

Minderheitsgesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH gehört zum Kreis der Selbständigen (§ 7 SGB IV);
hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Mecklenburg-Vorpommern vom 22.1.2002 - L 2 AL 17/00 - (Vom Ausgang des Revisionsverfahrens - B 11 AL 25/02 R - wird berichtet.)

Das LSG Mecklenburg-Vorpommern hat mit Urteil vom 22.1.2002 - L 2 AL 17/00 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

Orientierungssatz

Ein Minderheitsgesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH, der gleichberechtigt mit einem oder mehreren Mitgesellschaftern einen kleinen bis mittleren Betrieb führt, ist unter Berücksichtigung der Wechselbezüglichkeit von unternehmerischem Risiko und entsprechender unternehmerischer Gestaltungsmacht dem Kreis der Selbständigen zuzurechnen.

Anlage

Urteil des LSG Mecklenburg-Vorpommern vom 22.1.2002 - L 2 AL 17/00 -

Tatbestand

Streitig ist zwischen den Beteiligten die Aufhebung der Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg).

Der 1937 geborene Kläger war zunächst von 1971 bis 1981 als Bau- bzw. Betriebsleiter tätig und anschließend als Vorsitzender der Produktionsgenossenschaft des Straßenbauhandwerks G in T. Seit Ende 1990 arbeitete er als Geschäftsführer bei der zu diesem Zeitpunkt gegründeten Straßen- und Tiefbau GmbH G in T. Am 08. April 1997 stellte der Kläger einen Antrag auf Gewährung von Alg. Beigefügt war dem Antrag ein Gesellschafterbeschluss vom 21. März 1997 zur Auflösung der o. g. Firma zum 30. April 1997. Zum alleinigen Liquidator wurde der Kläger bestellt. Im Zeitraum von April bis November 1997 wurde dem Kläger in der von diesem selbst am 08. April 1997 unterzeichneten Arbeitsbescheinigung ein monatliches Arbeitsentgelt in Höhe von 5.775,- DM brutto bescheinigt.

Die vertraglichen Beziehungen des Klägers zur Straßen- und Tiefbau GmbH gestalteten sich wie folgt: Im vom Kläger am 30. August 1991 unterzeichneten Anstellungsvertrag (vgl. Bl. 9 - 15 der Beiakte) wurde in § 1 festgehalten, dass der Kläger als Geschäftsführer die Geschäfte der Gesellschaft führt und die verantwortliche Leitung des gesamten Geschäftsbetriebes habe. Die Gesellschaft werde, sobald es die Liquiditätsslage zulasse, eine Direktversicherung in

Form einer Lebensversicherung abschließen. Reisekosten und sonstige Aufwendungen würden gegen Einzelnachweis erstattet. Der private Personenkraftwagen könne für betriebliche Zwecke gegen Leistung der steuerlich zulässigen Höchstsätze zur Verfügung gestellt werden. Im Krankheitsfall werde für die Dauer von 1 Jahr die Differenz zwischen Krankengeld und Festgehalt gezahlt. Die Tantieme werde für jeden vollen Krankheitsmonat um 1/12 gekürzt. Der Kläger sei, auch wenn mehrere Geschäftsführer bestellt seien, allein geschäftsführungs- und allein vertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. In § 7 des Anstellungsvertrages waren als genehmigungspflichtige Geschäfte vorgesehen:

- a) Veräußerung von wesentlichen Teilen des Unternehmens oder des Unternehmens im Ganzen
- b) Aufnahme eines neuen Geschäftszweiges
- c) Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen
- d) Erwerb, Belastung oder Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten
- e) Neubauten, Umbauten oder Neuanschaffungen von Gegenständen des Anlagevermögens, soweit die Aufwendungen im Einzelfall 10.000,- DM übersteigen
- f) Inanspruchnahme oder Gewährung von Krediten, soweit sie im Einzelfall 10.000,- DM übersteigen, ausgenommen hiervon sind die üblichen Kunden- und Lieferantenkredite
- g) Abschluss von Miet- und Pachtverträgen für die Dauer von mehr als 1 Jahr oder mit einer monatlichen Verpflichtung von mehr als 5.000,- DM
- h) Erteilung und Widerruf von Prokuren.

Eine Bindung an bestimmte Arbeitszeiten war nicht vorgesehen, der Kläger hatte nach § 8 des Anstellungsvertrages jedoch jederzeit zur Verfügung zu stehen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erforderte. Der Vertrag begann am 01. Januar 1991 und konnte erstmals zum 31. Dezember 1996 gekündigt werden. Weiterhin war neben einem angestrebten Monatsbruttogehalt von 7.000,- DM (bei Vertragsbeginn 4.200,- DM) sowie einer Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Monatsgehaltes eine Tantieme in Höhe von 5 % des Jahresüberschusses beabsichtigt.

