

## L 12 AL 1/04

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 30 AL 97/02  
Datum  
20.11.2003  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 12 AL 1/04  
Datum  
24.11.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 7a AL 50/05 B  
Datum  
-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 20.11.2003 abgeändert und die Klage abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind in beiden Instanzen nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Zahlung von Insolvenzgeld für die Zeit vom 01.05.2001 bis 31.07.2001 in Höhe von 10.219,01 DM (= 5.224,90 Euro) netto.

Der am 00.00.1971 geborene Kläger hat den Beruf eines Elektroinstallateurs erlernt. Er war bei der X KG in C beschäftigt, deren Mehrheitsgesellschafter der Vater des Klägers gewesen ist. Nach der Auflösung der X KG errichtete der Kläger am 14.03.1997 zusammen mit dem inzwischen verstorbenen Herrn I, Herrn T und Herrn F die X GmbH Elektro- und Kabeltechnik mit Sitz in C. Am Gesellschaftskapital in Höhe von 50.000,- DM waren alle vier Gesellschafter mit je 12.500,- DM beteiligt. Der Kläger wurde zum 01.04.1997 zum Geschäftsführer bestellt. Neben dem Kläger war auch Herr F als Geschäftsführer tätig.

Nach § 11 des Gesellschaftsvertrages richtete sich das Stimmrecht in der Gesellschaftsversammlung nach der Höhe des Geschäftsanteils mit der Maßgabe, dass für je 100,- DM eine Stimme verliehen wurde. Beschlüsse der Gesellschaft waren mit einfacher Mehrheit zu fällen. Nur zur Änderung des Gesellschaftsvertrages bzw. zur Auflösung der Gesellschaft war eine Mehrheit von dreiviertel der Stimmen aller Gesellschafter erforderlich.

Nach dem Anstellungsvertrag des Klägers, der dem Anstellungsvertrag des Zeugen F entsprach, hatte der Kläger als Geschäftsführer Anspruch auf ein Jahresgehalt von 72.000,- DM, das in monatlichen Teilbeträgen ausgezahlt wurde (§ 7 Absatz 1 des Anstellungsvertrages). Außerdem hatte er einen Anspruch auf dreißig Arbeitstage bezahlten Urlaub im Geschäftsjahr. Die Lage des Urlaubs hatte er unter Wahrung der Belange des Betriebes und unter Abstimmung mit einem etwaigen weiteren Geschäftsführer einzurichten (§ 9 Absatz 1 des Anstellungsvertrages). Die Abberufung als Geschäftsführer war jederzeit (nur aus wichtigem Grund) zulässig (§ 11 Absatz 6 des Anstellungsvertrages). Für die auf die Beendigung der Tätigkeit folgenden zwei Jahre war gemäß § 6 des Anstellungsvertrages ein Wettbewerbsverbot vereinbart. Gemäß § 3 des Anstellungsvertrages bedurften alle Geschäfte und Maßnahmen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgingen, der ausdrücklichen Einwilligung der Gesellschafterversammlung.

Der Kläger gewährte der GmbH ein Darlehen in Höhe von 50.000,- DM. Desweiteren übernahm er eine Bürgschaft für die U Großhandel GmbH sowie eine Bürgschaft für die S Zeitarbeit GmbH in Höhe von 30.000,- DM bzw. 90.000,- DM.

Am 01.08.2001 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Der Kläger beantragte am 10.08.2001 die Zahlung von Insolvenzgeld für die Zeit vom 01.05.2001 bis 31.07.2001. Zum 15.09.2001 wurde ihm vom Insolvenzverwalter gekündigt. Der Insolvenzverwalter bescheinigte dem Kläger für die Zeit vom 01.05.2001 bis 31.07.2001 ein ausstehendes Netto-Arbeitsentgelt in Höhe von insgesamt 10.219,01 DM.

