungen zu fertigen, ohne daß deshalb der bestehende Vertrag unterbrochen oder aufgehoben werden müsse. Außerdem hatte sich der Kläger damit einverstanden erklärt, daß zur Sicherung eines von seiner Tochter Barbara J. der GmbH in Höhe von 99.000,-- DM gewährten Darlehens sein Monatsgehalt in Höhe des Nettoanteils im Falle des Verzugs der GmbH bei der Darlehensrückzahlung direkt der Tochter und nur in Höhe des Restes ihm selbst zufließen sollte. Vom 1. Mai 1983 bis 31. Dezember 1984 sind die zur Darlehenssicherung bestimmten Lohnanteile von der GmbH zinslos einbehalten worden. In zwei Stellungnahmen vertrat der Konkursverwalter der Fa. J. Bau GmbH die Ansicht, daß der Kläger aus seiner Sicht die Geschicke der GmbH geleitet habe.

Mit Bescheid vom 13. Juni 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 1985 nahm die Beklagte ihre Entscheidung über die Bewilligung des Alg mit Wirkung vom 28. März 1985 gemäß § 45 Zehntes Buch des Sozialgesetzbuches (SGB 10) zurück, weil die Voraussetzungen für die Leistungsgewährung nicht vorgelegen hätten. Der Kläger habe die Anwartschaftszeit nicht erfüllt, weil er innerhalb der dreijährigen Rahmenfrist vor der Arbeitslosmeldung nicht mindestens 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Das Beschäftigungsverhältnis bei der Firma J. Bau GmbH sei nämlich nicht beitragspflichtig gewesen. Als technischer Betriebsleiter habe er nicht in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis gestanden, was sich schon daraus ergebe, daß die Geschäftsführerin wegen fehlender beruflicher Qualifikation ihm gegenüber nicht in der Lage gewesen sei, Weisungen hinsichtlich Art und Ausführung seiner Tätigkeit zu erteilen. Außerdem habe er für ein der GmbH gewährtes Darlehen nicht nur gebürgt, sondern es auch zugelassen, daß aus seinem Gehalt ohne Fälligkeit der Bürgschaft weit über den pfändbaren Betrag hinausgehende Summen einbehalten und zur Darlehenssicherung hinterlegt worden seien. Dies lasse eindeutig die Übernahme von Arbeitgeberfunktionen erkennen.

Das Sozialgericht (SG) hat mit Urteil vom 21. November 1985 die Klage abgewiesen. Während des Berufungsverfahrens hat die Beklagte mit Schreiben vom 26. November 1986 ihren Bescheid vom 13. Juni 1985 dahingehend ergänzt, daß auch bei Nachholung der bisher fehlenden Ermessenserwägungen keine andere Entscheidung möglich sei.

Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 28. November 1986 den Bescheid vom 13. Juni 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 1985 aufgehoben, soweit er die Zeit vom 28. März bis 19. April 1985 betrifft. Die weitergehende Berufung des Klägers hat es zurückgewiesen und die Klage gegen den Bescheid vom 26. November 1986 abgewiesen. Seine Entscheidung hat es im wesentlichen wie folgt begründet:



Dem Kläger stehe mit Ausnahme des Zeitraums vom 28. März bis 19. April 1985 die begehrte Leistung nicht zu, weil er in der maßgeblichen Rahmenfrist nicht in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Seine Tätigkeit für die J. Bau GmbH sei nicht diejenige eines Arbeitnehmers gewesen. Eine Tätigkeit als Arbeitnehmer sei durch Eingliederung in einen fremden Betrieb und durch persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber sowie durch ein umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Dauer, Ort und Art der zu erbringenden Arbeitsleistung und damit durch Fremdbestimmtheit, dh einer Tätigkeit nicht für eigenes, sondern für fremdes wirtschaftliches Interesse gekennzeichnet. Dabei komme es auf die Gesamtschau der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse an. Diese Gesamtschau ergebe bei Würdigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falles, daß der Kläger während der gesetzlichen Rahmenfrist nicht als Arbeitnehmer tätig gewesen sei. Dem stehe nicht entgegen, daß er nicht zu den Gesellschaftern der GmbH gehört habe.

