

## L 14 AL 204/00

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung

14  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 51 AL 2991/98

Datum  
12.07.2000  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 14 AL 204/00

Datum  
07.01.2003  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 12. Juli 2000 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger erstrebt Konkursausfallgeld (Kaug) vom 14. Juli bis zum 13. Oktober 1997 und Arbeitslosengeld bzw. Arbeitslosenhilfe (Alg/Alhi) vom 26. März 1998 bis zum 31. März 2000.

Der 1951 geborene Kläger ist von Beruf Industriekaufmann und war nach seinen Angaben bis 1992 in verschiedenen Bereichen (Handel, Wohnungsverwaltung, Reifenverkauf u.a.) teilweise selbständig, überwiegend jedoch unselbständig tätig. Zuletzt war er von 1989 bis 1992 als Außendienstmitarbeiter im Hebebühnenvertrieb der Fa. P GmbH abhängig beschäftigt.

Am 19. Februar 1992 gründete der Kläger zusammen mit dem Dachdeckermeister und Ingenieur T W und dem Klempnermeister und Ingenieur B P die Fa. H A mbH mit Sitz in St (eingetragen unter HRB beim Amtsgericht Frankfurt/Oder). Das Stammkapital der Gesellschaft in Höhe von 51.000,00 DM wurde von den Gesellschaftern zu gleichen Teilen gehalten, und der Kläger wurde zum (Allein-)Geschäftsführer der neu gegründeten Gesellschaft bestellt.

Darüber hinaus wurde im Gesellschaftsvertrag in § 5 zur Geschäftsführung und Vertretung folgendes vereinbart:

4. Die Rechte und Pflichten der Geschäftsführer ergeben sich aus dem Gesetz, dem Anstellungsvertrag und den von den Gesellschaftern gegebenen Weisungen.

5. Die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer im Außenverhältnis ist unbeschränkt. Geschäftsführungsmaßnahmen, die über den gewöhnlichen Geschäftsverkehr hinausgehen, bedürfen jedoch im Innenverhältnis der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung, ...".

Nach § 7 Nr. 11 und 12 des Gesellschaftsvertrages gewährten je 1.000,00 DM eines Geschäftsanteiles eine Stimme, und Beschlüsse kamen mit einfacher Mehrheit zu Stande, soweit die Satzung oder das Gesetz nicht zwingend eine größere Mehrheit vorschrieben.

Ebenfalls am 19. Februar 1992 schloss der Kläger mit der P GmbH - Geschäftsführer K-H K - einen notariellen Treuhandvertrag des Inhalts, dass er den Geschäftsanteil an der H GmbH in Gründung in Höhe von 17.000,00 DM treuhänderisch für die P GmbH halten solle, die ihm diesen Betrag zur Verfügung gestellt habe. Der Treuhandvertrag enthält insbesondere folgende Regelungen:

Der Treuhänder übt sämtliche Gesellschafterrechte, die mit dem treuhänderisch übernommenen Geschäftsanteil verbunden sind, im eigenen Namen, aber nach den Weisungen für alleinige Rechnung des Treugebers in dessen Interesse aus. Sämtliche den treuhänderisch übernommenen Geschäftsanteil jeweils inwohnenden und alle sonstigen mit ihm im Zusammenhang stehenden Rechte und Pflichten gehen im Innenverhältnis ausschließlich für Rechnung des Treugebers.

Der Treuhänder ist verpflichtet, die Weisungen des Treugebers zu befolgen. Er darf davon nur abweichen, wenn er eine Entschließung des Treugebers nicht rechtzeitig herbeiführen kann und anzunehmen ist, dass der Treugeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde.

Das Treuhandverhältnis wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Es kann jederzeit von jedem Beteiligten mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines jeden Kalendervierteljahres gekündigt werden.

Nach Beendigung des Treuhandverhältnisses hat der Treuhänder die ihm treuhänderisch zustehenden Rechte an den Treugeber abzutreten, insbesondere hat er den Geschäftsanteil von 17.000,00 DM in der vorgeschriebenen Form an den Treugeber zu übertragen ...“.

