

## L 12 (1) AL 124/03

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
S 33 AL 3/02  
Datum  
10.11.2003  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 12 (1) AL 124/03  
Datum  
24.11.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 10.11.2003 abgeändert und die Klage abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind in beiden Instanzen nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Umstritten ist die Zahlung von Insolvenzgeld für die Zeit vom 01.12.2000 bis 28.02.2001 in Höhe von 15.563,92 DM (= 7957,71 Euro) netto.

Der Kläger war zuletzt als Schachtmeister für die Firma C-Bau T GmbH tätig. Diese Firma wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 26.06.1997 in Nachfolge der Firma N-Bau, T, gegründet, bei welcher der Kläger sozialversicherungspflichtig tätig war. Gesellschafter der Firma C-Bau T GmbH (in Folgenden: Fi. C-Bau) mit Geschäftsanteilen i. H. v. jeweils 25.000,00 DM waren der Kläger, Herr S O sowie Frau B L. Gem. § 5 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrages konnte die Fi. C-Bau zum Ende jeden zweiten Jahres mit einer Frist von 12 Monaten, erstmals zum 31.12.1998, gekündigt werden. Gem. § 5 Ziff. 5 des Vertrages wird die Gesellschaft aufgelöst, wenn sich die übrigen Gesellschafter innerhalb von drei Monaten nach Bekanntgabe der ausgesprochenen Kündigung anschließen. Im Übrigen löst die Kündigung die Gesellschaft nicht auf. Die nicht kündigenden Gesellschafter setzten sie fort. Gem. § 9 Ziff. 1 c des Vertrages wurden Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst. Gem. § 12 Ziff. 2 a des Vertrages war die Einziehung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters ohne dessen Zustimmung zulässig, wenn der betreffende Gesellschafter die Gesellschaft kündigt. Schließlich lautet § 13 Ziff. 2 des Vertrages wie folgt:

"Die Gesellschaft wird ferner aufgelöst, wenn ein Gesellschafter kündigt (§ 5 Abs. 2 und 3) oder ein sonstiger gesetzlicher Auflösungsgrund vorliegt, sofern nicht von der Einziehung nach § 12 Gebrauch gemacht wird."

Geschäftsführerin war zunächst Frau B L.

Unter dem 14.09.1999 erstellte der Notar S einen Vertragsentwurf, wonach Frau L als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der C-Bau zum 01.10.1999 ausscheiden sollte. Ihre Stammeinlage sollte jeweils zur Hälfte auf den Kläger und Herrn S O übertragen werden. Diese sollten zu alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführern der C-Bau bestellt werden. Zu einer Unterzeichnung des Vertrages kam es nicht. Vielmehr kündigte Frau L mit Schreiben vom 17.12.1999 des Geschäftsführerverhältnis. Gleichzeitig kündigte sie die Gesellschaft gem. § 5 des Gesellschaftsvertrages zum 31.12.2000.

Am 10.01.1999 fand eine Gesellschafterversammlung der Fi. C-Bau statt, bei welcher u. a. Frau L, der Kläger und Herr S O anwesend waren. Im Rahmen dieser Gesellschafterversammlung wurde Frau L als Geschäftsführerin einstimmig abgewählt. Der Kläger und Herr S O erklärten, dass sie der Frau L als Geschäftsführerin keine Entlastung erteilen. Sodann schlugen der Kläger und Herr O den Zeugen D C zum Geschäftsführer vor. Herr C wurde mit zwei Ja-Stimmen und einer Enthaltung zum Geschäftsführer bestimmt.

Am 09.02.2000 wurde Herr C in das Handelsregister eingetragen. Eine Einziehung der Geschäftsanteile der Frau L durch den Kläger und Herrn O fand im Folgenden nicht statt.

Mit Schreiben vom 31.01.2001 beantragte Herr C die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Fi. C-Bau. Am 07.02.2001 stellte die Firma ihre Betriebstätigkeit ein.