In dem am 23. November 1990 abgeschlossenen GmbH-Gesellschaftsvertrag (vgl. Bl. 29 - 41 der Beiakte) haben der Kläger sowie Herr Manfred He , Herr Jürgen Dä und Herr Peter Br je 1/4 (15.000,- DM) des in Höhe von 60.000,00 DM vereinbarten Stammkapitals übernommen. In jedem Geschäftsjahr war eine ordentliche Gesellschafterversammlung zur Entgegennahme des Berichtes der Geschäftsführung, zur Feststellung des Jahresabschlusses, zur Beschlussfassung über die Ergebnisverwertung und Entlastung der Geschäftsführung vorgesehen. Die Gesellschafterbeschlüsse wurden mit einfacher Mehrheit gefasst.

Am 12. Februar 1992 verkaufte der Gesellschafter Jürgen Dä seinen Gesellschaftsanteil für einen Kaufpreis von 20.000,- DM an Herrn Ulf De . Letzterer übertrug seinen Geschäftsanteil am 18. August 1994 wiederum an Herrn Hans Bo . Der Gesellschafter Peter Br veräußerte am 23. Dezember 1994 seinen Geschäftsanteil an Herrn Karsten Be

Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung (vgl. Bl. 42/43 der Beiakte) gab der Kläger u. a. an, dass die Gestaltung der Tätigkeit von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig gewesen sei. Während die regelmäßige wöchentliche Arbeits-

zeit 39 Stunden betragen habe, habe die tatsächliche durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit 50 Stunden betragen.

Mit Bescheid vom 12. Mai 1997 wurde der Antrag des Klägers auf Gewährung von Alg zunächst wegen fehlender Erfüllung der Anwartschaftszeit infolge Fehlens einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung ablehnend beschieden. Nach erfolgter Widerspruchseinlegung wurde dem Kläger ab dem 01. Mai 1997 Alg unter Berücksichtigung eines monatlichen Bruttoarbeitsentgeltes von 5.775,- DM und der Leistungsgruppe C/0 für eine Anspruchsdauer von 832 Tagen bewilligt (vgl. Alg-Verfügung vom 08. September 1997).

Mit Bescheid vom 16. Juni 1997 wurde von der Innungskrankenkasse Mecklenburg-Vorpommern (Beigeladene) zwischenzeitlich die Feststellung getroffen, dass beim Kläger hinsichtlich seiner Tätigkeit ab 01. Januar 1991 nicht von einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen werden könne. In dem Fragebogen der IKK zur versicherungsrechtlichen Beurteilung hatte der Kläger am 22. Mai 1997 angegeben, hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung nicht wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Gesellschaft unterworfen gewesen zu sein.

Mit Schreiben vom 11. November 1997 wurde dem Kläger binnen 2 Wochen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, dass die begünstigende Entscheidung zum 01. Mai 1997 möglicherweise rechtswidrig gewesen sei, da keine beitragspflichtige Beschäftigung vorgelegen habe. Sollte im Fall einer Aufhebung/Rücknahme eine Angewiesenheit auf Sozialhilfeleistungen bestehen, werde um einen entsprechenden Nachweis gebeten. Hierauf reagierte der Prozessbevollmächtigte des Klägers dahingehend, dass Gründe, die eine Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsaktes vom 08. September 1997 rechtfertigen könnten, nicht vorliegen würden.

Mit Bescheid vom 27. November 1997 wurde die Leistungsbewilligung ab dem 30. November 1997 eingestellt. Mit weite-

ren Rücknahme- und Erstattungsbescheiden vom 08. Januar 1998 wurde die Bewilligung von Alg für den Zeitraum vom 01. Mai bis 29. November 1997 aufgehoben und eine Erstattung in Höhe von 15.510 DM nebst Kranken- und Pflegeversicherungsbeiträgen in Höhe von insgesamt 5.128,- DM geltend gemacht. Hiergegen wurde am 05. Dezember 1997 und 16. Januar 1998 mit dem Argument Widerspruch eingelegt, dass eine Rechtsgrundlage für die Rücknahme nicht ersichtlich sei.

Im Verlaufe des Vorverfahrens äußerte sich der Mitgesellschafter Be am 14. Mai 1998 dahingehend, dass der Kläger während seiner Beschäftigung bei der Straßen- und Tiefbau GmbH hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung dem Weisungsrecht der Gesellschafter in der Praxis tatsächlich unterworfen gewesen sei (Bl. 139 der Beiakte).