Am 28. Februar 1992 und 15. Mai 1992 schloss der Kläger jeweils einen schriftlichen Anstellungsvertrag mit der H-B GmbH. Der spätere Anstellungsvertrag („für GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer“) regelte im Wesentlichen folgendes:

(1.)

Vertragsdauer

1. Der Vertrag beginnt am 1. 6. 1992.
2. Der Vertrag kann von der Gesellschaft nur aus wichtigem Grund gekündigt werden ...

(2.)

Aufgabenbereich

1. Der Geschäftsführer vertritt ... die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich; er führt die Geschäfte der Gesellschaft und hat die verantwortungsvolle Leitung des gesamten Geschäftsbereiches.

Die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers ergeben sich, soweit dieser Vertrag nichts anderes bestimmt, aus dem Gesellschaftervertrag, der, was die Geschäftsführung betrifft, Bestandteil des Anstellungsvertrages wird, der Geschäftsordnung und aus den einschlägigen Gesetzen.

2. Der Geschäftsführer ist Dienstvorgesetzter sämtlicher Arbeitnehmer der Gesellschaft. Er ist für alle Personalangelegenheiten der Gesellschaft zuständig.

(3.)

Geschäfts- und Vertretungsbefugnis

1. Der Geschäftsführer ist allein geschäftsführungs- und allein vertretungsberechtigt.
2. Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit.
3. Der Geschäftsführer unterliegt den Weisungen der Gesellschafterversammlung. Er ist verpflichtet, die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auszuführen.
4. Der Geschäftsführer ist verpflichtet, innerhalb von sechs Monaten nach Bilanzstichtag eine Bilanz aufzustellen und die Gewinnfeststellung durch die Gesellschaftsversammlung vorzubereiten.
5. Der Geschäftsführer hat das Recht, jederzeit eine Gesellschafterversammlung einzuberufen.

(4)

Genehmigungsbedürftige Handlungen

Der Geschäftsführer leitet grundsätzlich die Geschäfte eigenverantwortlich nach den Bestimmungen der Satzung, des Anstellungsvertrages, der Geschäftsordnung sowie denen des GmbH-Gesetzes, der allgemeinen Strafgesetze und der Steuergesetze.

(5)

Arbeitszeit

Der Geschäftsführer ist an bestimmte Arbeitszeiten nicht gebunden. Er ist jedoch verpflichtet, seine Arbeitskraft in höchstem Maße dem Unternehmen zur Verfügung zu stellen.

(6)

Bezüge

1. Herr B erhält für seine Tätigkeit ein monatliches Gehalt in Höhe von DM 2.600,00 (brutto).
2. Der tantiemepflichtige Gewinn wird auf Grund der steuerlichen Gewinnfeststellung der Gesellschaft ermittelt ...
4. Im Falle einer Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Verhinderung werden die Bezüge gemäß Abs. 1 auf die Dauer von sechs Monaten fortgezahlt ...

6. Der Geschäftsführer erhält die Zusage, dass die Gesellschaft für ihn Vereinbarungen zur Altersvorsorge trifft ...

(9)

Urlaub

Der Geschäftsführer hat Anspruch auf einen bezahlten Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Sollte der Urlaub aus dienstlichen Gründen nicht innerhalb von drei Monaten nach Ablauf des Entstehungsjahres genommen werden können, steht dem Geschäftsführer die finanzielle Abgeltung zu ...“.

Auf Grund einer schriftlichen „Ermächtigung“ vom 16. Dezember 1994 erklärte der Kläger in notarieller Form am 24. Januar 1995, dass er seinen Geschäftsanteil in Höhe von 17.000,00 DM auf die von ihm als vollmachtloser Vertreter vertretene PB M GmbH - weiterhin: PB GmbH - übertrage, für die er auch die Annahme der Abtretung erkläre (siehe auch die notarielle Genehmigungserklärung der Fa. PB GmbH vom 1. März 1995). Die PB GmbH - Geschäftsführer D P - und (wohl) die P GmbH gingen 1996 in den Konkurs. Ausweislich eines vom Kläger vorgelegten Protokolls einer Gesellschafterversammlung vom 20. März 1996 beschlossen die Gesellschafter der H GmbH T W und B P mit Zustimmung des Klägers die „Einziehung“ seines Geschäftsanteils.