Ab dem 16.02.2001 beantragte der Kläger Arbeitslosengeld, welches ihm ab 16.02.2001 bis zur Aufnahme einer erneuten Tätigkeit am 19.03.2001 auch gewährt wurde. Mit Schreiben vom 25.02.2001 kündigte er sein Arbeitsverhältnis mit der Fi. C-Bau zum 28.02.2001.

Am 12.03.2001 beantragte der Kläger die Zahlung von Insolvenzgeld. In dem Fragebogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines mitarbeitenden Gesellschafters in einer GmbH gab der Kläger an, der Fi. C-Bau ein Darlehen i. H. v. 126.000,00 DM gewährt zu haben. Geschäftsführer sei zuletzt Herr C gewesen. Diesem gegenüber sei er weisungsgebunden gewesen. Die Vergütung sei lohnsteuerpflichtig als Lohn erfolgt. Während einer Arbeitsunfähigkeit sei sie nicht weitergewährt worden.

Durch Beschluss des Amtsgerichts Arnsberg wurde am 26.03.2001 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Fi. C-Bau eröffnet.

Mit Bescheid vom 20.07.2001 lehnte die Beklagten den Antrag des Klägers auf Zahlung von Insolvenzgeld ab und führte zur Begründung aus, dass der Kläger mitarbeitender Gesellschafter der Fi. C-Bau gewesen sei. Als Gesellschafter habe er eine Stammeinlage i. H. v. 25.000,00 DM gehalten. Dies entspreche einer Kapitalbeteiligung von 33,33 %. Gem. § 9 des Gesellschaftsvertrages der Fi. C-Bau seien Gesellschafterbeschlüsse zwar mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu fassen gewesen. Der Kläger habe mithin mit seiner Kapitalbeteiligung Gesellschafterbeschlüsse zwar nicht verhindern können. Die Kapitalbeteiligung sei jedoch so hoch gewesen, dass sie ein nicht unerhebliches Unternehmerrisiko für den Kläger dargestellt habe. Insofern liege ein beträchtliches Indiz für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit vor. Diese werde auch dadurch indiziert, dass der Kläger der Fi. C-Bau ein Darlehen in beträchtlicher Höhe von 126.000,00 DM gewährt habe. Der Kläger habe seine Tätigkeit - wirtschaftlich gesehen - nicht für ein ihm fremdes, sondern im eigenen Unternehmen ausgeführt. Ein für ein Arbeitnehmer-/Arbeitgeberverhältnis typischer Interessengegensatz habe nicht vorgelegen. Auch der Umstand, dass der Kläger im Falle einer Arbeitsunfähigkeit keinen Anspruch auf Fortzahlung seiner Bezüge gehabt habe, weise darauf hin, dass er nicht abhängig beschäftigt gewesen sei.

Den hiergegen binnen Monatsfrist eingelegten Widerspruch begründete der Kläger damit, dass er auf Grund seiner Kapitalbeteiligung i. H. v. 33,33 % Gesellschafterbeschlüsse nicht habe verhindern können. Sowohl die Akquisition als auch die Bearbeitung der Aufträge sei Aufgabe des Geschäftsführers C gewesen. Der Kläger habe lediglich an der Baustelle die Tätigkeit eines Maurers ausgeübt. Mit Widerspruchsbescheid vom 12.12.2001 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück.

Am 09.01.2002 hat der Kläger Klage erhoben vor dem SG Dortmund. Er hat vorgetragen, er sei zu keinem Zeitpunkt Geschäftsführer gewesen. Er habe sich lediglich an dem Unternehmen beteiligt, dies allerdings mit einer Quote, die ihm einen beherrschenden Einfluss in der Gesellschaft nicht verschafft habe.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 20.07.2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.12.2001 zu verurteilen, ihm auf seinen Antrag vom 12.03.2001 Insolvenzgeld nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschrift zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat den angefochtenen Bescheid für rechtmäßig gehalten.