Mit Bescheid vom 21.08.2001, bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 22.02.2002, lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Gewährung von Insolvenzgeld ab mit der Begründung, er habe nicht als Arbeitnehmer in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden.

Hiergegen hat der Kläger am 02.04.2002 Klage vor dem Sozialgericht Dortmund erhoben. Wegen der Versäumung der Klagefrist wurde ihm

mit Beschluss vom 02.09.2002 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. Zur Begründung seiner Klage hat der Kläger im wesentlichen vorgetragen: Er habe vereinbarungsgemäß mindestens 37,5 Stunden (durchschnittlich jedoch 45 Stunden) gearbeitet. Er sei im Rahmen der Arbeitsplanungen gemäß seinen Fähigkeiten anhand der vorhandenen Aufträge zu bestimmten Tätigkeiten eingeteilt worden, die von ihm zu bestimmten und innerhalb bestimmter Zeiten zu erledigen gewesen seien. Er sei deshalb weisungsgebunden gewesen. Urlaub habe er vor Antritt mit den Urlaubsplänen anderer Mitarbeiter abstimmen und anmelden müssen. Zwar habe er zwei Bürgschaften übernommen. Die Bürgschaft hinsichtlich der U GmbH hätten alle Gesellschafter übernommen. Der Anteil habe circa 30.000,- DM für jeden Gesellschafter betragen. Des Weiteren habe er alleine eine Bürgschaft hinsichtlich der S Zeitarbeit GmbH übernommen. Diese Bürgschaft habe sich auf circa 90.000,- DM belaufen. Hätte er die Bürgschaft bezüglich der S Zeitarbeiter GmbH nicht übernommen, wären die Arbeitnehmer, die die S GmbH der X GmbH zur Verfügung gestellt habe, abgezogen worden. In diesem Fall hätte die X GmbH den Auftrag nicht mehr ausführen können. Die Gewährung des Darlehens und die Übernahme der Bürgschaften seien nur aus Angst um den Arbeitsplatz erfolgt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 21.08.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 22.02.2002 zu verurteilen, ihm Insolvenzgeld nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die angefochtene Verwaltungsentscheidung für rechtmäßig gehalten.

Das Sozialgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen T und F. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 20.11.2003 Bezug genommen.

Da der Kläger seinen Geschäftsführervertrag nicht vorlegen konnte, hat das Sozialgericht den Geschäftsführervertrag des Zeugen F, der dem des Klägers entsprach, beigezogen. Die Beziehung hat der Zeuge F in der mündlichen Verhandlung vom 20.11.2003 genehmigt.

Mit Urteil vom 20.11.2003 hat das Sozialgericht der Klage stattgegeben und die Beklagte unter Aufhebung des angefochtenen Bescheides verurteilt, dem Kläger Insolvenzgeld nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren. Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stehe Insolvenzgeld zu, weil er als Arbeitnehmer der X GmbH anzusehen sei. Aufgrund seiner Beteiligung am Stammkapital sei der Kläger nicht in der Lage gewesen, Beschlüsse der Gesellschaft zu verhindern. Auch die Regelungen des Anstellungsvertrages sprächen für eine abhängige Beschäftigung. Der Kläger habe seine Bezüge und seinen Urlaub wie andere Arbeitnehmer monatlich erhalten. Im Finanz- und Personalbereich habe der Kläger nicht allein entscheiden können. Die vertraglichen Verhältnisse hätten zur Überzeugung der Kammer auch den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen. Einstellungen von Personal seien nur in Absprache aller vier Gesellschafter erfolgt. Die Gewährung eines Darlehens sowie die Übernahme von zwei Bürgschaften reichten nicht aus, um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen. Zwar dürfte sich ein abhängig beschäftigter Geschäftsführer normalerweise nicht dazu bereithalten, über seine Einlage hinaus mit seinem Privatvermögen durch Gewährung eines Darlehens oder Übernahme einer Bürgschaft für die Verbindlichkeit der Gesellschaft zu haften. Vorliegend sei jedoch zu berücksichtigen, dass die Gewährung des Darlehens sowie die Übernahme der Bürgschaft deshalb erfolgt sei, um den Geschäftsbetrieb weiter fortführen zu können und damit letztlich den Arbeitsplatz zu erhalten. Bei dieser Motivlage unterscheide sich der Kläger nicht von einem Angestellten, der bei einem wirtschaftlich angeschlagenen Arbeitgeber beispielsweise durch Hinnahme von Gehaltseinbußen die Firma und damit seinen Arbeitsplatz zu erhalten versucht. Eine selbständige Tätigkeit des Klägers könne damit nicht angenommen werden.

