

## L 10 AL 281/02

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
10  
1. Instanz  
SG Würzburg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 7 AL 34/99  
Datum  
24.04.2002  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 10 AL 281/02  
Datum  
19.08.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 11 AL 255/04 B  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 24.04.2002 wird zurückgewiesen.  
II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.  
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist der Anspruch auf Gewährung von Konkursausfallgeld (Kaug).

Der 1946 geborene Kläger war bis 28.10.1996 mit seiner Lebensgefährtin B. (B.) Gesellschafter der am 18.12.1997 erloschenen Fa. A. Software GmbH (im Folgenden: Fa.A.), die Software entwickelte und vertrieb. Sein Stimmanteil betrug 51 %. Der Kläger war als Prokurist und B. als Geschäftsführerin eingesetzt. Gleichzeitig leitete B. ein Frisörgeschäft, bei dem der Kläger bis 10.06.1996 angestellt war. Mit notariellem Vertrag vom 28.10.1996 übertrug der Kläger, der zuvor die Gesellschaftsanteile der B. übernommen hatte, 90 % der gesamten Anteile der GmbH für 1,00 DM auf die ehemalige Mitarbeiterin der Fa.A., E. H. (H.). H. hatte hierfür der Fa.A. Sicherheiten in Höhe von 300.000,00 DM zur Verfügung zu stellen und löste B. als Geschäftsführerin ab, nachdem sie vom 01.11.1994 bis 31.07.1996 in der Fa.A. als Vertriebsassistentin tätig gewesen war. Beschlüsse der Gesellschaft konnte der Kläger aufgrund seines Anteils von 1/10 verhindern (sog. Sperrminorität, § 10a Abs 3 des Gesellschaftsvertrages vom 28.10.1996). Die Gewinnverteilung der Fa.A. sollte zunächst hälftig erfolgen (Vertrag vom 28.10.1996).

Zum 01.11.1996 schloss H. als Geschäftsführerin der Fa.A. mit dem Kläger einen Anstellungsvertrag, nach dem er eine Grundvergütung von monatlich 8.500,00 DM samt Provision, Beiträgen zu einer Lebensversicherung, eine Direktversicherung sowie eine sechswöchige Kündigungsfrist, ein 13. Monatsgehalt, die Gestellung eines Geschäftswagens und 30 Tage Urlaub beanspruchen konnte. Sein Aufgabengebiet umfasste die Leitung des Verkaufs und Marketings sowie die technische Leitung. Die Urheberrechte aus von ihm entwickelter Software sollten ihm weiterhin zustehen (Vertrag vom 30.06.1995).

Mit Beschluss des Amtsgerichts D. vom 05.09.1997 wurde der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens - gestellt durch die AOK Hessen mit Schreiben vom 15.04.1997 - mangels Masse abgelehnt.

Am 28.10.1997 beantragte der Kläger die Gewährung von Kaug. Lohnansprüche ab März 1997 seien noch offen. Lt. Arbeitsbescheinigung der Fa.A. - ausgestellt von H. - habe der Kläger dort bis 05.06.1997 gearbeitet. Der Kläger führte hierzu aus, er sei nicht Geschäftsführer, sondern lediglich berechtigt gewesen, die Fa.A. im Wege der Einzelprokura zu vertreten. Alleinige Geschäftsführerin und Mehrheitsgesellschafterin sei H. gewesen, die die administrative Führung der Gesellschaft ausgeübt habe (Disposition und Abwicklung des Zahlungsverkehrs, Steuererklärungen, Sozialversicherungsmeldungen, Gehaltsabrechnungen, Einkauf, Verhandlungen mit Banken etc., Buchhaltung). Sie hätte auch Einstellungen und Entlassungen vorgenommen. Sein Arbeitsverhältnis habe er mit Schreiben vom 06.05.1997 fristlos gekündigt, es sei aber im gegenseitigen Einvernehmen bis 05.06.1997 ohne schriftliche Festlegung verlängert worden.

Der bei der Fa.A. angestellte Zeuge H. (Ha.) gab an, sowohl vor als auch nach dem Geschäftsführerwechsel habe er Weisungen vom Kläger erhalten. Er habe den Kläger für den Geschäftsführer gehalten. Dies bestätigte auch der Mitarbeiter M. (M.), der im November 1996 vom Geschäftsführerwechsel erfahren hatte.