Das Sozialgericht hat zur Stellung des Zeugen C sowie des Klägers und des Herrn O innerhalb der Fi. C-Bau Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen D C, L T, B L und N W. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahmen im Einzelnen wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschriften vom 28.07. und 10.11.2003 verwiesen.

Mit Urteil vom 10.11.2003 hat das Sozialgericht der Klage statt gegeben und die Beklagte zur Zahlung von Insolvenzgeld nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen verurteilt. Es hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei bei der Fi. C-Bau abhängig beschäftigt gewesen. Das Sozialgericht ist nach Würdigung der Zeugenaussagen zur Überzeugung gelangt, Herr C habe zuletzt die unternehmerischen Entscheidungen getroffen, nicht der Kläger und auch nicht Herr O. Es ergebe sich das Bild, dass der Kläger und Herr O auf Anregung der Zeugin L und ihres Ehemannes versucht hätten, die Nachfolge der Firma N Bau ihren eigenen Arbeitsplatz sowie die Arbeitsplätze ihrer Kollegen zu erhalten. Dabei seien der Kläger und Herr O unter kaufmännischer Hinsicht ganz offensichtlich überfordert und auf die Hilfe Dritter angewiesen gewesen. Zur Leitung der Geschäfte der Fi. C-Bau seien sie angesichts ihrer Qualifikation gar nicht in der Lage gewesen. Vielmehr habe sich ihre Tätigkeit auf die von Bauleitern beschränkt. Der Kläger habe keinen Einfluss auf die Geschäfte der Firma genommen, der über seine Rechte als Mitgesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag hinaus gegangen sei. Auch die Tatsache, dass der Kläger der Firma einen Kredit in Höhe von 126.000,00 DM gewährt habe, führe zu keinem anderen Ergebnis. Hintergrund dieser Aktion sei zur Überzeugung des Sozialgerichts, dass der Kläger seinen und die Arbeitsplätze seiner Kollegen habe erhalten wollen.

Mit Urteil ebenfalls vom 10.11.2003 hat das Sozialgericht auch Herrn O Insolvenzgeld zugesprochen. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt, welche unter dem Aktenzeichen L 12 AL 288/03 beim erkennenden Senat anhängig ist.

Im Falle des Klägers ist der Beklagten das Urteil am 17.11.2003 zugestellt worden. Am 17.12.2003 ist die Berufung der Beklagten eingegangen. Die Beklagte hält die Beweismwürdigung durch das Sozialgericht nicht für überzeugend. Es sei zunächst festzustellen, dass der Kläger und Herr O für die Neugründung des Unternehmens ein Existenzgründerdarlehen aufgenommen hätten. Voraussetzungen für den Erhalt eines solchen Darlehens sei unter anderem, dass das Vorhaben wirtschaftlich tragfähig sei und die Existenzgründer das notwendige Wissen mitbrächten, um ein Unternehmen erfolgreich zu führen. Eine Gewährung von Existenzgründerdarlehen komme nur für Arbeitgeber in Betracht. Der Kläger und Herr O seien somit neben der Beteiligung am Stammkapital einem hohen Unternehmerrisiko ausgesetzt gewesen. Ihr finanzielles Engagement sei weit über das hinaus gegangen, welches ein abhängiger Beschäftigter für sein Unternehmen an den Tag legen würde. Ferner sei aufgrund der erstinstanzlichen Zeugenaussagen festzustellen, dass sowohl der Kläger als auch Herr O bei ihrer täglichen Arbeit tatsächlich keinen Weisungen unterlegen hätten und dass die mit der Führung der Firma anfallenden Arbeiten weitestgehend arbeitsteilig ohne hierarchische Strukturen verrichtet worden seien. Eine Leitung der Firma durch Herrn C sei unwahrscheinlich, da dieser nach eigenem Bekunden nur sporadisch tätig geworden sei und für seine Tätigkeit auch kein Geld erhalten habe. Die Beschäftigung des Herrn C als Geschäftsführer für die Arbeiten, die die Gesellschafter mangels eigener Kenntnisse nicht so gut ausüben konnten, sei die einvernehmliche Lösung der Firmeninhaber zur Führung des Unternehmens in juristischer und kaufmännischer