Mit Änderungsbescheid vom 04. August 1998 wurde die Bewilligung vom 08. September 1997 ab dem 08. August 1998 mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen. Der ergangene Rücknahme- und Erstattungsbescheid vom 08. Januar 1998 werde hiermit aufgehoben; es bestehe keine Rückzahlungspflicht. Für den Zeitraum vom 01. Dezember 1997 bis 07. August 1998 werde eine entsprechende Nachzahlung erfolgen. Bei der Rücknahme der Bewilligungsentscheidung, die im Ermessen stehe, seien Gesichtspunkte, die das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung rechtmäßiger Verhältnisse zurücktreten lassen könnten, nicht bekannt. Mit weiteren Bescheiden vom 06. August 1998 wurde dem Kläger daraufhin Alg bis zum 07. August 1998 bewilligt.

Mit Widerspruchsbescheid vom 10. September 1998 wurde der Widerspruch im übrigen als unbegründet zurückgewiesen. Unter Würdigung aller Umstände habe das Arbeitsamt seine bereits vorgenommene Einschätzung korrigieren und in Übereinstimmung mit der Auffassung der Beigeladenen sowie des Landesarbeitsamtes zur Auffassung gelangen müssen, dass eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung nicht vorgelegen habe. Da nicht davon auszugehen sei, dass der Kläger

die Rechtswidrigkeit der Abhilfeentscheidung erkannt hatte, sei von einer Rücknahme der Bewilligungsentscheidung mit Wirkung für die Vergangenheit Abstand genommen worden. Es sei jedoch zu prüfen gewesen, ob die Rücknahme für die Zukunft gerechtfertigt sei. Obgleich vermutet werden könne, dass der Kläger auch weiterhin auf den Bestand des ihn im erheblichen Maße rechtswidrig begünstigenden Verwaltungsaktes vertraue, könne ihm ein Schutz dieses Vertrauens über den 07. August 1998 nicht zugebilligt werden. Mit Schreiben vom 11. November 1997 sei er über die Rechtswidrigkeit der Leistungsgewährung in Kenntnis gesetzt worden. Mit diesem Schreiben sei er auch aufgefordert worden, sämtliche Umstände, die aus seiner Sicht einer Rücknahme der Leistungsbewilligung entgegenstehen, dem Arbeitsamt darzulegen. Diese Gelegenheit sei jedoch nicht ergriffen worden. Insofern könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger über den 07. August 1998 hinaus eine Vermögensdisposition getroffen habe. In seiner Ermessensausübung habe das Arbeitsamt Rostock die Frage gewürdigt, ob die Rücknahme der Leistungsbewilligung mit Wirkung vom 08. August 1998 zu einer schwerwiegenden Schmälerung der Existenzgrundlage, eventuell zum Eintritt einer Hilfebedürftigkeit im Sinne des Bundessozialhilfegesetzes führen würde. Auch dies sei durch den Kläger nicht dargelegt worden und müsse insofern unberücksichtigt bleiben. Zwar habe das Arbeitsamt die mit der Rücknahme der Leistungsbewilligung verbundene wirtschaftliche Belastung erkannt, sei jedoch zutreffend zu der Einschätzung gelangt, dass eine solche im Hinblick auf das öffentliche Interesse an einer Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes zurücktreten müsse.

Hiergegen hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers am 06. Oktober 1998 Klage vor dem Sozialgericht Rostock erhoben. Die Firma "G" GmbH sei aus der ehemaligen Produktionsgenossenschaft des Straßenbauhandwerks G mit Sitz in T durch Umwandlung hervorgegangen (vgl. Bl. 10 - 13 GA). An dieser Gesellschaft sei der Kläger zu 25% als Gesellschafter beteiligt gewesen, ohne eine Sperrminorität

inne zu haben. Er habe die tariflich vorgesehene Arbeitszeit von 39 Stunden wöchentlich abgeleistet und dabei dem Weisungs- und Direktionsrechts der Gesellschaft unterlegen. Der Kläger habe zu diesem Zeitpunkt nicht über weitergehende Branchenkenntnisse als die übrigen Gesellschafter verfügt. Es seien über Jahre Beiträge zur Arbeitslosenversicherung geleistet worden. Neben dem Zeugen Be habe auch Herr Bo gegenüber dem Arbeitsamt Rostock bestätigt, dass der Kläger dem Weisungsrecht der Gesellschafter unterworfen gewesen sei (Bl. 26 GA), so dass dieser die Anwartschaftszeit erfüllt habe. Die Wirklichkeit habe zur formularmäßigen Bestimmung im Anstellungsvertrag entgegengesetzt ausgesehen. Einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschichte der Gesellschaft im Sinne der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) habe der Kläger nicht inne gehabt. Der Kläger sei nicht als "Kopf und Seele" des Betriebes anzusehen, sondern habe gleichberechtigt mit anderen Gesellschafter auf einer Stufe gestanden. Hinsichtlich der Beschreibung der Tätigkeit durch den Kläger wird auf die Sitzungsniederschrift vor dem SG Rostock vom 16.02.2000 verwiesen.

Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger unter Aufhebung des Bescheides vom 08. Januar 1998 abgeändert durch Bescheid vom 04. August 1998 in der Form des Widerspruchsbescheides vom 10. September 1998, ab dem 08. August 1998 weiter Arbeitslosengeld zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat weiterhin die Auffassung vertreten, dass der Kläger nicht weisungsgebunden gewesen sei. Dem Anstellungsvertrag könne eine Weisungsgebundenheit nicht entnommen werden. Auch durch die Gesellschaft sei ein Weisungsrecht nicht

ausgeübt worden. Die in § 7 des Anstellungsvertrages verankerten Beschränkungen begründeten keine Weisungsgebundenheit, sondern schränkten lediglich die Sachentscheidungsbezugnis des Klägers als Geschäftsführer ein.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Das Sozialgericht Rostock hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen He und Bo. Der Zeuge He hat sich dahingehend geäußert, dass er sich an die Häufigkeit von Gesellschafterversammlungen nicht erinnern könne, ihm aber lediglich 3 Versammlungen bewusst seien. In 2 Fällen sei es hierbei um den Jahresabschluss und einmal um einen Grundstückskauf gegangen. Der Kläger sei der Chef gewesen und habe die Aufträge reingeholt wie auch die Angebote abgegeben. Er habe auch die Arbeiten zugewiesen. Mit ihm habe der Kläger nicht über die Einzelheiten der Geschäftsführung geredet. Über Gesellschafterbeschlüsse während seiner langandauernden Krankschreibung (78 Wochen) sei er nicht informiert worden.

Der Zeuge Bo hat erklärt, es habe seit dem Zeitpunkt, seit er Mitgesellschafter gewesen sei, Gesellschafterversammlungen und Beratungsgespräche mit den Gesellschaftern gegeben. In den Gesprächen sei über betriebliche Notwendigkeiten beraten und zum Teil auch abgestimmt worden; die Ausführung habe dann dem Kläger obliegen. Es sei seinerzeit angedacht worden, Herrn Be neben dem Kläger zum Geschäftsführer zu bestimmen. Diese beiden hätten auch einige Zeit in einem Büro gearbeitet, letztendlich sei es zur Bestellung aber nicht gekommen.

Mit Urteil vom 16. Februar 2000 hat das Sozialgericht Rostock die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen, auf welche ergänzend Bezug genommen wird, wurde ausgeführt, der Anstellungsvertrag des Klägers sei derart ausgestaltet gewesen, dass dieser bis auf wenige genehmigungspflichtige Geschäfte die Firma habe weitgehend selbständig und wei-

sungsfrei führen können. Auch habe der Zeuge He glaubhaft ausgesagt, dass der Kläger der Chef gewesen sei und er selbst sich gar nicht in der Lage gefühlt habe "mitzureden". Die vom Kläger angeführten Gesellschaftsversammlungen, die zum Teil monatlich stattgefunden haben sollten, um Angelegenheiten der Geschäftsführung zu erörtern, sehe das Gericht nicht als erwiesen an. In den tatsächlichen Verhältnissen sei auch keine entscheidende Änderung durch die Berufung des Herrn De als Geschäftsführer und die spätere Übertragung von Gesellschaftsanteilen an Gesellschafter eingetreten, die nicht mehr Arbeitnehmer der GmbH gewesen seien. Hierdurch seien dem Kläger keine wesentlichen Sachentscheidungsbefugnisse entzogen worden.