Nach den Angaben des Klägers beschäftigte die H-B GmbH noch 1993/1994 fünf Angestellte, eine Büroangestellte und vier Mitarbeiter für die Anlieferung, Wartung und Reparatur der Hebebühnen. In Folge von Zahlungsschwierigkeiten wurde allen Mitarbeitern gekündigt, zuletzt dem Mitarbeiter M B zum 13. Juni 1997. U.a. auf Antrag dieses Mitarbeiters auf Eröffnung der Gesamtvollstreckung über das Vermögen der H GmbH wurde die Eröffnung des Verfahrens vom Amtsgericht Frankfurt/Oder mit Beschluss vom 14. Oktober 1997 mangels Masse abgewiesen (Az.: ).

Am 6. November 1997 beantragte der Kläger bei der Beklagten Kaug und nannte hierbei als Tag der vollständigen Beendigung der Betriebstätigkeit den „1. 4. 97 ca.“. Für die Monate Juli bis Oktober 1997 sei das Brutto-Arbeitsentgelt von 5.400,00 DM monatlich nicht gezahlt worden. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung gab er an, es bestehe kein Treuhandvertrag und er unterliege nicht wie ein fremder Arbeitnehmer den Weisungen der Gesellschaft. Mit Bescheid vom 19. März 1998 lehnte die Beklagte den Antrag auf Kaug ab, da der Kläger nicht als Arbeitnehmer anzusehen sei. In seinem dagegen erhobenen Widerspruch führte er aus, er sei von [§ 181 BGB](#) nicht befreit und hinsichtlich seiner Arbeit den Weisungen der Gesellschaft unterworfen gewesen, wie aus dem Gesellschaftsvertrag zu ersehen sei. Mit Widerspruchsbescheid vom 16. Juli 1998 wies die Beklagte den Widerspruch zurück, da der Kläger nicht als Arbeitnehmer tätig geworden sei. Er habe seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen können und sei insoweit nicht weisungsgebunden gewesen.

Am 26. März 1998 beantragte der Kläger bei der Beklagte Alg und überreichte hierbei eine von ihm selbst unterschriebene Arbeitsbescheinigung nach [§ 312](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III). Hierin gab er an, er sei zuletzt von „Feb. 92 bis Sep. 97 (?)“ als Geschäftsführer beschäftigt gewesen. Darüber hinaus erklärte er „wahrheitsgemäß“, er habe bis März 1997 Arbeitsentgelt erhalten; die wöchentliche Arbeitszeit als Geschäftsführer habe 40 bis 60 Stunden betragen. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung gab er weiter an, es habe ein Treuhandvertrag bestanden; einem Weisungsrecht wie ein Arbeitnehmer sei er nicht unterworfen gewesen. Mit Bescheid vom 10. Juni 1998 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Alg bzw. Alhi ab, da er nicht abhängig beschäftigter Arbeitnehmer gewesen sei. Seinen Widerspruch begründete der Kläger damit, er sei bei der H GmbH als Geschäftsführer beschäftigt gewesen, da die Entscheidungsbefugnisse bei den Gesellschaftern gelegen hätten. Für die PB GmbH sei er nie tätig geworden. Für die gesamte Zeit seiner Beschäftigung habe er Beiträge zur Arbeitslosenversicherung geleistet. Mit Widerspruchsbescheid vom 3. Juli 1998 wies die Beklagte auch diesen Widerspruch zurück. Zwar habe der Anteil des Klägers am Stammkapital weniger als die Hälfte betragen, was jedoch nicht allein dazu führen könne, aus seiner Geschäftsführertätigkeit die Eigenschaften eines Arbeitnehmers herzuleiten. Der Kläger sei keinem Weisungsrecht der Gesellschaft unterworfen gewesen. Auch die Entrichtung von Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung begründe keinen Leistungsanspruch.