Hinsicht gewesen. Der Zeuge C sei zudem nur in der letzten Phase des Unternehmens tätig geworden. Bereits ab Mai 2000 sei jedoch unterstützend ein Bautechniker eingestellt worden. Der Kläger und Herr O hätten dagegen weiterhin selbständig und eigenverantwortlich die technische Leitung auf dem Bau wahrgenommen. Aufgrund der geschilderten Arbeitsverteilung sei festzustellen, dass der Kläger und Herr O ggfls. zusammen mit Herrn C im Rahmen einer täglichen Arbeitsteilung tatsächlich mehr oder weniger nebeneinander gemeinsam die Firma geführt hätten.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 10.11.2003 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Er hält die Beweiswürdigung durch das Sozialgericht für überzeugend. Es komme nicht darauf an, in welchem Umfang der Zeuge C tätig geworden sei. Tatsache sei, dass der Kläger keine leitende Funktion ausgeübt habe. Die tägliche Leitung auf Baustellen obliege üblicherweise einem Ingenieur, in kleinen Betrieben einem Polier. Genau diese Tätigkeit habe der Kläger ausgeführt. Dies sei gerade ein Indiz dafür, dass er eben nicht selbständig tätig gewesen sei.

Der Senat hat den Mitgesellschafter O als Zeugen gehört. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 24.11.2004 Bezug genommen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der den Kläger, den Zeugen O, und die C-Bau betreffende Verwaltungsakten Bezug genommen. Diese Akten waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Beklagten ist begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Gewährung von Insolvenzgeld, weil er die Voraussetzungen des § 183 Sozialgesetzbuch 3. Buch (SGB III) nicht erfüllt. Seine Tätigkeit bei der Fi. C-Bau war nicht versicherungspflichtig. Die angefochtene Verwaltungsentscheidung erweist sich somit im Ergebnis als zutreffend.

Anspruch auf Insolvenzgeld haben nach [§ 183 SGB III](#) neben weiteren Voraussetzungen grundsätzlich nur Arbeitnehmer. Arbeitnehmer sind abhängige Beschäftigte (vgl. Niesel: SGB III, 2. Auflage, § 183, RdNr. 18). Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 SGB IV](#)). Versicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist danach, 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 werden kann, darf es nicht vollständig entfallen. Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. Im Zweifelsfall 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 Verhältnissen entscheidend davon abweichen (vgl. BSG, Urteil vom 05.02.1998 - B 11 AR 71/97 R - m. w. N.). Die Arbeitnehmereigenschaft kann auch in Fällen zu verneinen sein, in denen eine Kapitalbeteiligung am Unternehmen nicht vorliegt (vgl. BSG, Urteil vom 29.10.1986, Az.: [7 RA 43/85](#), Betriebsberater 87, 406 f.). So ist die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen, wenn die Kapitalbeteiligung für die Beherrschung einer GmbH zwar unzureichend ist, der Gesellschafter aber nach der Gestaltung seiner vertraglichen Beziehungen zur GmbH und der tatsächlichen Durchführung des Vertrages hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei ist. Zur Überzeugung des Senates lässt sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers für die Fi. C-Bau um ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis gehandelt hat.

