

**L 12 AL 185/00**

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Gelsenkirchen (NRW)  
Aktenzeichen  
S 4 AL 101/99  
Datum  
31.08.2000  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 12 AL 185/00  
Datum  
18.07.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 12 AL 1/01 B  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 31. August 2000 abgeändert und die Klage abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind in beiden Instanzen nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Umstritten ist, ob der Klägerin Arbeitslosengeld zu gewähren ist.

Hierbei geht es vornehmlich um die Frage, ob die Klägerin als Geschäftsführerin der ... GmbH in einem die Versicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis gestanden hat oder nicht.

Die am ...1948 geborene Klägerin war vom 01.01.1987 bis zum 02.02.1998 Geschäftsführerin und Mitgesellschafterin der ... GmbH in R ... Zuletzt betrug ihr Gehalt 12.951 DM im Monat. Vom 03.02.1998 bis 27.07.1999 bezog sie Krankengeld von der TKK R ... Am 27.07.1999 beantragte die Klägerin die Gewährung von Arbeitslosengeld.

Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 13.08.1999, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 01.10.1999, ab. Sie vertrat die Auffassung, die Klägerin habe die Anwartschaftszeit für die Gewährung von Arbeitslosengeld nicht erfüllt. Die Beschäftigung als Geschäftsführerin bei der ... GmbH sei nicht beitragspflichtig zur Arbeitslosenversicherung gewesen.

Die Klägerin hat hiergegen am 07.10.1999 Klage vor dem Sozialgericht in Gelsenkirchen erhoben und vorgetragen: Sie sei als Geschäftsführerin abhängig beschäftigt gewesen. Sie habe eine monatliche Vergütung auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages erhalten. Urlaub habe sie entsprechend den tariflichen Bestimmungen genommen. Sie sei in die Organisationsstruktur der GmbH eingebunden gewesen. Auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages sei es ihr nicht möglich gewesen, Gesellschaftsbeschlüsse zu verhindern bzw. allein durchzusetzen. Sie habe als Angestellte der GmbH den Weisungen durch die Gesellschafterversammlung unterlegen und ihre Beschäftigung nicht frei bestimmt. Der Arbeitsvertrag weise im Übrigen keine Besonderheiten auf und entspreche dem durchschnittlichen Arbeitsvertrag leitender Angestellter. Sie sei in der Firma zuständig gewesen für die Finanzbuchhaltung, den Einkauf und die Rechnungsprüfung. Sie habe den kaufmännischen Bereich erledigt. Darüber hinaus habe sie Verhandlungen mit Nachmietern geführt. Sie habe zwar in dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Gesellschafters einer GmbH die Frage, ob sie wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht der Gesellschaft bzgl. Zeit, Ort und Art der Beschäftigung unterlegen habe, mit "Nein" beantwortet. Dies sei allerdings vor dem Hintergrund des diesem Fragebogen beigefügten Einstellungsvertrages geschehen. Selbstverständlich bestעה zwischen ihr als Geschäftsführerin und einem gewöhnlichen Mitarbeiter ein Unterschied. Darauf habe sich ihre Antwort bezogen. Natürlich habe sie ihre Arbeitszeiten nicht beliebig frei wählen können. Sie habe auch nicht beliebig Urlaub nehmen können. Sie habe sich den Weisungen der Gesellschafterversammlung entsprechend verhalten. Sie habe zwar ein Stimmrecht gehabt, aber mit 25 % keine beherrschende Stellung. Auf den bautechnischen Bereich habe sie überhaupt keinen Einfluss gehabt.

Vor dem Sozialgericht hat die Klägerin beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 13.08.1999 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 01.10.1999 zu verurteilen, ihr Arbeitslosengeld nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten: Die Klägerin sei durch die Gewährung einer Tantieme in Höhe von 8 % und durch die Gewährung einer Bürgschaft an die GmbH in Höhe von 500.000,00 DM mehr als ein normaler Angestellter mit dem Unternehmen verbunden gewesen. Insbesondere durch die Bürgschaftsgewährung sei sie erheblich am unternehmerischen Risiko beteiligt gewesen. Auch habe die Klägerin in einem früher eingereichten Fragebogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung ihrer Tätigkeit selbst angegeben, nicht wie ein fremder Arbeitnehmer bzgl. Zeit, Ort und Art der Beschäftigung dem Direktionsrecht der Gesellschaft unterworfen gewesen zu sein.