Im anschließenden Klageverfahren beim Sozialgericht Berlin hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass er seit dem 1. April 2000 in einem Beschäftigungsverhältnis stehe. Der (frühere) Anstellungsvertrag vom 28. Februar 1992 sei ihm von den Gesellschaftern vorgelegt worden. Sie seien dann nochmals beim Anwalt gewesen, und es seien noch andere Dinge in den Anstellungsvertrag aufgenommen worden. Nur so könne er sich den zweiten Anstellungsvertrag (vom 1. Mai 1992) erklären. Eine Gewinnbeteiligung habe er nicht erhalten; dies sei einmal im Gespräch gewesen. Urlaub habe er in der letzten Zeit der Geschäftsführertätigkeit fast gar nicht gemacht, zu besseren Zeiten höchstens 14 Tage. Wegen des Urlaubs habe er sich mit seinen Leuten absprechen müssen; eigentlich nur mit der Dame im Büro. Der Kläger hat diverse Protokolle über Gesellschafterversammlungen der H GmbH überreicht, aus denen sich ergibt, dass im Zeitraum von 1992 bis 1994 die Geschäftsführer der P- GmbH und der PB GmbH an den Gesellschafterversammlungen teilnahmen und der Geschäftsführer der PB GmbH P Vorschläge zur Geschäftstätigkeit machte.

Das Sozialgericht Berlin hat mit Beschluss vom 26. Oktober 1998 die beiden Klagen (gerichtet auf Kaug einerseits und Alg/Alhi andererseits) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Mit Urteil vom 12. Juli 2000 hat es die Klagen abgewiesen. Es bestehe kein Anspruch auf die begehrten Leistungen, da der Kläger trotz des Treuhandvertrages und selbst bei Unterstellen des Verlustes der Gesellschafterstellung durch Einziehung des Geschäftsanteiles durch die übrigen Gesellschafter durchgehend nicht abhängig beschäftigter Geschäftsführer bei der H GmbH gewesen sei. Ein Direktionsrecht habe ihm gegenüber nicht bestanden. Auch die Vereinbarungen im Anstellungsvertrag wiesen auf eine selbständige Tätigkeit hin.

Der Kläger hat gegen das ihm am 27. September 2000 zugestellte Urteil des Sozialgerichts am 27. Oktober 2000 Berufung eingelegt. Er trägt vor, er sei nicht als selbständiger Geschäftsführer, sondern als leitender Angestellter einer GmbH anzusehen. Leitende Angestellte seien typischerweise damit befasst, ganz oder überwiegend Arbeitsgeberfunktionen wahrzunehmen. Die Art seiner Tätigkeit als Geschäftsführer, der Arbeitnehmer selbständig entlasse, die betrieblichen Arbeitsabläufe organisiere und die Gesellschaft bei bestimmten Geschäften nach außen vertrete, stehe daher einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Dies gelte auch für eine wöchentliche Arbeitszeit zwischen 50 bis 70 bzw. 40 bis 80 Stunden und die Vereinbarung einer Urlaubsabgeltung. Sowohl die Alleinvertretungsbefugnis als auch die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) kämen für den Selbständigen, aber auch für den abhängig

beschäftigten Geschäftsführer in Betracht, und zwar immer dann, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Einzelgeschäftsführung vorsehe. Auch auf die Frage der Gewinnbeteiligung komme es nicht an. Maßgebend sei nur, ob er in irgendeiner Form am Unternehmerrisiko beteiligt gewesen sei. Spätestens mit der Übertragung seines Geschäftsanteils auf die PB GmbH am 24. Januar 1995 habe er aber jeden Einfluss auf die Beschlüsse der Gesellschaft verloren. Mit einem Drittel des Stammkapitals habe er zuvor nicht einmal eine Sperrminorität erreicht. Bei jeder Entscheidung, die über den gewöhnlichen „Geschäftsverkehr“ hinausgegangen sei, sei er zudem von den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung abhängig gewesen. Er sei de facto weisungsgebunden und in einen fremden Betrieb eingegliedert gewesen.