Aufgrund der Beweisaufnahmen durch den Senat und des Sozialgerichts vermochte sich der Senat nicht von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu überzeugen. Der Kläger und Herr O, die von ihrer Ausbildung und ihrer Berufstätigkeit her jedenfalls bis Mitte 1997 als typische Arbeitnehmer angesehen werden konnten, sind zur Überzeugung des Senats mehr oder weniger freiwillig in die Selbständigkeit gedrängt worden. Dies folgt aus den eigenen Bekundungen des Klägers und des Herrn O und der Aussage des Herrn C sowie der übrigen gehörten Zeugen. Die Fi. C-Bau wurde als Nachfolgefirma für die Firmen N-Bau, T, gegründet, bei der Herr L das Sagen hatte. Über seine Ehefrau, die Zeugin B L, sollte dieser Einfluss wohl auch bei der Fi. C-Bau erhalten bleiben. Dies änderte sich dann aber mit dem Ausscheiden der Zeugin L im Jahr 1990. Die Zeugin hat bekundet, dass der Kläger und Herr O Geschäftsführer werden sollten und sie ihnen am 04.10.1999 alle Unterlagen und Schlüssel übergeben hatte. Seither war sie nicht mehr tätig. In der Folgezeit hat sich dann ergeben, dass der Kläger und Herr O mit der kaufmännischen Leitung der Firma überfordert waren und nach Abhilfe suchten. Herr C hat dann ohne Entgelt für die Fi. C-Bau als Geschäftsführer gearbeitet. Herr O und der Kläger haben Herrn C weitgehend freie Hand gelassen, weil ihnen der kaufmännische Bereich nicht so lag. Wenn der Kläger und Herr O den neuen Geschäftsführer C weitgehend in seinem Bereich ohne Einflussnahme arbeiten ließen, so wird Herr C hierdurch noch nicht zum Arbeitgeber. Der Kläger und Herr O haben praktisch blind jemanden vertraut, den sie vorher kaum kannten und der ihnen empfohlen worden ist. Damit sind sie ein erhebliches Risiko eingegangen, dass nicht als arbeitnehmertypisch angesehen werden kann. Tatsächliche Weisungen haben beide von Herrn C auch nie erhalten. Herr C hingegen ist gegenüber der GmbH praktisch kein Risiko eingegangen. Er hat kein Entgelt für seine Tätigkeit erhalten und auch keine Darlehen an die Fi. C-Bau gegeben im Gegensatz zu dem Kläger und Herrn O. Beide haben Existenzgründerdarlehen in Höhe von jeweils 126.000,00 DM bei der örtlichen Sparkasse aufgenommen und dieses Geld der Firma zur Verfügung gestellt. Ein Existenzgründerdarlehen sagt schon vom Wortlaut her, dass es für eine neue Selbständigkeit gedacht ist. Der Betrag von 126.000,00 DM geht weit über die GmbH-Einlage von 25.000,00 DM voraus. Die Übernahme eines solchen Risikos ist nicht arbeitnehmertypisch. Dieses Risiko hat sich letztlich auch realisiert, denn der Kläger und Herr O sind von der Sparkasse in Regress genommen worden, wenn man sich auch vergleichsweise auf nur 20.000,00 Euro Rückzahlung geeinigt hat. Im Gegensatz zur Auffassung des Sozialgerichts kommt der Senat angesichts dieses Haftungsrisikos und

angesichts der unübersichtlichen Einflussnahme des Klägers nicht zu einer abhängigen Beschäftigung des Klägers. Die Gesichtspunkte, die für eine abhängige Tätigkeit sprechen, überwiegen nicht gegenüber denen, die dagegen sprechen. Dann aber konnte die Klage keinen Erfolg haben, weil das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses vom Kläger zu beweisen ist. Diesen Beweis hat der Kläger nicht erbracht. Verbleibende Zweifel gehen zu seinen Lasten. Der Berufung der Beklagten war stattzugeben.

Die von dem Kläger zu Unrecht entrichteten Beiträge sind für ihn nicht verloren. Die Vorschrift des [§ 351 SGB III](#) trägt einer fehlerhaften Beitragserstattung durch eine von Amts wegen vorzunehmenden Beitragserstattung Rechnung.

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

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 nicht erfüllt sind. Es handelt sich um eine Beweiswürdigung im Einzelfall. Dabei hat der Senat die Grundsätze des BSG zur Beurteilung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses zu Grunde gelegt und weicht nicht hiervon ab.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2005-01-17