Mit Bescheid vom 05.11.1998 und nach Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 30.12.1998 lehnte die Beklagte die Gewährung von Kaug ab. Der Kläger sei auch nach Übertragung der Gesellschaftsanteile "Kopf und Seele" der Fa.A. gewesen und deshalb nicht als

Arbeitnehmer anzusehen. Er habe weiterhin die Geschicke der Gesellschaft geleitet und Arbeitsanweisungen erteilt. Über Ort und Zeit der Arbeitsleistung habe er frei entscheiden können und sei als Geschäftsführer angesehen worden. Er sei gleichzeitig im Frisörbetrieb der B. beschäftigt gewesen. Auch habe er über Firmenkonten und ein Geschäftsfahrzeug eigenmächtig verfügt.

Die dagegen zum Sozialgericht Würzburg (SG) erhobene Klage hat der Kläger damit begründet, aufgrund seiner lediglich 10 %-igen Beteiligung an der Gesellschaft habe er Gesellschafterbeschlüsse nicht verhindern können. H. sei gelernte Industriekauffrau und bereits in der Fa.A. tätig gewesen. Er sei ihr als Geschäftsführer weisungsunterworfen gewesen. Sein Tätigkeitsbereich sei im Anstellungsvertrag genau festgelegt worden und er sei lediglich als Prokurist gegenüber Mitarbeitern der Fa.A. weisungsbefugt gewesen, insbesondere weil er nach dem Anstellungsvertrag die entsprechende Abteilung geleitet habe. Zeit und Ort seiner Beschäftigung seien wegen der Art seiner Tätigkeit nicht festlegbar gewesen. Er sei nicht gleichzeitig im Frisörbetrieb der B. tätig gewesen. Die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung überwögen jedenfalls.

Das SG hat die Zeugen B., H. und Ha. uneidlich vernommen. B. hat erklärt, sie habe von Softwareentwicklung keine Ahnung und sei als Geschäftsführerin in der Fa.A. faktisch nicht tätig gewesen. H. hat angegeben, früher in der Fa.A. als Sekretärin für Organisation, Verwaltung und Schreibaarbeiten zuständig und Assistentin des Geschäftsführers gewesen zu sein. Nach dem 01.11.1996 sei sie im Wesentlichen für die Verwaltung und Büroorganisation und den Schriftverkehr mit Behörden und Sozialversicherungsträgern zuständig gewesen, habe eingekauft und Urlaub gewährt. Gespräche bei Banken habe sie zusammen mit dem Kläger geführt. Bei Übernahme der Gesellschaftsanteile habe sie an eine positive wirtschaftliche Entwicklung geglaubt, habe aber teilweise bestehende Verbindlichkeiten nicht gekannt. Der Kläger sei im Wesentlichen in seinem eigenen Fachbereich tätig gewesen. Der Zeuge Ha. hat ausgeführt, er habe auf seine Nachfrage im Dezember 1996 erfahren, dass H. Gesellschafterin und Geschäftsführerin sei. Eine Änderung in der Firma selbst habe er jedoch nicht bemerkt. Hinsichtlich der weiteren Angaben der Zeugen wird auf die Niederschrift des SG Bezug genommen.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 24.04.2002 abgewiesen. Ein Anspruch auf Kaug bestehe nicht, denn der Kläger sei nicht Arbeitnehmer der Fa.A. gewesen. Vor Übertragung der Gesellschaftsanteile auf H. habe der Kläger in der Fa.A. im Wesentlichen alles gemacht, sei "Kopf und Seele" der Firma gewesen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesellschaftsanteile auf H. übertragen worden seien. Dies sei ein Scheingeschäft gewesen. H. hätte vom Kernbereich des Geschäfts (Softwareentwicklung) keine Kenntnis gehabt. Unverständlich sei auch die Höhe des vereinbarten Grundgehalts und der Provisionen, die, wie der Kläger wusste, den finanziellen Rahmen der Fa.A. sprengen mussten. Ohne den Kläger wäre die Fa.A. nicht lebensfähig gewesen.

Hiergegen hat der Kläger Berufung zum Bayer. Landessozialgericht (BayLSG) eingelegt und zur Begründung vorgetragen: Er habe nach dem 01.11.1996 im Wesentlichen Kundenkontakte gepflegt. Die Softwareentwicklung sei durch weitere Mitarbeiter erfolgt, denen gegenüber er nicht weisungsbefugt gewesen sei. Rechte aus den entwickelten Programmen hätten ihm vor und nach Übertragung der Gesellschaftsanteile zugestanden (Vertrag vom 30.06.1995). Er selbst sei kein Informatiker, so dass er fachliche Weisungen an Ha. nicht hätte erteilen können. Entscheidungsverantwortlichkeit über Personal, Finanzen und Organisation habe er nach dem 01.11.1996 nicht mehr inne gehabt. Sowohl die Krankenkasse als auch das Arbeitsgericht D. hätten ihn als Arbeitnehmer angesehen.