Zwar habe der Kläger formal wie ein Arbeitnehmer mit der GmbH einen Dienstvertrag ("Anstellungsvertrag" vom 28. April 1983 und "Arbeitsvertrag" vom 28. Januar 1984) abgeschlossen gehabt, der außer der Zahlung eines Gehalts Bestimmungen über den Urlaubsanspruch, Verhalten bei Arbeitsverhinderung und Nebentätigkeiten enthalten habe. Die persönlichen und sonstigen Umstände der Firma, die tatsächliche Handhabung des Dienstverhältnisses, vor allem aber die wirtschaftliche Interessenlage sprächen jedoch ganz überwiegend gegen das Vorliegen eines unselbständigen Beschäftigungsverhältnisses und die Fremdbestimmtheit der Arbeitsleistung des Klägers. Hierfür sei zunächst von Bedeutung, daß bereits in der Vergangenheit unter seiner maßgeblichen Mitwirkung Firmengründungen und -beteiligungen, vornehmlich auf dem Bausektor, erfolgten, an denen er zum Teil als Geschäftsführer oder Betriebsleiter, aber auch als Gesellschafter beteiligt gewesen sei. Diese wirtschaftlichen Aktivitäten deuteten eher auf ein überwiegend unternehmerisches Interesse des Klägers hin. Hierfür spreche nicht zuletzt auch die Tatsache, daß ein Großteil der Firmen, wie insbesondere auch die hier im Vordergrund stehende J. Bau GmbH, seinen Namen führten. Hinzu komme noch, daß es sich bei der J. Bau GmbH um eine sogenannte Einmanngesellschaft handle, deren Alleingesellschafterin die Ehefrau des Klägers sei. Neben dieser besonderen persönlichen Beziehung zur Firmeninhaberin sei auch das persönliche Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Schicksal des Unternehmens nicht arbeitnehmertypisch. Das folge insbesondere daraus, daß er für ein von seiner Tochter der GmbH zur Verfügung gestelltes Darlehen im Betrage von 99.000,- DM seine Gehaltsansprüche als Betriebsleiter zur Sicherung dieser Darlehensforderung bis auf einen geringen Rest von 500,- DM monatlich abgetreten habe mit der Maßgabe, daß die einbehaltenen Beträge bereits zinslos der GmbH verblieben, ehe die Darlehensforderung überhaupt fällig und er deshalb in Anspruch genommen wurde. Hierbei bestehe noch zusätzlich die Besonderheit, daß die Gehaltsabtretung sogar über