Nach ausgiebiger Befragung der Klägerin hat das Sozialgericht der Klage mit Urteil vom 31.08.2000 stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von Arbeitslosengeld nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt: Die Klägerin sei als Geschäftsführerin bei der ... GmbH versicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Damit habe sie die Anwartschaftszeit erfüllt. Die Klägerin habe durch ihre Kapitalbeteiligung von 25 % keine Gesellschafterbeschlüsse verhindern können. Der zeitliche Mehreinsatz und die Gewährung von Tantiemen sei bei leitenden Angestellten normal. Die Gewährung einer Bürgschaft in Höhe von 500.000,00 DM stehe einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis nicht entgegen. Die Klägerin habe glaubhaft versichert, in den Betriebsablauf wie eine abhängige Beschäftigte integriert gewesen zu sein. Sie habe ein geregeltes Gehalt erhalten und habe ihren Urlaub entsprechend dem betrieblichen Erfordernissen mit den Kolleginnen absprechen müssen.

Gegen dieses ihr am 13.09.2000 zugestellte Urteil richtet sich die am 13.10.2000 eingegangene Berufung der Beklagten. Die Beklagte hält das angefochtene Urteil nicht für überzeugend. Die Gewährung einer Bürgschaft über 500.000,00 DM sei arbeitnehmeruntypisch. Auch habe die Beweisaufnahme durch den Senat ergeben, dass die vier Gesellschafter der GmbH alle wichtigen Dinge der GmbH im Einvernehmen geregelt hätten. Anweisungen seien der Klägerin entgegen der Annahme des Sozialgerichtes tatsächlich von der Gesellschafterversammlung nie erteilt worden. Zu den weiteren Einzelheiten der Berufungsbegründung wird auf den Schriftsatz vom 29.11.2000 Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 31.08.2000 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin hält das angefochtene Urteil für zutreffend. Sie betont erneut, dass sie wie jede andere Arbeitnehmerin der GmbH in den Geschäftsbetrieb eingebunden gewesen sei. Aufgrund ihres Stammkapitals von 25 % an der Gesellschaft habe sie auch keinen beherrschenden Einfluss ausüben können.

Der Senat hat die Klägerin zur Art ihrer Tätigkeit in der GmbH gehört. Ferner ist die Schwester der Klägerin und weitere Gesellschafterin, Frau R ..., als Zeugin gehört worden. Beide haben übereinstimmend bekundet, dass alle Gesellschafterbeschlüsse einvernehmlich getroffen worden seien mit Ausnahme der Abberufung der Klägerin als Geschäftsführerin. Weisungen seien an die Klägerin von der Gesellschafterversammlung nicht erteilt worden. Die Gewährung der Bürgschaft sei von den Banken verlangt worden.

Man habe diese im gemeinsamen Interesse abgegeben.

Wegen des genauen Inhalts der Angaben der Klägerin und der Zeugin und weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Niederschrift vom 18.07.2001, den Inhalt der Gerichtsakten und der die Klägerin betreffenden Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen. (Diese Akten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.)

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagte ist begründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Gewährung von Arbeitslosengeld ab den 28.07.1999, weil sie die Anwartschaftszeit nach § 123 Sozialgesetzbuch 3. Buch (SGB III) nicht erfüllt hat. Ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin bei der ... GmbH war nicht versicherungspflichtig. Die angefochtene Verwaltungsentscheidung erweist sich im Ergebnis als zutreffend.

Anspruch auf Arbeitslosengeld haben Arbeitnehmer, die 1. arbeitslos sind, 2. sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und 3. die Anwartschaftszeit erfüllt haben (§ 117 Abs. 1 SGB III). Die Klägerin ist seit dem 28.07.1999 arbeitslos (§§ 118, 119 SGB III). Sie hat sich am 27.07.1999 arbeitslos gemeldet (§ 122 SGB III). Die Klägerin hat jedoch die Anwartschaftszeit nicht erfüllt.

Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in der Rahmenfrist mindestens 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat (§ 123 Satz 1 Nr. 1 SGB III). Gemäß § 124 Abs. 1 SGB III beträgt die Rahmenfrist 3 Jahre und beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld. Innerhalb der Rahmenfrist - 28.07.1996 bis 27.07.1999 - hat die Klägerin nicht mindestens 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden.