Gegen das am 13. März 2000 zugestellte Urteil ist am 30. März 2000 Berufung vor dem Landessozialgericht Mecklenburg-Vorpommern eingelegt worden. Der Kläger habe entgegen der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts nur eine weisungsgebundene Geschäftsführungsbefugnis inne gehabt. Die tatsächliche Arbeitszeit des Klägers habe sich regelmäßig auf die tarifliche Arbeitszeit von 39 Stunden wöchentlich belaufen. Ferner habe der Kläger der Gesellschaft jederzeit, soweit es das Wohl der Gesellschaft erfordert habe, dieser zur Verfügung zu stehen gehabt. Das Arbeitsentgelt sei tarifvertraglich gestaltet gewesen. Die Zeugenaussagen der Herren He und Bo seien wertlos, da diese nicht in ihrer Eigenschaft als Mitgesellschafter sondern als Arbeitnehmer befragt worden seien. Die meisten Aufträge habe der Kläger nur nach Zustimmung seiner Mitgesellschafter erledigt, so dass im Vordergrund der Gespräche/Gesellschafter-versammlungen nicht die Koordination verschiedener Arbeitsbereiche, sondern eine Beschränkung der Sachentscheidungsbefugnis des Klägers als Geschäftsführer gestanden habe. Selbstverständlich könne ein Geschäftsführer nicht im Einzelfall konkret den Weisungen in Bezug auf Dauer, Zeit und Ort der Geschäftsführung ausgesetzt sein. Im Ergebnis müsse

entscheidend sein, ob der Geschäftsführer ihm unangenehme Entscheidungen der Mitgesellschafter rechtlich mit Erfolg überwinden könne oder nicht. So habe das BSG zum Ausdruck gebracht, dass das Weisungsrecht bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert" sein könne. Selbst wenn jedoch ein rechtswidrig begünstigender Verwaltungsakt vorgelegen haben sollte, sei die vorgenommene Rücknahme der Alg-Bewilligung rechtswidrig, da das Vertrauen des Klägers auf den Bestand schutzwürdig sei und die Beklagte keine ausreichenden Ermessenserwägungen angestellt habe. Der Kläger habe 7 Jahre lang Sozialversicherungsbeiträge geleistet, ohne dass eine Arbeitnehmertätigkeit in Frage gestellt worden sei, so dass sich ein Vertrauenstatbestand aufgebaut habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Rostock vom 16. Februar 2000 und die Bescheide der Beklagten vom 27. November 1997, 08. Januar 1998 und 04. August 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. September 1998 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hat sich zur Begründung auf die ihrer Ansicht nach zutreffenden Ausführungen der erstinstanzlichen Entscheidung bezogen.

Die Beigeladene beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat noch das Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 02. Oktober 1991 beigezogen (vgl. Bl. 111 - 113

GA). Weitere Gesellschafterprotokolle wurden nicht zu den Akten gereicht.

Der Senat hat Beweis erhoben zur Stellung des Klägers bei der Straßen- und Tiefbau GmbH G T durch Vernehmung der früheren Mitgesellschafter Be , Br und D

Hinsichtlich des Inhaltes der Zeugenaussagen des Herrn Be , Herrn Br sowie Herrn Dä wird auf die Sitzungsniederschrift der mündlichen Verhandlung vor dem Landessozialgericht Mecklenburg-Vorpommern verwiesen.

Die Verwaltungsakte der Beklagten (Stamm-Nr.:) sowie die Gerichtsakte sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. Auf ihren Inhalt wird zur Ergänzung des Sachverhaltes Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die statthafte, form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig, jedoch unbegründet. Der Kläger ist durch die streitgegenständlichen Bescheide vom 27. November 1997, 08. Januar 1998 und 04. August 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. September 1998 nicht beschwert i. S. des § 54 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG).

Soweit ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet hat, rechtswidrig ist, darf er, auch nach dem er unanfechtbar geworden ist, unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden (§ 45 Abs. 1 SGB X)

Gemäß § 100 Abs. 1 AFG hat Anspruch auf Alg, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat.

Der Kläger hat sich arbeitslos gemeldet und Alg beantragt. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Rücknahmeentscheidung der Bewilligung des Alg zum 08. August 1998 nicht mehr arbeitslos gewesen ist.

Die erforderliche Anwartschaftszeit von 360 Kalendertagen ist jedoch nicht erfüllt, da der Kläger in der 3jährigen Rahmenfrist (§ 103 Abs. 3 1. Halbsatz AFG) vom 01. Mai 1994 bis 30. April 1997 nicht als Arbeitnehmer beschäftigt war.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (vgl. u. a. Urteil vom 29. Juli 1992, Az.: 10 RAR 9/81 SozR 4100 § 141 b AFG Nr. 24) gelten für die Abgrenzung des Begriffs des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber grundsätzlich die Abgrenzungsmerkmale, wie sie in den Vorschriften über die Bei-