die Pfändungsschutzgrenzen hinaus erfolgte. Sein Verhalten mache deutlich, daß das Unternehmensschicksal für ihn von wesentlich größerer Bedeutung gewesen ist, als bei einem Dienstverhältnis mit einem Fremdbetrieb. Das lasse sich auch aus verschiedenen Bestimmungen des "Arbeitsvertrags" ablesen, die ohne die besondere Beziehung des Klägers zur GmbH und der Alleingesellschafterin zumindest unüblich seien. So sei in § 7 mit Ausnahme des Rechts zur fristlosen Kündigung eine einseitige Vertragskündigung nicht vorgesehen. Hierzu bestimme die "Anlage" zu § 7, daß bei eventueller einvernehmlicher Vertragsaufhebung oder -unterbrechung, die auch für Einzelheiten des Vertrages vereinbart werde, spätestens vor Ablauf des Abrechnungsjahres ein neuer Arbeitsvertrag mit künftig gültigen Vereinbarungen zu fertigen sei, ohne daß deshalb der gültige Vertrag unterbrochen oder aufgehoben werden müsse. Die vertragliche Beziehung des Klägers zur GmbH werde hierdurch wesentlich stärker abgesichert, als dies im Normalfall üblich sei. Zu berücksichtigen sei außerdem, daß der Kläger aufgrund seiner beruflichen Vor- und Ausbildung der alleinige Fachmann gewesen sei, der fachbezogene Ratschläge erteilen und so die Unternehmensführung beeinflussen konnte. Daß seine Ehefrau insoweit allein auf ihn angewiesen gewesen sei, bestreite er auch nicht. Dieser Umstand mache aber ebenfalls deutlich, daß es sich bei der Beziehung des Klägers zur GmbH nicht um eine Einordnung in einen Fremdbetrieb gehandelt haben könne. Es komme schließlich noch hinzu, daß dem Kläger auch ein Anspruch auf eine Jahreserfolgsprämie in Höhe von 3 % des Geschäftsgewinnes eingeräumt und er damit am Unternehmensgewinn, zugleich aber auch am Unternehmensrisiko beteiligt worden sei. Schließlich habe auch der Konkursverwalter den Eindruck gewonnen, daß der Kläger die bestimmende Kraft in der J. Bau GmbH gewesen sei. Es sei demnach davon auszugehen, daß der Kläger nicht in einen fremden Betrieb eingegliedert gewesen sei, sondern in ein Unternehmen, das von der Gründungsgeschichte her, nach der tatsächlichen Interessenlage und der vielfachen Verflechtung zwischen dem Kläger einerseits und dem Unternehmen andererseits im wesentlichen als sein eigenes Unternehmen angesehen werden müsse. Er habe demnach während der Rahmenfrist nicht in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung zur GmbH gestanden und somit keinen Anspruch auf die begehrte Leistung.

Das Arbeitsamt habe deshalb seinen rechtswidrigen Bewilligungsbescheid gemäß § 45 Abs 1 SGB 10 zu Recht für die Zukunft aufgehoben. Es habe aber die Bewilligungsentscheidung entgegen dem Wortlaut des angefochtenen Bescheides gleichzeitig auch mit Wirkung für die Vergangenheit, nämlich bereits ab 28. März 1985, aufgehoben. Hierbei sei es davon ausgegangen, daß der Kläger spätestens von diesem Zeitpunkt an (angenommener Zugang des Einstellungsbescheides vom 25. März 1986) die Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides kannte oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Diese Auffassung sei gemäß § 45 Abs 4 iVm § 45 Abs 2 Satz 3 Nr 3 SGB 10 begründet.



Das SG habe bereits zutreffend dargelegt, daß der Kläger unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme keinen Anspruch auf Vertrauensschutz geltend machen könne. Daß er eine Vermögensdisposition mit Rücksicht auf die Leistungsbewilligung getroffen habe, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen könne, behaupte er selbst nicht. Auf einen Verbrauch komme es nicht an, weil Erstattungsforderungen nicht geltend gemacht würden. Auch aus Ermessensgründen, die die Beklagte zuletzt noch in ihrem Bescheid vom 26. November 1986 erwähnt habe, sei der Aufhebungsbescheid somit rechtens.

Die Aufhebung des Bewilligungsbescheides für die Vergangenheit sei jedoch erst ab dem 19. April 1985 begründet. Es könne nämlich nicht festgestellt werden, daß dem Kläger die Mitteilung vom 25. März 1985 über die vorläufige Einstellung der Zahlung von Alg zu einem früheren Datum zugegangen sei.

Der Kläger könne sich im übrigen auch nicht darauf berufen, daß für ihn Beiträge zur Beklagten entrichtet worden seien. Ohne das Bestehen einer Beitragspflicht begründe die Beitragsleistung kein Versicherungsverhältnis und damit auch keinen Leistungsanspruch. Auch führe der Einzug von Beiträgen durch die Einzugsstelle (§§ 176, 182 Arbeitsförderungsgesetz -AFG-) nicht zu einer Bindungswirkung gegenüber der Beklagten.