Gemäß § 24 Abs. 1 SGB III stehen in einem Versicherungspflichtverhältnis Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind. Versicherungspflichtig sind auch Personen in der Zeit, in der sie von einem Leistungsträger Krankengeld beziehen, wenn sie unmittelbar vor Beginn der Leistung versicherungspflichtig waren (§ 26 Abs. 2 Nr. 1 SGB III). Die Klägerin hat vom 03.02.1998 bis 27.07.1999 Krankengeld bezogen und war zuvor tätig als Geschäftsführerin der ... GmbH. Da es sich bei der Tätigkeit als Geschäftsführerin der ... GmbH nicht um eine versicherungspflichtige Beschäftigung im Sinne § 24 Abs. 1 SGB III handelte, war auch der Krankengeldbezug nicht versicherungspflichtig.

Beitragspflichtiger Arbeitnehmer ist, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf 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 selbstständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko sowie durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, den Arbeitsort und die 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; diese tritt allerdings zurück, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen (vgl. ständige Rechtsprechung des BSG in SozR 3 4100 § 168 Nr. 5 und Nr. 18 mit weiteren Nachweisen, bestätigt zuletzt mit Urteil vom 05.02.1998 - [B 11 AL 71/97 R](#) -). Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beantworten, ob es sich bei der Tätigkeit von Gesellschaftern oder Führungskräften für ihre Gesellschaft um eine abhängige, beitragspflichtige Beschäftigung oder um eine selbstständige Tätigkeit handelt (BSG a.a.O.).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin zu verneinen. Die Klägerin war als Geschäftsführerin zuletzt zu 25 % an der Gesellschaft beteiligt. Dieser Gesellschaftsanteil räumte der Klägerin keinen beherrschenden Anteil über die Gesellschaft ein. Aufgrund des Gesellschaftsvertrages hatte sie mit 25 % keine Sperrminorität und konnte letztlich Gesellschaftsbeschlüsse mit ihren Anteil nicht verhindern oder entscheidend beeinflussen. Das Sozialgericht hat aber aus dieser geringen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zu Unrecht gefolgert, dass dies bereits auf eine abhängige Beschäftigung hindeute. Dies kann so sein. Zwangsläufig ist dies aber nicht. Es kommt vielmehr auf die Gegebenheiten des Einzelfalles an. Das Bundessozialgericht hat in ständiger Rechtsprechung einen die Abhängigkeit ausschließenden beherrschenden Einfluss auch anerkannt, wenn einem Minderheitsgesellschafter als Geschäftsführer tatsächlich in der Gesellschaft mehr Gewicht zukam, als der Gesellschaftsvertrag und der Anstellungsvertrag vorsahen (BSG vom 09.11.1989 - [11 RAr 39/89](#) - [BB 1990, 783](#) ff. m.w.N.). Selbst für den Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung gilt, dass Abhängigkeit nur bejaht werden kann, wenn das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung gegeben ist, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt. Dabei genügt nicht, dass der Geschäftsführer überhaupt an Anweisungen irgendwelcher Art gebunden ist. Denn auch wer sich als Selbständiger zur entgeltlichen Geschäftsbesorgung verpflichtet, muss grundsätzlich Weisungen des Dienstberechtigten beachten. Ist der Geschäftsführer dagegen lediglich bei bestimmten wichtigeren Geschäften in seiner Entscheidungsfreiheit beschränkt, ohne einem für die persönliche Abhängigkeit ausschlaggebenden Direktionsrecht der Gesellschaft in Bezug auf die Ausführung seiner Tätigkeit unterworfen zu sein, so liegt eine abhängige Beschäftigung nicht vor (so wiederholt der 7. Senat des BSG, z. B. Urteil vom 08.12.1987 - [7 RAr 25/86](#) -, zusammenfassend BSG vom 06.02.1992 - [7 RAr 134/90](#) - [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#) sowie vom 21.04.1993 - [11 RAr 67/92](#) - [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Nach Maßgabe dieser Kriterien, war die Klägerin nicht abhängig beschäftigte Arbeitnehmerin der ... GmbH. Die Beweisaufnahme durch den Senat hat ergeben, dass die vier Gesellschafter die Firma als die ihre ansahen und alle Beschlüsse einstimmig erfolgt sind. Weisungen sind an die Klägerin zu keinem Zeitpunkt erteilt worden. Dies haben sowohl die Klägerin selbst bei ihrer Anhörung vor dem Senat als auch die Zeugin R. bekundet. Insbesondere die Zeugin R. hat darauf hingewiesen, dass die vier Gesellschafter die Firma 1987 gegründet haben und seitdem