Im Erörterungstermin vom 31. Juli 2001 hat der Kläger weiter erklärt, er habe für die Leasingraten einer von der H GmbH geleasteten Arbeitsbühne mit seinem privaten Vermögen gebürgt, wobei sich der Betrag auf ca. 40.000,00 bis 60.000,00 DM belaufen habe. Aus dieser Bürgschaft werde er auch heute noch in Anspruch genommen. Nach Abtretung seines Geschäftsanteils habe er diesen für die PB GmbH treuhänderisch verwaltet. Der Geschäftsführer dieser GmbH habe regelmäßig an den Gesellschafterversammlungen der H GmbH teilgenommen und auch das Stimmrecht ausgeübt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 12. Juli 2000 und die Bescheide der Beklagten vom 19. März 1998 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Juli 1998 und vom 10. Juni 1998 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. Juli 1998 aufzuheben sowie die Beklagte zu verurteilen, ihm vom 14. Juli 1997 bis zum 13. Oktober 1997 Konkursausfallgeld und vom 26. März 1998 bis zum 31. März 2000 Arbeitslosengeld bzw. Arbeitslosenhilfe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Nach den Gesamtumständen sei der Kläger nicht wie ein normaler Arbeitnehmer und abhängig Beschäftigter in die H GmbH eingegliedert gewesen. Auch die Übernahme der Bürgschaft zeige, dass er ein nicht unerhebliches Interesse am Fortbestand des Unternehmens gehabt habe, das auf jeden Fall über das eines „normalen“ Arbeitnehmers hinausgegangen sei. Im Übrigen seien Weisungen im Rahmen des Treuhandvertrages nur im Innenverhältnis möglich gewesen, die auch nicht mit den Weisungen eines Arbeitgebers zu vergleichen seien. Der Kläger sei auch nicht Geschäftsführer des Treugebers, sondern der H GmbH gewesen. Im Falle dieser Gesellschaft stelle sich die Frage, wer - wenn nicht der Kläger - die Arbeitgeberfunktion ausgefüllt haben solle.

Der Senat hat die früheren Mitarbeiter der H GmbH M B und K S als Zeugen zu den konkreten Umständen der Geschäftsführertätigkeit des Klägers vernommen. Beiden Zeugen war nicht bekannt, dass die Gesellschafter der H GmbH dem Kläger irgendwelche geschäftlichen Anweisungen erteilt hätten. Für die Einzelheiten ihrer Aussagen wird auf das in der Gerichtsakte befindliche Protokoll vom 7. Januar 2003 verwiesen.

Für den sonstigen Sach- und Streitstand wird auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und den übrigen Inhalt der Gerichtsakte ([L 14 AL 204/00](#), erstinstanzlich [S 51 AL 2991/98](#) und [S 62 Ar 3072/98](#)), die Leistungsakte der Beklagten (Stamm-Nr. ), die Kaug-Akte der Beklagten (Az.: ), die Konkursakte des Amtsgerichts Frankfurt/Oder (Az.:) und die Registerakte nebst Sonderband des Amtsgerichts Frankfurt/Oder betreffend die H GmbH (Az.:) Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung und der Beratung des Senats gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist statthaft und auch sonst zulässig ([§§ 143, 144 Abs. 1 Satz 1](#) und [151 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes - SGG -), jedoch nicht begründet.

Der Kläger hat gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Kaug für die streitige Zeit vom 14. Juli bis zum 13. Oktober 1997, denn er war während seiner Geschäftsführertätigkeit für die H GmbH nicht als Arbeitnehmer, sondern als Selbständiger tätig. Damit scheidet auch ein Anspruch auf Alg bzw. Alhi für die Zeit vom 26. März 1998 bis zum 31. März 2000 aus, da er auf Grund seiner selbständigen Geschäftsführertätigkeit mangels beitragspflichtiger Beschäftigung nicht die Anwartschaftszeit für diese Leistungen erfüllt.

Nach § 141b Abs. 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG), der hier nach [§ 430 Abs. 5](#) des Dritten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB III) weiterhin anzuwenden ist, hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Kaug, 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. Nach § 141b Abs. 3 Nr. 1 und 2 AFG stehen der Eröffnung des Konkursverfahrens gleich die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse und die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Geltungsbereich dieses Gesetzes, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens nicht gestellt worden ist und ein Konkursverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt. Diese Voraussetzungen erfüllt der Kläger bereits deshalb nicht, weil er als Geschäftsführer der H GmbH kein Arbeitnehmer gewesen ist.