Mit der Revision macht der Kläger geltend, die Feststellungen in den bisherigen Verfahren beruhten auf völlig unzulänglichen und ausschließlich zu seinem Nachteil abgestellten Sachverhaltsermittlungen sowie völlig rechtswidriger Anwendung des einschlägigen Sozialverfahrensrechts und des materiellen Rechts.

Er ist der Auffassung, es sei nicht vertretbar, daß er 10 Jahre lang Sozialversicherungsbeiträge aus ein und demselben Arbeitsverhältnis erbracht, in der Vergangenheit mehrmals Alg bewilligt bekommen habe, dies aber nun unter identischen Bedingungen der Arbeitsleistung und Erfüllung der Voraussetzungen nach dem AFG verweigert werden solle. Zu Unrecht habe das LSG seine beruflichen Tätigkeiten aus einem Zeitraum herangezogen, der für die tatbestandlichen Voraussetzungen der einschlägigen Bestimmungen des AFG bedeutungslos sei.

Die Beklagte habe von dem ihr eingeräumten Ermessen keinen Gebrauch gemacht und den Kläger nicht förmlich angehört. Seine Position und die Art seiner Arbeitsleistung in der Firma sei in den bisherigen Entscheidungen falsch dargestellt worden. Der Geschäftsführerin der GmbH hätten neben ihm weitere Berater zur Verfügung gestanden.



Der Umstand, daß er unpfändbare Anteile seines Arbeitsentgelts abgetreten habe, mache ihn nicht zum Unternehmer.

Auch durch die Vertragsgestaltung zwischen ihm und der GmbH könne seine Arbeitnehmereigenschaft nicht in Frage gestellt werden. Im übrigen habe er gegenüber dem Arbeitsamt diese Eigenschaft wahrheitsgemäß und rechtzeitig nachgewiesen. Schließlich habe das LSG nicht berücksichtigt, daß er nicht einmal Handlungsvollmacht besessen habe und daß die Alleingesellschafterin der GmbH - seine Ehefrau - ausgebildete Vollkauffrau sei. Soweit das LSG auf die Eindrücke des Konkursverwalters abstelle, komme diesen keine Beweiskraft zu.

Zu Unrecht gehe das LSG davon aus, daß er kein schützwürdiges Interesse für den Bestand der ursprünglichen Bewilligung habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 28. November 1986, soweit hierin die Berufung zurückgewiesen worden ist, sowie das Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 21. November 1985 und den Bescheid des Arbeitsamtes Mainz vom 13. Juni 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 1985 so wie den Bescheid des Arbeitsamtes Mainz vom 26. November 1986 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Sie ist der Auffassung, die Revision wende sich insbesondere gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts. Zulässige und begründete Verfahrensrügen seien insoweit jedoch nicht erhoben worden, so daß das Revisionsgericht an die tatsächlichen Feststellungen des LSG gebunden sei.

Die vom Kläger erhobene Rüge einer Verletzung der §§ 13, 14, 15 Erstes Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB 1) gehe fehl.

Auch hinsichtlich der Rüge einer Verletzung des § 45 SGB 10 müsse die Revision erfolglos bleiben.

Die Beigeladene beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Sie schließt sich den Ausführungen der Beklagten an.



II

Die Revision des Klägers führt zur Zurückverweisung der Sache an das LSG.

Gegenstand des Verfahrens ist nur der Bescheid vom 13. Juni 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 1985. Der Bescheid vom 25. März 1985 ist gegenstandslos geworden, nachdem die Beklagte mit den vorstehenden Bescheiden den Bescheid vom 26. Februar 1985 über die Bewilligung von Alg mit Wirkung vom 25. März 1985 zurückgenommen hat. Das Schreiben der Beklagten vom 26. November 1986 ändert an dieser Rechtslage nichts. Es ist nicht gemäß § 96 Sozialgerichtsgesetz (SGG) in das Verfahren einzubeziehen. Es handelt sich insoweit nicht um einen Verwaltungsakt iS des § 31 SGB 10. Die Beklagte trifft darin keine eigenständige Regelung. Dem Inhalt ihres Schreibens ist zu entnehmen, daß sie die bisher fehlende Ermessensentscheidung nachholen wollte. Einen eigenen oder von der bisherigen Regelung abweichenden Inhalt enthält das Schreiben jedoch nicht. Die Beklagte will, wie sie selbst ausführt, den bisherigen Bescheid lediglich ergänzen. Es handelt sich somit allenfalls um das Nachschieben einer den bisherigen Bescheiden fehlenden Begründung. Damit scheidet eine förmliche Einbeziehung des Schreibens vom 26. November 1986 in das Verfahren gemäß § 96 SGG aus (BSGE 59, 157, 158 f = SozR 1300 § 45 Nr 19).