ihr gesamtes Handeln auf das Wohlergehen der GmbH ausgerichtet haben. Keiner wollte durch sein Stimmrecht dem Gesellschaftswohl zuwiderhandeln. Dies war für alle oberstes Gebot und dies ist auch tatsächlich so gehandhabt worden. Sowohl die Klägerin als auch die Zeugin haben in Bezug auf die Gesellschaft immer in der "Wir-Form" gesprochen. Es unterliegt für den Senat keinem Zweifel, dass die vier Gesellschafter alle wichtigen Dinge einvernehmlich geregelt und alles dem Gesellschaftszweck untergeordnet haben. So war es für alle Gesellschafter selbstverständlich, für Darlehnsaufnahmen der Gesellschaft bei Banken mit Bürgschaften selbstschuldnerisch einzutreten. Bei einer Größenordnung von 500.000,00 DM, was immerhin dem Wert einer gutgelegenen Eigentumswohnung bzw. eines Reihenhauses für eine ganze Familie entspricht, ist dies nicht gerade typisch für Arbeitnehmer, denen am Fortbestand ihrer Firma gelegen sein muss. Ein solches Risiko geht in der Regel kein Arbeitnehmer ein, wenn er nicht weitere Interessen am Fortbestand des Unternehmens hat. Damit übernimmt er zu einem erheblichen Teil das Arbeitgeberisiko. Dass die Klägerin praktisch gegen ihren Willen als Geschäftsführerin abberufen worden ist, steht dem gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Die Abberufung erfolgte aus gesundheitlichen Gründen, weil die Klägerin nicht mehr mit ihrer ganzen Kraft für die Gesellschaft tätig sein konnte. Damit spricht jedenfalls in einer Gesamtwürdigung mehr gegen als für die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin, so dass auf die Berufung der Beklagten das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen war.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass für den Anspruch auf Arbeitslosengeld unerheblich ist, ob für die Klägerin Beiträge zur Beklagten an die Einzugsstelle entrichtet worden sind. Nach den gesetzlichen Vorschriften hängt der Anspruch auf diese Leistung allein von einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der Anwartschaftszeit ab, nicht dagegen von der Entrichtung von Beiträgen. Eine Formalversicherung, wie sie in der gesetzlichen Krankenkasse für den Fall vorgesehen ist, dass eine Krankenkasse für eine Person nach vorschriftsmäßiger und nicht vorsätzlich unrichtiger Anmeldung drei Monate unterbrochen und unbeanstandet Beiträge entgegengenommen hat, obwohl die Person weder versicherungspflichtig noch versicherungsberechtigt gewesen ist, kannte das AFG nicht (wegen der weiteren Gründe für die unterschiedliche gesetzliche Regelung für die Arbeitslosenversicherung einerseits und die Krankenversicherung andererseits s. BSG Urteil vom 29.10.1986 - [7 RAr 43/85](#) - S. 14). Das Bundessozialgericht hat daher zum AFG (wie schon früher zum Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung - AVAVG) in Übereinstimmung mit dem Schrifttum stets die Ansicht vertreten, dass weder die fehlerhafte Entrichtung von Beiträgen noch die widerspruchslöse Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle den Anspruch auf die Versicherungsleistung aus der Arbeitslosenversicherung begründet. Dies gilt selbst für Ansprüche aus der Arbeitslosenversicherung, wenn die Einzugsstelle die Beitragspflicht durch Verwaltungsakt festgestellt hat (BSG Urteil vom 06.02.1992 - [7 RAr 134/90](#) - [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#)). Maßgebend ist allein das Vorliegen der anwartschaftsbegründenden beitrags- bzw. versicherungspflichtigen Beschäftigung als solcher (BSG vom 18.04.1991 - [7 RAr 32/90](#) -). Daher kann die Klägerin aus dem Beitragspflichtbescheid der IKK R ... vom 21.05.1997 keine Rechte herleiten. Zu einer Zustimmung der Beklagten hierzu, die gemäß [§ 336 S. 4 SGB III](#) Bindungswirkung entfaltet, ist es jedoch gerade nicht gekommen. Die Beklagte hat die Zustimmung vielmehr zu Recht verweigert (Bescheid vom 17.02.1999, Widerspruchsbescheid vom 13.04.1999).

Die von der Klägerin zu Unrecht entrichteten Beiträge sind für sie nicht verloren. Die Vorschrift des [§ 351 SGB III](#) trägt einer fehlerhaften Beitragsentrichtung durch eine von Amts wegen vorzunehmende Beitragsersatzung Rechnung.

Die Berufung hatte damit Erfolg.

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

Die Revision gegen dieses Urteil wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#) nicht erfüllt sind.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-21