Der Kläger beantragt, das Urteil des SG Würzburg vom 24.04.2002 sowie den Bescheid vom 05.11.1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.12.1998 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, Kaug dem Grunde nach zu gewähren.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des SG für zutreffend. Neben den schriftlichen Vereinbarungen sei auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Es sei nicht erkennbar, dass der Kläger einem Weisungsrecht unterstanden habe, und dieses sei auch nicht ausgeübt worden. Er sei somit Geschäftsführer gewesen.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die beigezogenen Akten des Amtsgerichts D. - 61 N 86/97 -, Arbeitsgerichts D. - 10 Ca 271/96 -, auf die Verwaltungsakte der Beklagten und die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ([§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz -SGG-) ist zulässig, aber nicht begründet. Im Ergebnis zu Recht hat das SG die Klage abgewiesen. Der Bescheid vom 05.11.1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30.12.1998 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Kaug, er stand ab 01.11.1996 in keinem Arbeitsverhältnis.

Anspruch auf Kaug hat ein Arbeitnehmer, der bei Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen seines Arbeitgebers für die letzten der Eröffnung des Konkursverfahrens vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt hat (§ 141b Abs 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz -AFG- in der bis 31.12.1998 geltenden Fassung). Der Eröffnung des Konkursverfahrens steht u.a. die Abweisung des Antrages auf Konkurseröffnung mangels Masse gleich (§ 141b Abs 3 Nr 1 AFG). Das hier maßgebende Konkursereignis ist somit der Beschluss des Amtsgericht D. vom 05.09.1997. Für eine vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit vor Stellung des Konkursantrags fehlen entsprechende Anhaltspunkte (§ 141b Abs 3 Nr 2 AFG). Allein das Fehlen von Geschäftsräumen seit 15.04.1997 - so die Angabe der H. gegenüber dem Konkursgericht - bzw. nicht vorhandenes Vermögen genügen hierfür nicht.

Der Anspruch auf Kaug ist allerdings davon abhängig, dass der Kläger Arbeitnehmer gewesen ist, denn nur dann können ihm gemäß § 141b Abs 1 Satz 1 AFG Ansprüche auf Arbeitsentgelt aus einem Arbeitsverhältnis zustehen. Der Begriff des Arbeitnehmers ist indes in den Vorschriften über das Kaug nicht geregelt. Im Wesentlichen können daher die zu [§ 7](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) und [§ 25](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) entwickelten Abgrenzungsmerkmale herangezogen werden (vgl. Roeder in: Niesel, SGB III, 2.Aufl., § 183 Rdnr 18). Gemäß [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) in der bis 31.12.1998 geltenden Fassung ist Beschäftigung eine nichtselbstständige Tätigkeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Beschäftigung setzt nach der ständigen Rechtsprechung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist (BSG [SozR](#)

[3-2400 § 7 Nr 17](#)). Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#); BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr 8](#)). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht; es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist das Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also im Wesentlichen frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbstständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr 8](#); vgl. zum Ganzen auch: Urteil des erkennenden Senats vom 26.06.2003 - L 10 AL 272/01 -). Ein maßgeblicher rechtlicher oder tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung schließt ein Beschäftigungsverhältnis in diesem Sinne aus, wenn der Gesellschafter damit einzelne Weisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (vgl. hierzu BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 17](#)).