Der Bescheid vom 13. Juni 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 1985 ist rechtswidrig. Aus dem Wortlaut des § 45 Abs 1 Satz 1 SGB 10, wonach ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt unter den Einschränkungen der Abs 2 bis 4 zurückgenommen werden darf, folgt, daß die Rücknahme eines solchen Verwaltungsaktes eine Ermessensentscheidung ist. Das hat der Senat im Anschluß an die Rechtsprechung des 11. Senats des BSG (vgl BSGE 55, 250, 251 = SozR 1300 § 50 Nr 3; SozR 1300 § 45 Nr 12; vgl auch BSG 9a Senat in SozR 1300 § 48 Nr 11) schon entschieden (BSGE 59, 157, 169 = SozR 1300 § 45 Nr 19). Hieran ist auch angesichts der die Entscheidung nicht tragenden Bedenken, die der 9a Senat jüngst erhoben hat (BSGE 60, 147, 150 ff = SozR 1300 § 45 Nr 24), aus Gründen der Rechtseinheit festzuhalten, wie der Senat bereits in seinem oa Urteil dargelegt hat. Er sieht auch weiterhin keine Veranlassung, hiervon abzuweichen, zumal da das Urteil des 11. Senats vom 4. Februar 1988 (SozR 1300 § 45 Nr 34) diese Auffassung erneut bestätigt hat.

Unterläßt es die Verwaltung, wie sie es hier nach ihrem eigenen Vorbringen in ihrem Bescheid vom 13. Juni 1985 getan hat, von dem ihr eingeräumten Ermessen Gebrauch zu



machen, dann ist der Verwaltungsakt rechtswidrig. Die Verwaltung hat damit gegen die Bestimmungen des § 35 Abs 1 Satz 3 SGB 10 verstoßen. Hiernach muß ein schriftlicher Verwaltungsakt, sofern er eine Ermessensentscheidung zum Gegenstand hat, die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Verwaltung bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Ist, wie das hier der Fall ist, eine solche Begründung unterblieben, darf sie mit heilender Wirkung nur bis zum Abschluß des Vorverfahrens oder bis zur Erhebung der Klage nachgeholt werden (§ 41 Abs 2 SGB 10). Das ist hier nicht geschehen. Die Beklagte hat vielmehr mit ihrem Schreiben vom 26. November 1986 Ermessenserwägungen erst im Berufungsverfahren angestellt und damit gegen § 41 Abs 2 SGB 10 verstoßen. Dieser Verstoß hat zur Folge, daß die Rechtswidrigkeit des Bescheides vom 13. Januar 1985 nicht beseitigt ist. § 42 SGB 10, nach dem eine Aufhebung des Verwaltungsaktes wegen des Verfahrensfehlers nicht verlangt werden kann, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können, findet keine Anwendung. Bei einer Ermessensentscheidung ist aufgrund des der Verwaltung eingeräumten Spielraums eine andere Entscheidung in der Sache möglich, es sei denn, das Ermessen ist auf Null geschrumpft. Hierfür bestehen jedoch keine Anhaltspunkte.