Arbeitnehmer ist, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung. Das Weisungsrecht darf nicht vollständig entfallen, kann allerdings erheblich eingeschränkt sein. Bei Diensten höherer Art, beispielsweise bei einem im Krankenhaus beschäftigten Chefarzt, genügt die Eingliederung der Dienstleistung in eine von anderer Seite vorgegebene Ordnung des Betriebes (Bundessozialgericht - BSG-, Urteil vom 30. Januar 1990 - [11 RA-R 47/88](#) unter Hinweis auf [BSGE 38, 53](#), 57 = SozR 4600 § 56 Nr. 1). Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen (BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#) m.w.N., Nr. 18 - ständige Rechtsprechung). In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend abweichen (BSG a.a.O.).

Beim Geschäftsführer einer GmbH, der aufgrund seiner Beteiligung an der Gesellschaft auf diese beherrschenden Einfluss ausüben kann, fehlt es grundsätzlich an einer persönlichen Abhängigkeit. Aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Position ist er als Selbständiger anzusehen, wenn er mehr als die Hälfte des Stammkapitals besitzt oder über eine Sperrminorität verfügt. Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung oder eine Sperrminorität des Geschäftsführers nicht gegen die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses sprechen, ist ein solches zu verneinen, wenn er hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei ist und, wirtschaftlich gesehen, seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern für ein eigenes Unternehmen ausübt (BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 8](#) mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Selbst bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung kann eine abhängige Beschäftigung zu verneinen sein, wenn die Gesellschaft ihr Direktionsrecht nicht ausübt (BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - [11 RA 47/88](#) - unter Hinweis auf [SozR 2100 § 7 Nr. 7](#) und BSG, Urteil vom 29. Oktober 1986 - [7 RA 43/85](#) -). Im vorliegenden Fall hatte der Kläger zwar über seine Kapitalbeteiligung (ein Drittel des Stammkapitals) keinen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft. Er verfügte auch nicht über eine Sperrminorität, da Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der Stimmen gefasst werden konnten. Dies bedeutete, dass er gesellschaftsrechtlich nicht in der Lage war, ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafter auf dem Gebiet der Geschäftsführung zu verhindern. Andererseits war er alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der H-B GmbH und ausdrücklich von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) (Verbot des Selbstkontrahierens) befreit. Die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot spricht für die Selbständigkeit (vgl. BSG, Urteil vom 8. August 1990 - [11 RA 77/89](#) -, [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Darüber hinaus war seine Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis unbeschränkt. Lediglich Geschäftsführungsmaßnahmen, die über den gewöhnlichen Geschäftsverkehr hinausgingen, bedurften im Innenverhältnis der vorherigen Zustimmung der Gesellschafter. Allerdings bedeuten diese auf der Organstellung des Geschäftsführers beruhenden Rechte nicht zwingend, dass er stets als Selbständiger anzusehen ist. Eine abhängige Beschäftigung ist auch nicht bereits ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Da er aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages, der als Dienstvertrag ([§ 611 BGB](#)) anzusehen ist, tätig wird, kommt es vielmehr darauf an, welcher Art die Weisungsgebundenheit des zur Dienstleistung verpflichteten Geschäftsführers ist. Maßgebend ist die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter. Dies muss sowohl anhand der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Geschäftsführers wie seines Anstellungsvertrages und der tatsächlichen Durchführung der gesellschaftsrechtlichen und dienstvertraglichen Bestimmungen, als auch der tatsächlichen Umstände beurteilt werden.

Der zwischen dem Kläger und der H-B GmbH geschlossene Anstellungsvertrag vom 15. Mai 1992, überschrieben mit „Anstellungsvertrag für GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer“, zeigt, dass der Kläger hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort der Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei war. So wurde zur Vertragsdauer vereinbart, dass das Vertragsverhältnis seitens der Gesellschaft nur aus wichtigem Grund gekündigt werden konnte; eine ordentliche Kündigung also ausgeschlossen war. Hinsichtlich des Aufgabenbereichs wurde bestimmt, dass der Kläger die Geschäfte der Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich führt und die verantwortliche Leitung des gesamten Geschäftsbereichs inne hat. Er war für alle Personalangelegenheiten der Gesellschaft zuständig und Dienstvorgesetzter aller Arbeitnehmer. Er besaß zudem das Recht, jederzeit eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Hinsichtlich der Bezüge wurde zudem geregelt, dass der tantiemepflichtige Gewinn aufgrund der steuerlichen Gewinnfeststellung der Gesellschaft zu ermitteln ist. Entgegen seinem Vorbringen war daher zugunsten des Klägers - zumindest grundsätzlich - offensichtlich eine Gewinnbeteiligung vorgesehen; mag sie auch tatsächlich mangels Gewinns nicht wirksam geworden sein. Darüber hinaus war der Kläger nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden, sondern nur verpflichtet, seine Arbeitskraft „im höchsten Maße“ dem Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Konnte er seinen Urlaub aus dienstrechtlichen Gründen nicht innerhalb von drei Monaten nach Ablauf des Entstehungsjahres nehmen, stand ihm eine finanzielle Abgeltung zu. Im Falle seiner Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Verhinderung war die Gesellschaft verpflichtet, seine Bezüge für die für Arbeitnehmer ungewöhnliche Dauer von sechs Monaten fortzuzahlen. Diese günstigen Regelungen und der Umstand, dass der Kläger praktisch nicht kündbar war („nur aus wichtigem Grund“), begründeten einen maßgeblichen Einfluss in der Gesellschaft.