tragspflicht nach den § 176 - 186 AFG verwendet worden sind. Nach § 186 Abs. 1 Satz 1 AFG sind beitragspflichtig Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer). Diese Legaldefinition wird ergänzt u. a. durch § 173 a AFG, der für die Beitragspflicht auch der Arbeitnehmer auf die Vorschriften des SGB IV u.a. über die Beschäftigung und das Arbeitsentgelt verweist und die entsprechende Anwendung anordnet. Nach § 7 SGB IV ist Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Arbeitsentgelte sind nach § 14 SGB IV alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer Beschäftigung. Arbeitnehmer sind demnach Personen, die von einem Arbeitgeber persönlich abhängig sind. Persönliche Abhängigkeit erfordert nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung (z.B. BSG - Urteil vom 24. September 1992, Az.: 7 RAR 12/92 SozR 3-4100 § 168 AFG Nr. 8; BSGE 13, 196, 201 f.; BSGE 38, 43, 57; 51, 164, 167). Persönlich abhängig ist bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb demnach derjenige, der in den Betrieb eingegliedert ist und einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, was Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung umfasst (BSGE 13, 196, 197, 201 f; 35, 20, 21). Dieses Weisungsrecht kann allerdings besonders bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt und "zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert" sein, vollständig entfallen darf es jedoch nicht; es muss eine fremdbestimmte Leistung verbleiben, die Dienstleistung als zumindestens in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (BSG SozR 2200 § 1227 Nr. 19). Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebenen Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor. Kenn-

zeichnend für eine selbständige Tätigkeit ist das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über Arbeitsort und Arbeitszeit zu verfügen (BSG a.a.O.). Nach den o. g. Grundsätzen richtet sich auch, ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängig und deshalb beitragspflichtig beschäftigt ist oder nicht (vgl. BSG SozR 4100 § 168 Nr. 16). Er ist weder wegen seiner Organstellung (BSGE 13, 196, 200 - SozR Nr. 5 zu § 1 AVG a.F.) noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt; denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend bleibt daher die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter. Diese Bindung kann nach dem Recht der GmbH in unterschiedlichster Weise ausgestaltet sein. Neben weisungsfreien Geschäftsführern gibt es Geschäftsführer, die durchgehend weisungsgebunden sind; in den letztgenannten Fällen führen die Gesellschafter mit Hilfe des Weisungsrechtes die Geschäfte der GmbH im Wesentlichen selbst. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt hiernach allerdings nicht vor, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft beteiligt ist und allein oder jedenfalls mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH hat das BSG daher verneint, wenn der Geschäftsführer über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt (BSGE 23, 83, 84 f. SozR Nr. 41 zu § 537 a RVO; BSG SozR Nr. 30 zu § 539 RVO). Ebenso ist entschieden worden, wenn der Geschäftsführer über eine Sperminorität verfügt, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft zu verhindern (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 5). Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers hierfür nicht ausreicht, kann ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen sein, wenn der Geschäftsführer hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im wesentlichen weisungsfrei ist und,

wirtschaftlich gesehen, seine Tätigkeit nicht für eine fremdes, sondern für ein eigenes Unternehmen ausübt (vgl. BSG, Urteil vom 09. Februar 1995, Az.: 7 RAR 76/94). Ist der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter einer GmbH, hängt die Entscheidung, ob ein abhängiges, die Versicherungspflicht auslösendes Arbeitsverhältnis vorliegt, somit davon ab, ob er einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft ausübt (BSG, Urteil vom 14. Dezember 1999, Az.: B 2 U 48/98 R).

Die Beurteilung der Arbeitnehmer- oder Selbständigeneigenschaft des (Minderheits-) Gesellschafter/Geschäftsführer einer GmbH bietet regelmäßig Schwierigkeiten, da dessen Tätigkeitsfeld sowohl Merkmale des Kapitalanlegers, des selbständig Tätigen und des Arbeitnehmers in sich vereint.

Stellt man unter Berücksichtigung der obigen Definition darauf ab, ob die Tätigkeit des Klägers nach Zeit, Dauer, Umfang und Ort im Wesentlichen "frei bestimmt" war, so ist nach dem Ergebnis der im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 22. Januar 2002 durchgeführten Beweisaufnahme festzustellen, dass sich dies zwar nicht bejahen lässt, dem Kläger aber insoweit auch keine laufenden Weisungen erteilt wurden.