Gegen dieses der Beklagten am 05.12.2003 zugestellte Urteil richtet sich ihre am 02.01.2004 eingegangene Berufung. Die Beklagte hält die Ausführungen des Sozialgerichts, insbesondere die Beweiswürdigung, nicht für überzeugend. Alle vier Gesellschafter hätten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Firma X GmbH Insolvenzgeld beantragt. Diese Anträge seien zunächst abgelehnt worden, die Ansprüche der Gesellschafter I und T seien dann später anerkannt worden. Hinsichtlich des Anspruchs des Gesellschafter-Geschäftsführers F sei die Beklagte rechtskräftig durch das Sozialgericht Gelsenkirchen mit Urteil vom 27.09.2002 - S [11 AL 33/02](#) - zur Zahlung von Insolvenzgeld verurteilt worden. Das Sozialgericht Gelsenkirchen sei davon ausgegangen, dass Herr F aufgrund seiner Kapitalbildung nicht in der Lage gewesen sei, ihm nicht genehme Entscheidungen zu verhindern und auch keine Entscheidungskompetenzen in finanziellen und personellen Fragen gehabt habe. Im Verfahren vor dem Sozialgericht Gelsenkirchen sei auch der weitere Gesellschafter I als Zeuge vernommen worden. Dieser habe eindeutig den Kläger X als Kopf des Unternehmens bezeichnet. In Wahrheit habe der Kläger die Firma X GmbH geleitet und alle wesentlichen Entscheidungen getroffen. Diesen überzeugenden Ausführungen des Sozialgerichts Gelsenkirchen habe sich die Beklagte angeschlossen und das Urteil ausgeführt. Wenn nun das Sozialgericht Dortmund zu der Überzeugung gelange, dass auch der Kläger als vierter Gesellschafter-Geschäftsführer in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden habe, so käme man zu dem nicht überzeugenden Ergebnis, dass alle vier Gesellschafter-Geschäftsführer abhängig beschäftigt gewesen seien und es somit in der X GmbH überhaupt keine Arbeitgeber mit Weisungsbefugnis gegeben habe. Dieses Ergebnis könne nicht richtig sein. Der Aussage des Zeugen T müsse auch mit Vorsicht begegnet werden. Der Zeuge T sei inzwischen gemeinsam mit dem Kläger in einer neuen Firma beschäftigt, deren Gesellschafterinnen die Mutter des Klägers und die Ehefrau des Zeugen T seien. Hier zeige sich die persönliche Verflechtung, unter deren Einfluss die Aussage des Zeugen T bei seiner Vernehmung vor dem Sozialgericht zu sehen sei. Mit dem Sozialgericht Gelsenkirchen sei die Beklagte davon überzeugt, dass der Kläger als Kopf des Unternehmens die maßgeblichen Entscheidungen getroffen habe und daher die Position des Arbeitgebers innegehabt habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 20.11.2003 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Der Kläger hält das angefochtene Urteil für zutreffend und die vorgenommene Beweismwürdigung für überzeugend. Insbesondere könne er den Hinweis auf die Entscheidung des Sozialgerichts Gelsenkirchen nicht nachvollziehen. Wenn das Sozialgericht Gelsenkirchen den Kläger als Kopf der X GmbH angesehen habe, so habe dies für das vorliegende Verfahren keine Auswirkungen. Die Gründe für das Urteil des SG Gelsenkirchen seien in diesem Verfahren nicht zu würdigen. Hier müsse aufgrund eigener Beweismwürdigung der Zeugenaussagen eine Entscheidung getroffen werden. Die Auffassung der Beklagten, das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen sei überzeugend, das hier angefochtene Urteil des Sozialgerichts Dortmund dagegen nicht, sei durch nichts zu belegen. Der überzeugenden Beweismwürdigung des Sozialgerichts Dortmund könne er sich nur anschließen.