Ist hiernach der Bescheid vom 13. Juni 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. August 1985 bereits deshalb fehlerhaft, weil er keine Ermessenserwägungen enthält, ist es dennoch untunlich, ihn allein deswegen aufzuheben. Dagegen sprechen Gründe der Prozeßökonomie und der Rechtskraftwirkung, wie das BSG bereits mehrfach entschieden hat (vgl Urteile des Senats vom 17. April 1986 - 7 RAr 127/84 - und 29. September 1987 - 7 RAr 22/86 -; BSG SozR 1300 § 45 Nr 34; Urteil des Senats vom 24. August 1988 - 7 RAr 53/86 - zur Veröffentlichung vorgesehen).

Nach § 45 Abs 1 SGB 10 darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Ob dem Kläger, wie das LSG meint, ein Anspruch auf Alg nicht zustand, weil er die hierfür gemäß § 100 Abs 1 AFG erforderliche Anwartschaftszeit nicht erfüllt hatte und der Bewilligungsbescheid vom 26. Februar 1985 bereits aus diesem Grunde rechtswidrig war, läßt sich aufgrund der bisher getroffenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat (§ 104 Abs 1 Satz 1 AFG). Die Rahmenfrist beträgt 3 Jahre (§ 104 Abs 3 AFG) und geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind (§ 104 Abs 2 AFG). Die Anwartschaftszeit für den ab 4. Februar 1985 geltend gemachten Anspruch auf Alg hätte der Kläger daher nur erfüllt,



wenn er in der Zeit vom 4. Februar 1982 bis 3. Februar 1985 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hätte. Ob die in dieser Rahmenfrist ausgeübte Tätigkeit als Betriebsleiter beitragspflichtig iS von § 168 AFG war, läßt sich den tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht entnehmen. Hierauf kommt es aber an; denn andere Umstände ersetzen insoweit die fehlende Anwartschaftszeit nicht.

Daß für den Kläger Beiträge zur Beklagten an die Einzugsstelle entrichtet worden sind, ist, wie das LSG zutreffend erkannt hat, für den geltend gemachten Anspruch auf Alg unerheblich. Nach den §§ 100, 104 AFG hängt die Anwartschaft als Voraussetzung für den Anspruch auf Alg allein von ihrer Art nach die Anwartschaft begründenden beitragspflichtigen Beschäftigungen ab, nicht dagegen von der Entrichtung von Beiträgen. Eine Formalversicherung, wie sie in der gesetzlichen Krankenversicherung für den Fall vorgesehen ist, daß die Krankenkasse für eine Person nach vorschriftsmäßiger und nicht vorsätzlich unrichtiger Anmeldung drei Monate ununterbrochen und unbeanstandet Beiträge angenommen hat, obwohl die Person weder versicherungspflichtig noch versicherungsberechtigt gewesen ist (vgl §§ 213, 315 Reichsversicherungsordnung), kennt das AFG nicht, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 14/86 - des näheren entschieden hat. Das BSG hat daher zum AFG (wie schon früher zum AVAVG) in Übereinstimmung mit dem Schrifttum stets die Ansicht vertreten, daß, wenn es an der anwartschaftsbegründenden beitrags- bzw versicherungspflichtigen Beschäftigung mangelt, weder die fehlerhafte Entrichtung von Beiträgen noch die widerspruchslose Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle den Anspruch auf die Versicherungsleistung aus der Arbeitslosenversicherung begründet (BSGE 44, 193, 197 = SozR 4100 § 118 Nr 4; BSGE 49, 22, 28 f = SozR 4100 § 168 Nr 10; BSG SozR 4100 § 102 Nr 6 und § 168 Nr 16; Urteil des Senats vom 29. Oktober 1986 - 7 RAr 43/85 -; BSG-Urteil vom 28. April 1987 - 12 RK 47/85 - und Urteil des Senats vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 14/86 -; vgl zum früheren Recht BSGE 13, 98, 101 = SozR Nr 1 zu § 75a AVAVG aF). Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung und der Regelungsgeschichte besteht kein Anlaß, hiervon abzugehen.