Die Auffassung der Einzugsstelle zur Frage der Arbeitnehmereigenschaft hat dabei keine Bindungswirkung (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr 8](#)). Der Kläger war nicht von seinem Arbeitgeber, der Fa.A., persönlich abhängig. Zunächst hatte er als Gesellschafter maßgebenden Einfluss auf die Willensbildung in der Gesellschaft. Obzwar er lediglich 10 % der Stimmenanteile innehatte, konnte er dennoch ihm unangenehme Beschlüsse der Gesellschaft verhindern, denn diese mussten lt. § 10a Abs 3 des Gesellschaftsvertrages vom 28.10.1996 einstimmig gefasst werden. Ohne Bedeutung bleibt hierbei, dass er selbst keine Beschlüsse durchsetzen oder eine Gesellschaftsversammlung einberufen konnte, denn die bestehenden gesellschaftsrechtlichen, arbeitsvertraglichen und tatsächlichen Strukturen waren von ihm entscheidend prägnant. So nahm er an den wesentlichen Verhandlungen mit Banken teil, den bloßen Schriftverkehr und die Büroorganisation überließ er H., die diese Tätigkeiten im Wesentlichen aber auch während der Zeit ihrer abhängigen Tätigkeit bei der Fa.A. verrichtet hatte. Es handelte sich dabei zwar um notwendige, aber mehr oder weniger nebensächliche Verwaltungstätigkeiten. Die eigentliche Tätigkeit (Softwareentwicklung, Vertrieb) oblag ihm. Zudem war er als Prokurist auch nach außen hin allein vertretungsbefugt. Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass der Kläger selbst angibt, vor dem 01.11.1996 im Wesentlichen alles gemacht zu haben, und dass den Mitarbeitern nach dem 01.11.1996 auch keine Änderung aufgefallen ist. Aufgrund der tatsächlichen Sachlage war es somit für den Kläger ausreichend, eine Sperrminorität zu besitzen, um eine für ihn nachteilige Veränderung zu verhindern.

Allerdings ist er als Angestellter rechtlich an die Weisungen der Geschäftsführerin H. gebunden, denn diese führt die gewöhnlichen Geschäfte (§ 9a Abs 2 des Gesellschaftsvertrages). Diese rechtliche Weisungsgebundenheit, die bereits durch die Art der Tätigkeit des Klägers hinsichtlich Ort und Zeit der Tätigkeit wegen der erforderlichen Kundenbetreuung vor Ort eingeschränkt ist, wird aber durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne dennoch ausscheidet (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 17](#), BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr 22](#)).

Ob eine Überlagerung rechtlich bestehender Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse vorliegt, ist anhand einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Daher kann auch der Umfang der tatsächlichen Einflussnahme der Gesellschafter auf die GmbH von Bedeutung sein, wobei auch an eine mittelbare Beeinflussung durch Verhinderung entsprechender Beschlüsse - beispielsweise Entlastung des Geschäftsführer ([§ 46 Nr 5 GmbH-Gesetz](#)) - zu denken ist (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 17](#)). Diese Einflussnahmemöglichkeit hatte der Kläger aufgrund seiner Sperrminorität und der tatsächlichen Verhältnisse in der Fa.A. (vgl. dazu oben). Gegenüber der Zeit, als der Kläger zwar nicht Geschäftsführer war, aber die eigentliche Geschäftsführerin in der Fa.A., B., faktisch nicht tätig war und er im Wesentlichen alles gemacht hat, hatten die Mitarbeiter nach dem 01.11.1996 keine Änderung bemerkt. Auch konnte H. gegenüber dem Sequester keine Angaben zum Umfang der Handlungsvollmachten des Klägers machen und sie hat lt. dem Sequesterbericht zwischen dem Kläger als Mitarbeiter und den zwei weiteren Arbeitnehmern unterschieden. Die eigentlichen Geschäfte, außer der reinen Verwaltungsarbeit, gehörten zum Aufgabenbereich des Klägers. Lt. Sequesterbericht hat der Kläger auch Forderungen eingezogen. Von einer Aufgabenteilung in dem Sinne, dass der Kläger die technische Leitung, H. die kaufmännische Leitung innehatte, ist deswegen nicht auszugehen, zumal der Kläger auch bei Liquiditätsfragen gegenüber Banken anwesend war und ihm zudem Verkauf und Vertrieb lt. dem Anstellungsvertrag oblag, also ein Teil des kaufmännischen Bereiches. Selbst die Gewinnverteilung (zunächst 50: 50 gemäß Punkt 4 des Kauf- und Abtretungsvertrages zwischen dem Kläger und H.) spricht für einen entscheidenden Einfluss des Klägers.

Nach alledem stand der Kläger als Gesellschafter mit Sperrminorität und faktischer Geschäftsführer nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Fa.A. und hat deshalb keinen Anspruch auf Kaug für noch ausstehende Ansprüche aus seiner Tätigkeit dort. Die Berufung ist somit zurückzuweisen.

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

Gründe, die Revision gemäß [§ 160 Abs 2 Nr 1 und 2 SGG](#) zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2006-01-08