Der Senat hat die Akte des SG Gelsenkirchen - S [11 AL 33/02](#) - (F./ BA) beigezogen. In diesem Verfahren wurde der Kläger und der weitere Geschäftsführer Herr I als Zeugen gehört. Auf die Niederschrift vom 24.05.2002 wird Bezug genommen. Der Zeuge I ist inzwischen verstorben.

Der Senat hat eine Auskunft der Techniker Krankenkasse vom 02.04.2004 über den Stand eines Beitragerstattungsverfahrens des Klägers eingeholt. Danach hat der Kläger gegen eine Entscheidung der Beigeladenen, der Kläger habe seine Tätigkeit bei der Firma X GmbH seit dem 01.04.1997 im Rahmen einer selbständigen Tätigkeit ausgeübt, keinen Widerspruch eingelegt, so dass dieser Bescheid rechtskräftig sei.

Ferner hat der Senat Beweis erhoben durch erneute Vernehmung des Zeugen F. Der Zeuge F hat ausgeführt, dass größere Bestellungen meist über den Kläger liefen. Er, der Zeuge, sei meistens außen vor gelassen worden. Er habe nur eine Information erhalten, was jeweils veranlasst worden sei. Der Kläger habe in der GmbH von der geschäftlichen Seite her das Sagen gehabt. Alles habe mit Herrn X abgesprochen werden müssen. Er habe dann entschieden, auch über Einstellungen von Arbeitskräften, Materialbestellungen und Fahrzeugbestellungen. Er selbst habe wie alle anderen Gesellschafter der Firma eine Bürgschaft von je 30.000,- DM gegeben. Weitere Darlehen und Bürgschaften seien vom Kläger und Herrn T gegeben worden. Die Aussage des Herrn I vor dem Sozialgericht Gelsenkirchen könne er inhaltlich bestätigen. Wegen des genauen Wortlauts der Zeugenaussage wird auf die Protokollniederschrift vom 24.11.2004 Bezug genommen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der den Kläger betreffenden Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen. Ferner wird auf die Akte des Sozialgerichts Gelsenkirchen S [11 AL 33/02](#) verwiesen. Diese Akten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zahlung von Insolvenzgeld, weil er die Anwartschaftszeit nach [§ 123](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) nicht erfüllt hat. Seine Tätigkeit als Geschäftsführer bei der X GmbH war nicht versicherungspflichtig. Die angefochtene Verwaltungsentscheidung erweist sich im Ergebnis als zutreffend.

Anspruch auf Insolvenzgeld haben gem. [§ 183 SGB III](#) Arbeitnehmer, wenn sie bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihres Arbeitgebers für die vorausgegangenen 3 Monate des Arbeitsverhältnisses noch Anspruch auf Arbeitsentgelt haben und den Antrag auf Insolvenzgeld innerhalb von 2 Monaten nach dem Insolvenzereignis gestellt haben. Diese Voraussetzungen sind vorliegend entgegen der Ansicht des Sozialgerichts nicht gegeben. Der Anspruch scheidet daran, dass der Kläger vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht als Arbeitnehmer versicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist.