Aber auch tatsächlich ergibt sich aus den von ihm überreichten Protokollen über die Gesellschafterversammlungen der H GmbH, dass der Kläger im Wesentlichen wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft führen konnte und geführt hat, ohne dass ihm durch die Gesellschafter Beschränkungen auferlegt wurden. Die lediglich im Mai 1996 für kurze Zeit beschlossene Festlegung, dass der Rechnungseingang und -ausgang einschließlich des Mahnwesens unmittelbar durch die Gesellschafter erfolgen sollte, die bereits in der Gesellschafterversammlung vom 9. Juli 1996 wieder aufgehoben wurde, und die im Januar 1997 (siehe Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 23. Januar 1997) entzogene alleinige Bank- und Kassenvollmacht in der Weise, dass nunmehr eine „Gegenzeichnung“ durch die Gesellschafter vorgeschrieben war, fallen demgegenüber nicht ins Gewicht. Auch in dieser Situation behielt der Kläger im Verhältnis zu den Gesellschaftern, die nach seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung „nicht vom Fach“ waren, die geschäftlichen Angelegenheiten der Gesellschaft in der Hand. Im Übrigen hat der Kläger zudem ein erhebliches Unternehmerrisiko dadurch getragen, dass er zugunsten der Gesellschaft - nach den Angaben seines Bevollmächtigten noch nach Abschluss des Treuhandvertrages - eine persönliche Bürgschaft in Höhe von ca. 40.000,- bis 60.000,- DM für eine von der Gesellschaft geleaste Arbeitsbühne übernommen hat, die damit die Höhe des Stammkapitals zumindest erreicht haben dürfte. Somit besaß er am Fortbestand des Unternehmens ein starkes eigenes wirtschaftliches Interesse, das für einen Selbständigen, nicht jedoch für einen abhängig Beschäftigten, typisch ist. Es ist auch nicht zu erkennen, dass der Kläger seinen maßgeblichen Einfluss auf das Geschehen der Gesellschaft verloren hätte, nachdem der von ihm treuhänderisch verwaltete Geschäftsanteil im März 1996 von den Gesellschaftern T W und B P mit seiner Zustimmung „eingezogen“ wurde. Vielmehr änderte sich an seiner tatsächlichen Stellung nichts; er blieb für die wesentlichen Aufgaben der Gesellschaft zuständig, insbesondere für die Einstellung und Entlassung des Personals, für die finanziellen Angelegenheiten und die Betriebsabläufe. Weisungen ergingen nicht. Auch die als Zeugen vernommenen ehemaligen Mitarbeiter der GmbH B und S haben bekundet, dass der Kläger stets als „Chef“ aufgetreten ist. Es war für sie nicht ersichtlich, dass dieser von den Gesellschaftern Anweisungen erhalten hätte. Er gehörte nicht nur zu den Gründungsgesellschaftern der Gesellschaft, sondern war für diese bis zur Beendigung der Geschäftstätigkeit in maßgeblicher Funktion tätig, zuletzt als Liquidator. Er ist noch in der notariell beurkundeten Gesellschafterversammlung vom 23. April 1997 zusammen mit den beiden weiteren Gesellschaftern W und P als weiterer Gesellschafter der H GmbH aufgetreten.