Nach den glaubhaften und glaubwürdigen Ausführungen der Zeugen Dä , Br und Be wie auch des Klägers selbst haben die Gesellschafter die wesentlichen betrieblichen bzw. unternehmerischen Sachentscheidungen gemeinsam bei täglichen Zusammenkünften sowie monatlich stattfindenden Gesellschafterversammlungen getroffen. Diese Praxis fiel umso leichter, als die (Gründungs-) Gesellschafter ohnehin im täglichen laufenden Kontakt miteinander standen. Auch als später der Zeuge Be als einziger ortsabwesender Gesellschafter für den Zeugen Br in die GmbH eingestiegen war, bestand ständiger telefonischer Kontakt der verschiedenen Gesellschafter zu diesem, wobei vom Zeugen Be die Auffassung zum Ausdruck gebracht wurde,

dass die Firma zu teamorientiert geführt worden sei. Demgegenüber enthalten weder der Gesellschaftsvertrag noch der Geschäftsführervertrag des Klägers Maßgaben über die Ausführung der geschäftlichen Entscheidungen bzw. über die Tätigkeit des Geschäftsführers im Einzelnen. Eine Bindung an bestimmte Arbeitszeiten war nicht vorgesehen, der Kläger hatte nach § 8 des Anstellungsvertrages jedoch jederzeit zur Verfügung zu stehen, wenn und soweit es das Wohl der Gesellschaft erforderte. Dementsprechend hatte der Kläger ursprünglich auch angegeben, dass, obwohl die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit 39 Stunden betrug, die tatsächliche durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit 50 Stunden betragen habe. Diese Aussage zur wöchentlichen Arbeitszeit wurde erst im Verlaufe des Verfahrens relativiert. Legt man die frühere und damit glaubhaftere Aussage des Klägers zu Grunde, ist ein derartiger zeitlicher Einsatz ohne Überstundenausgleich typisch für einen Geschäftsinhaber bzw. Mitinhaber, der auch an dem erhofften Gewinn des Unternehmens partizipiert.

Unabhängig davon erweist sich die Tätigkeit des Klägers überwiegend als diejenige eines Selbständigen, da nach Auffassung des Senates die den Selbständigen kennzeichnende Verbindung eines unternehmerischen Risikos mit einer adäquat unternehmerischen Gestaltungsmacht als ergänzender Beurteilungsmaßstab heranzuziehen ist (in diesem Sinne auch das Bayrische Landessozialgericht, Urteil vom 16. März 2000, L 9 AL 279/97, in Breithaupt 2001, 283 ff). Der Kläger war auf Grund seines Geschäftsanteiles von 25 % erheblich an einen möglichen Gewinn beteiligt. Zudem war zusätzlich an ihn als überwiegend einzigen Geschäftsführer die Auszahlung einer Tantieme in Höhe von 5 % des Jahresüberschusses beabsichtigt.

Nach Auffassung der Klägerseite bedeutet eine einvernehmliche laufende Entscheidungsfindung der Gesellschafter in allen wichtigen geschäftlichen Fragen, dass alle Gesellschafter weisungsabhängig von der Gesamtgesellschaft agieren.

Diese Auffassung kann nicht geteilt werden, da (einvernehmlichen) Entscheidungen von Gesellschaftern zu den wesentlichen betrieblichen bzw. unternehmerischen Fragen bei gleichberechtigtem laufendem Mitwirken kein "Weisungscharakter" zukommt. Es handelt sich vorliegend um einen kleinen bis mittleren, von den wirtschaftlichen Vorgängen her überschaubaren Betrieb (25 bis 35 Arbeitnehmer), dessen Geschäftsanteile auf 4 Personen gleichmäßig verteilt waren. Unter diesen Umständen würde es als künstlich erscheinen, hier das bloße Vorhandensein eines juristischen Unternehmers in Form der GmbH ohne persönlichen Unternehmer anzunehmen. Hinzu kommt, dass nach den Angaben der Zeugen sowie des Klägers selbst auf Grund langjähriger Zusammenarbeit und gegenseitiger Kenntnis aus dem vormaligen Betrieb ein hohes Maß an Vertrauen sowie auch eine identische Auffassung in der Geschäftspolitik bestanden hat, so dass eine einvernehmliche Entscheidungsfindung nicht nur angestrebt wurde, sondern auch keine Schwierigkeiten bot. Ein gleichberechtigtes Mitwirken der Gesellschafter/Geschäftsführer an der laufenden Entscheidungsfindung kann nicht mit der "Weisungsunterworfenheit" eines Arbeitnehmers gleichgesetzt werden. Somit ist die durch Bescheid vom 08. September 1997 erfolgte Alg-Bewilligung rechtswidrig gewesen.

Gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X darf ein rechtswidrig begünstigender Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.