Gemäß [§ 24 Abs. 1 SGB III](#) stehen in einem Versicherungspflichtverhältnis Personen, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind. Arbeitnehmer ist, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert die Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung. Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie das insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann also der Betroffene seine Tätigkeit wesentlich frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, den Arbeitsort und die Arbeitszeit frei verfügen, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor (BSG, [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#) mwN). In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse davon abweichen (BSG, [SozR 2100 § 7 Nr. 7](#)).

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien ist der Senat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt, dass der Kläger bei der X GmbH nicht weisungsabhängig beschäftigt gewesen ist.

Der Kläger war als Geschäftsführer mit 25 % an der Gesellschaft beteiligt. Dieser Gesellschaftsanteil räumte dem Kläger keinen beherrschenden Anteil über die Gesellschaft ein. Aufgrund des Gesellschaftsvertrages hatte er mit 25 % keine Sperrminorität und konnte letztlich Gesellschaftsbeschlüsse mit seinem Anteil nicht verhindern oder beeinflussen. Das Sozialgericht hat aber aus dieser geringen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zu Unrecht gefolgert, dass dieses als Indiz bereits auf eine abhängige Beschäftigung hindeute. Dies kann so sein. Zwangsläufig ist dies aber nicht. Es kommt vielmehr auf die Gegebenheiten des Einzelfalles an. Dieses Indiz kann insbesondere entkräftet werden, wenn der Geschäftsführer hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im wesentlichen weisungsfrei ist und seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern für ein eigenes Unternehmen ausübt, das heißt, seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten kann.

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 RA 39/89](#) - [BB 1990, 783](#) ff. mwN). 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 in 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 der Kläger nicht abhängig beschäftigter Arbeitnehmer bei der X GmbH. Die Beweisaufnahme durch den Senat, das Sozialgericht Dortmund und das Sozialgericht Gelsenkirchen im Verfahren S [11 AL 33/02](#) haben zur Überzeugung des Senats ergeben, dass der Kläger als der Kopf der X GmbH anzusehen ist, eventuell noch zusammen mit Herrn T, was hier aber nicht geklärt zu werden braucht. Der Zeuge F hat bekundet, dass alle wichtigen Entscheidungen und Bestellungen über den Kläger liefen, er habe in der Firma das Sagen gehabt. Er hat nach Vorhalt auch die Aussage des verstorbenen Gesellschafters I im Verfahren SG Gelsenkirchen S [11 AL 33/02](#) bestätigt, der bekundet hatte, dass der Kläger alle wichtigen Dinge allein beschlossen habe und die anderen Gesellschafter, jedenfalls aber die Gesellschafter I und F, meist vor vollendete Tatsachen gestellt hat. Dies spricht eindeutig für eine unternehmerisch selbständige Handlungsweise und gegen eine abhängige Beschäftigung. Die Bekundung des Klägers, alle vier Gesellschafter hätten gemeinsam gehandelt und Beschlüsse einvernehmlich gefasst, hat keine Bestätigung gefunden. Aber selbst wenn es so gewesen sein sollte, würde dies dem Kläger nicht helfen. Hätten die vier Gesellschafter alle wichtigen Beschlüsse gemeinsam besprochen und die GmbH einvernehmlich zu gleichen Teilen geführt, dann wären alle vier Gesellschafter als selbständig anzusehen und nicht etwa alle als abhängig beschäftigt. Damit wäre dann zwar einigen Gesellschaftern Insolvenzgeld zu Unrecht bewilligt worden, aber ein Anspruch des Klägers auf Insolvenzgeld ließe sich hieraus nicht herleiten. Der Senat ist aber von einer gemeinschaftlichen Leitung der Firma durch alle vier Gesellschafter auch nicht überzeugt, wie oben dargelegt.