Auch die Bindungen durch den Treuhandvertrag vom 19. Februar 1992 führten in Bezug auf die maßgebliche Position des Klägers in der GmbH zu keiner anderen Beurteilung. Zwar wurde in dem Treuhandvertrag zwischen dem Kläger und der P-L GmbH vereinbart, dass dieser den Geschäftsanteil an der -B GmbH nur treuhänderisch für die P-L GmbH, die ihm den Betrag für den Geschäftsanteil zur Verfügung gestellt habe, halten solle. Diese Vereinbarung betraf jedoch lediglich das Innenverhältnis der Vertragspartner. Nach § 1 des Treuhandvertrages übte er sämtliche Gesellschaftsrechte, die mit dem treuhänderisch übernommenen Geschäftsanteil verbunden waren, im eigenen Namen, wenn auch nach den Weisungen für alleinige Rechnung des Treugebers in dessen Interesse aus. Der Kläger war zwar verpflichtet, die Weisungen des Treugebers zu befolgen. Hierbei handelte es sich jedoch ausschließlich um eine schuldrechtliche Weisungsgebundenheit, die

nur den Gesellschaftsanteil betraf und die insbesondere dadurch zum Ausdruck kam, dass er nach § 5 des Treuhandvertrages bei Beendigung des Treuhandverhältnisses verpflichtet war, die ihm treuhänderisch zustehenden Rechte an den Treugeber abzutreten, insbesondere den Geschäftsanteil von 17.000,00 DM in der vorgeschriebenen Form an den Treugeber zu übertragen. Dies ändert jedoch nichts an der Stellung des Klägers aufgrund des Anstellungsvertrages und der oben beschriebenen tatsächlichen Verhältnisse.

Im Übrigen ergibt sich entgegen seinem Vorbringen, er habe zumindest seit dem Zeitpunkt der Abtretung des Geschäftsanteils an die PB GmbH keinen maßgeblichen Einfluss auf die GmbH mehr gehabt, aus den von ihm überreichten Protokollen über die Gesellschafterversammlungen gerade nicht, dass der Geschäftsführer der PB GmbH P ab dieser Zeit regelmäßig an den Versammlungen teilgenommen und auch das Stimmrecht ausgeübt hätte. Vielmehr lässt sich den Protokollen lediglich entnehmen, dass dieser in den davorliegenden Zeiträumen an den Versammlungen teilgenommen hat, was nicht verständlich erscheint, weil zu dieser Zeit nur ein Treuhandverhältnis mit der P-LGmbH bestanden haben soll.

Da der Kläger in der gesamten Zeit seiner Geschäftsführertätigkeit nicht Arbeitnehmer war, kommt auch ein Anspruch auf Alg bzw. Alhi nicht in Betracht. Nach [§ 117 Abs. 1 SGB III](#) haben Anspruch auf Alg Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer regelmäßig in der dreijährigen Rahmenfrist mindestens zwölf Monate einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat ([§ 123 SGB III](#)); dabei stehen diesen Zeiten in einer beitragspflichtigen Beschäftigung nach dem bis zum 31. Dezember 1997 geltenden Arbeitsförderungsgesetz -AFG- gleich ([§ 425 SGB III](#)). Da der Kläger nicht als Arbeitnehmer abhängig beschäftigt gewesen ist (§ 168 Abs. 2 AFG), erfüllt er diese Voraussetzungen nicht und hat auch keinen Anspruch auf Alhi, weil die besonderen Anspruchsvoraussetzungen für diese Leistung nicht vorliegen. Weder hat der Kläger vorher Alg bezogen noch innerhalb der letzten drei Jahre mindestens fünf Monate in einer Beschäftigung gestanden ([§§ 190 Abs. 1 Nr. 4, 191 Abs. 1, 192 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 2 SGB III](#)). Zutreffend hat das Sozialgericht bereits darauf hingewiesen, dass die Abführung von Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung keinen Leistungsanspruch begründen kann, denn die Anspruchsvoraussetzungen knüpfen nicht an die Beitragsabführung, sondern an die Arbeitnehmereigenschaft bzw. eine beitrags- bzw. versicherungspflichtige Beschäftigung an (BSG, SozR 4100 § 168 Nr. 10).

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-08-14