Ersetzt aber die Beitragsentrichtung die fehlende beitragspflichtige abhängige Beschäftigung nicht, kann auch ein Vertrauen des Betroffenen, aufgrund der Beitragsentrichtung bzw der widerspruchslosen Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert zu sein, nicht geschützt sein. Es ist daher unerheblich, ob der Kläger darauf vertraut hat, aufgrund der von ihm entrichteten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit Anspruch auf Alg zu haben. Das gilt auch für den Fall, daß ihm bereits bei unveränderter Sachlage früher Alg aufgrund seiner Beschäftigung als Betriebsleiter bewilligt worden ist. Hiernach kann der Kläger, wenn die übrigen Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung des Alg vorliegen, nur dann



einen Anspruch auf diese Leistung haben, wenn die in der Rahmenfrist ausgeübte Tätigkeit, hier also vornehmlich die als Betriebsleiter in der Zeit von Mai 1983 bis Januar 1985 beitragspflichtig iS des § 168 AFG war.

Beitragspflichtig sind nach dieser Vorschrift Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer). Arbeitnehmer in diesem Sinne ist, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Das bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in bezug auf Art, Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Auch wenn das Weisungsrecht, vor allem bei Diensten höherer Art, erheblich eingeschränkt sein kann, darf es nicht vollständig entfallen. Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsart, Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen. Ergeben die Ermittlungen keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, ist das bisherige Berufsleben als weiteres Indiz heranzuziehen (BSG SozR 2100 § 7 Nr 7 mwN). Die tatsächlichen Feststellungen des LSG lassen eine solche Wertung nicht zu.

Welche vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Kläger und der GmbH hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung getroffen worden waren und ob diese vertragliche Gestaltung den tatsächlichen Verhältnissen entsprach, hat das LSG nicht festgestellt.

Es hat es zunächst für bedeutsam gehalten, daß der Kläger bereits in der Vergangenheit an Firmengründungen und -beteiligungen, vornehmlich auf dem Bausektor, maßgeblich mitgewirkt hat und hierbei Geschäftsführer oder Betriebsleiter, aber auch Gesellschafter gewesen ist. Damit verkennt das LSG jedoch, daß es für die Frage, ob der Kläger Arbeitnehmer bei der Firma J. Bau GmbH war, auf die Verhältnisse in dem Betrieb dieser Gesellschaft ankommt, wie der Kläger zutreffend bemängelt hat. Die Aktivitäten des Klägers, auf die das LSG abstellt, lagen in der Vergangenheit. Sie können allenfalls als Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit gewertet werden, wenn die Ermittlungen keine eindeutige Antwort auf die Frage ergeben, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt (BSG SozR 2100 § 7 Nr 7). Der Umstand, daß die J. Bau GmbH den Namen des Klägers trägt, mag zwar für sein unternehmerisches Interesse sprechen. Indes läßt dies nicht den Schluß zu, daß der Kläger nicht in den Betrieb der GmbH eingegliedert war und einem Weisungsrecht der Geschäftsführerin hinsichtlich Art, Zeit, Ort und Dauer der Arbeitsausführung nicht unterlag. Abgesehen davon



kann die GmbH auch den Familiennamen der Ehefrau geführt haben. Der Umstand, daß die Ehefrau des Klägers Geschäftsführerin und alleinige Gesellschafterin der GmbH war, besagt nichts darüber, ob der Kläger fremdbestimmte Arbeit geleistet hat. Das gilt auch im Hinblick darauf, daß der Kläger seine Gehaltsansprüche zur Sicherung einer Darlehensforderung, die seine Tochter gegenüber der GmbH hatte, abgetreten hat. Wenn, wie das LSG meint, dadurch verdeutlicht wird, daß das Unternehmensschicksal für den Kläger von wesentlich größerer Bedeutung gewesen sei als bei einem Dienstverhältnis in einem "Fremdbetrieb", dann ist dies schon wegen der damit verbundenen familiären Beziehungen verständlich. Es besagt jedoch nichts darüber, daß der Kläger ein Unternehmensrisiko tragen wollte. Das folgt im übrigen auch nicht daraus, daß der Kläger nach dem Arbeitsvertrag Anspruch auf eine Jahreserfolgsprämie in Höhe von 3 % des Geschäftsgewinns hatte. Ein Unternehmensrisiko hätte er nur dann getragen, wenn er auch am Verlust beteiligt gewesen wäre. Das war nach den Feststellungen des LSG jedoch nicht der Fall. Auch der Umstand, daß verschiedene Bestimmungen des Arbeitsvertrages normalerweise unüblich sind, wie die Regelung der Kündigung in § 7 des Arbeitsvertrages, besagt nicht, daß der Kläger eine selbständige Tätigkeit ausgeführt hat.