Kopf der Firma war der Kläger, allenfalls zusammen mit Herrn T. Soweit das Sozialgericht auf den Anstellungsvertrag des Klägers abstellt, wonach die Entscheidungsbefugnisse des Klägers durch die Regelung des § 3 des Anstellungsvertrages dergestalt eingeschränkt seien, dass u.a. alle Verfügungen über Grundstücke, die Veräußerung des Unternehmens oder Teilen hiervon, der Erwerb anderer Unternehmen sowie die Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern und die Erteilung von Prokuren und Generalvollmachten der ausdrücklichen Einwilligung der Gesellschafterversammlung bedurften, so ist dies nicht überzeugend, weil die tatsächlichen Verhältnisse anders waren. Gesellschaftersammlungen sind - ausser der ersten - nicht mehr abgehalten worden. Der Kläger hat vielmehr allein entschieden und hat andere Gesellschafter, so der Zeuge I im Verfahren S [11 AL 33/02](#), sogar von der Wahrnehmung ihrer Gesellschafteraufgaben abgehalten.

Für eine selbständige Tätigkeit spricht auch, dass sich der Kläger wesentlich mehr als die Gesellschafter I und F finanziell für die Firma engagiert hat. Alle Gesellschafter hatten eine selbstschuldnerische Bürgschaft in Höhe von zusammen 120.000,00 DM übernommen. Der Kläger hatte zusätzlich eine Bürgschaft von 90.000,00 DM übernommen. Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts ist der Senat der Meinung, dass dieses Engagement weit über das hinausgeht, was Arbeitnehmer im Krisenfall zur Sicherung ihres Arbeitsplatzes zu leisten bereit sind. Die Hinnahme von Gehaltseinbußen ist zwar heutzutage inzwischen als arbeitnehmertypisch anzusehen (vgl. z.B. die aus der Presse bekannten Vorgänge bei Karstadt oder Opel), die zusätzliche Übernahme einer Bürgschaft in Höhe von 90.000,- DM, immerhin 3/4 der ursprünglich allen Gesellschaftern von der Bank abverlangten Bürgschaft, deutet aber auf ein unternehmerisches Interesse hin, welches entgegen der Ansicht des Sozialgerichts nicht unbeachtet bleiben konnte. Bei einer Größenordnung von 210.000,- DM, was wertmäßig immerhin einer kleinen Eigentumswohnung bzw. im Falle des Klägers sogar mehr als dem 5-fachen Jahresnettoeinkommen entspricht, ist dies nicht gerade typisch für Arbeitnehmer, denen am Fortbestand ihrer Firma gelegen ist. Ein solches Risiko geht in der Regel kein Arbeitnehmer ein, wenn er nicht weitere Interessen am Fortbestand des Unternehmens hat. Damit übernimmt der Kläger zu einem erheblichen Teil das Arbeitgeberrisiko und kann nicht mehr als Arbeitnehmer angesehen werden.

Unerheblich ist, dass für den Kläger Beiträge zur Arbeitslosenversicherung entrichtet worden sind (vgl. Urteil des BSG vom 18.04.1991 - [7 RAr 32/90](#) - und in [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#)). Die vom Kläger zu Unrecht entrichteten Beiträge sind für ihn nicht verloren. Die Vorschrift des [§ 351 SGB III](#) trägt einer fehlerhaften Beitragsentrichtung durch eine von Amts wegen vorzunehmende Beitragsersatzung Rechnung, die inzwischen ja auch von der Beigeladenen mit Bescheid vom 12.04.2002 in die Wege geleitet worden ist.

Der Berufung konnte somit im Ergebnis der Erfolg nicht versagt bleiben. Die angefochtene Entscheidung des Sozialgerichts war abzuändern und die angefochtenen Bescheide der Beklagten zu bestätigen.

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

Die Revision gegen dieses Urteil war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#) nicht erfüllt sind. Es handelt sich um eine Beweiswürdigung im Einzelfall, bei der die grundlegenden Vorgaben des BSG zur Frage der abhängigen oder selbständigen Tätigkeit Berücksichtigung gefunden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2006-02-24