Im vorliegenden Fall kommt eine Rücknahme der rechtswidrigen Bewilligungsentscheidung vom 08. September 1997 für die Vergangenheit - wie von der Beklagten zutreffend ausgeführt wurde - nicht in Betracht, da der Kläger unter Berücksich-

tigung des Verfahrensablaufes die Rechtswidrigkeit der Bewilligungsentscheidung nicht erkennen konnte und insoweit Vertrauensschutz genießt. Da ein vertrauensvernichtender Tatbestand des § 45 Abs. 2 Satz 3 SGB X im Falle des Klägers nicht festzustellen ist, ist des weiteren zu prüfen, inwieweit das Vertrauen des Klägers unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse bei einer Rücknahme des Verwaltungsaktes für die Zukunft schutzwürdig ist.

Mit dem Rücknahmebescheid vom 04. August 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. September 1998 ist der rechtswidrige Verwaltungsakt vom 08. September 1997 mit Wirkung für die Zukunft ab dem 08. August 1998 zurückgenommen worden. Unter Berücksichtigung des Regeltatbestandes der getroffenen Vermögensdisposition (§ 45 Abs. 2 Satz 2 SGB X) ist vorliegend kein Vertrauensschutz des Klägers mit Wirkung für die Zukunft gegeben. Eine nicht rückgängig zu machende Vermögensdisposition macht das Vertrauen nur dann schutzwürdig, wenn sie gutgläubig und nach Erlass des begünstigenden Verwaltungsaktes vorgenommen wurde (Steinwedel in Kasseler Kommentar, Band 2, Stand: 30. April 2000, § 45 SGB X Rz. 48 unter Verweis auf BSGE 59, 206). Anhaltspunkte für die Annahme einer solchen zu berücksichtigenden Vermögensdisposition wurden trotz erfolgter Anhörung und auch im Verlaufe des Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens von der Klägerseite nicht vorgetragen. Im Rahmen der allgemeinen Abwägungsgesichtspunkte der Vertrauensschutzprüfung des § 45 Abs. 2 Satz 1 SGB X ist festzustellen, dass bei einem Verwaltungsakt mit Dauerwirkung zunächst grundsätzlich ein erhöhtes öffentliches Rücknahmeinteresse besteht und eine Vertrauensbetätigung erst bei der ansteigenden und dauerhaften Änderung der Lebensführung aufgrund der Begünstigung möglicherweise angenommen werden kann. Unter Berücksichtigung dieser Abwägungskriterien besteht kein Anhaltspunkt für die Annahme eines Vertrauensschutzes zu Gunsten des Klägers. Auch ein etwaig diesbezüglich zu berücksichtigender langer zeitlicher Abstand zwischen der Bewilligung des Alg (08. September 1997) und der (1.) Rücknahme (27. Novem-

ber 1997) ist nicht gegeben, zumal der Kläger schon mit Schreiben vom 11. November 1997 zur Fehlerhaftigkeit der erfolgten Alg-Bewilligung angehört worden ist.

Seitens der Beklagten wurde auch eine ausreichende Ermessensausübung vorgenommen, denn es wurde von ihr im Verlaufe des Vorverfahrens im Rahmen des Ermessens ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass der Kläger trotz Anfrage sich nicht zu seiner wirtschaftlichen Situation geäußert hatte und insofern wirtschaftliche Gesichtspunkte im Rahmen der Ermessensausübung keine Berücksichtigung finden konnten. Als Nachweis dafür, dass die Verwaltung vor Erlass des Rücknahmebescheides das Ermessen ausgeübt hat, ist in der Regel (lediglich) zu fordern, dass sich die Behörde ihres Ermessensspielraums erkennbar bewusst war, keine besondere Härte beim Betroffenen sieht und entweder weitere Umstände verneint, die nach ihrer Auffassung einer Ausübung des Ermessens zu Gunsten des Klägers nach sich ziehen könnten oder ausführt, dass bestimmte benannte Umstände ein (teilweises) Absehen von der Rücknahme nicht rechtfertigen (Kasseler Kommentar, § 45 SGB X Rz. 56). Diesen Anforderungen ist die Beklagte in den streitgegenständlichen Bescheiden nachgekommen.

Nach alledem konnte die Berufung des Klägers keinen Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Da die Auffassung des Senates, dass ein Minderheitsgesellschafter und Geschäftsführer, der gleichberechtigt mit einem oder mehreren Mitgesellschaftern einen kleinen bis mittleren Betrieb führt, unter Berücksichtigung der Wechselbezüglichkeit von unternehmerischem Risiko und entsprechender unternehmerischer Gestaltungsmacht dem Kreis der Selbständigen zuzurechnen ist, von grundsätzlicher Bedeutung ist, war gemäß § 160 Abs. 2 SGG die Revision zuzulassen.