Auf das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit kann zwar hindeuten, daß er als Betriebsleiter der alleinige Fachmann gewesen ist, der fachmännische Ratschläge erteilen und in dieser Hinsicht die Unternehmensleitung beeinflussen konnte. Daß die Ehefrau des Klägers insoweit auf ihn angewiesen war, bestreitet der Kläger auch nicht. Das ist jedoch nur dann erheblich, wenn der Kläger aufgrund dieser Stellung die Geschicke der GmbH insgesamt geleitet, die Verfügungsgewalt über die eigene Arbeitskraft besessen und die Möglichkeit gehabt hätte, frei über Art, Ort und Zeit der von ihm zu leistenden Arbeit zu verfügen. Erst wenn die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, daß der Kläger faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hat, ohne daß ihn seine Ehefrau als Alleingesellschafterin und Geschäftsführerinweisend beeinflußt oder gar daran gehindert hat, fehlt es an der für eine beitragspflichtige Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit. Hierzu hat das LSG keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Auf solche kommt es möglicherweise für die gesamte Zeit der Rahmenfrist an, falls die letzte Beschäftigung aufgrund des Arbeitsvertrags vom 28. Januar 1984 beitragsfrei gewesen sein sollte.

Sollte das LSG zu dem Ergebnis gelangen, daß der Bewilligungsbescheid vom 26. Februar 1985 rechtswidrig ist, dann reichen die bisherigen Feststellungen nicht aus, um seine Rücknahme für die Vergangenheit zu rechtfertigen. Der Umstand, daß dem Kläger die Mitteilung vom 25. März 1985 über die vorläufige Einstellung der Zahlung des Alg zugegangen ist, läßt den Schluß nicht zu, er habe die Rechtswidrigkeit des Bewilli-



gungsbescheides gekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt, was gemäß § 45 Abs 4 Satz 1 iVm Abs 2 Satz 3 SGB 10 für die Rücknahme des Verwaltungsaktes für die Vergangenheit erforderlich ist. Insoweit hat das LSG offensichtlich die Begriffe der Kenntnis und der groben Fahrlässigkeit verkannt. Kenntnis der Rechtswidrigkeit bedeutet, daß der Kläger positiv gewußt hat, daß der Bescheid rechtswidrig war. Allein aus dem Umstand, daß die Beklagte die Zahlung des Alg vorläufig eingestellt hat, läßt sich ein solcher Schluß nicht ziehen. Wenn der Kläger von der - möglichen - Rechtswidrigkeit des Bewilligungsbescheides keine Kenntnis gehabt haben sollte, so wäre diese Unkenntnis dann grob fahrlässig, wenn er aufgrund einfachster und naheliegender Überlegungen sicher hätte erkennen können, daß der Bescheid rechtswidrig war (BSG SozR 1300 § 48 Nr 39). Hierzu gibt der Umstand, daß dem Kläger die Mitteilung über die vorläufige Einstellung der Zahlung von Alg zugegangen ist, nichts her. Es bedarf insoweit gegebenenfalls noch weiterer tatsächlicher Feststellungen und Würdigungen.

Da der Senat die hiernach erforderlichen Ermittlungen nicht selbst durchführen kann, muß gemäß § 170 Abs 2 Satz 2 SGG das angefochtene Urteil auch aus diesen Gründen aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen werden. Dieses wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)