

## L 3 AL 77/97

Land  
Freistaat Sachsen  
Sozialgericht  
Sächsisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
3  
1. Instanz  
SG Leipzig (FSS)  
Aktenzeichen  
S 1 Al 91/95  
Datum  
17.04.1997  
2. Instanz  
Sächsisches LSG  
Aktenzeichen  
L 3 AL 77/97  
Datum  
22.03.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

I. Auf die Berufung werden das Urteil des Sozialgerichts Leipzig vom 17. April 1997 und der Bescheid vom 18.02.1994 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 06.01.1995 aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Konkursausfallgeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

II. Die Beklagte hat dem Kläger die notwendigen außergerichtlichen Kosten beider Instanzen zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist ein Anspruch auf Konkursausfallgeld aufgrund einer vorausgegangenen Tätigkeit als GmbH-Geschäftsführer streitig.

Der am ... geborene Kläger war bis Ende Dezember 1990 als Elektroinstallationsmeister in der Produktionsgenossenschaft des Handwerks (PGH) " ...", L ..., deren Vorsitzender er ab dem 01.05.1985 war, versicherungspflichtig erwerbstätig. Am 22.06.1991 gründeten der Kläger sowie 22 weitere Genossenschaftsmitglieder - von insgesamt seinerzeit 26 Genossenschaftsmitgliedern - durch Umwandlung der PGH rückwirkend zum 01.01.1991 die E ... Elektroanlagen und Bauschlosserei GmbH, L ... An dem Stammkapital der Gesellschaft i. H. v. 100.000,00 DM (§ 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages) übernahm der Kläger einen Anteil von 9.400,00 DM (höchster Einzelanteil, 9,4 v. H. des Gesamtkapitals). Die übrigen 22 Mitgeschafter hielten Anteile zwischen 8.200,00 DM und 500,00 DM. Nach § 8 des Gesellschaftsvertrages erfolgte die Beschlussfassung der Gesellschaft grundsätzlich mit einfacher Mehrheit, je 100,00 DM Geschäftsanteil ergab eine Stimme. Mit der Errichtung der GmbH wurde der Kläger zum alleinvertretungsberechtigten und vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) befreiten 1. Geschäftsführer (im Folgenden: GF) bestimmt. Nach § 5 Abs. 6 des Gesellschaftsvertrages erfolgte diese Bestellung zunächst unwiderruflich bis zum 31.12.1992 als Sonderrecht. Durch Gesellschafterbeschluss vom 07.05.1993 wurde sie ohne zeitliche Befristung verlängert. Die Handlungsbefugnis des GF erstreckte sich nach § 5 Abs. 5 nur auf Handlungen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs. Für alle darüber hinausgehenden Geschäfte war ein Gesellschafterbeschluss vorgesehen. In § 6 Abs. 1 des Vertrages wurden die Aufgabenbereiche, welche der Bestimmung durch die Gesellschafter unterlagen, genannt. Nach Abs. 2 der Regelung durften die Gesellschafter den GF hierbei Weisungen nur erteilen, soweit sich dieses Recht aus Abs. 1 oder aus zwingenden gesetzlichen Vorschriften ergebe.

Zur Regelung der Einzelheiten der Geschäftsführertätigkeit wurde zwischen dem Kläger und der GmbH ein GF-Vertrag vom 31.12.1990 abgeschlossen, in welchem bei weitgehender nochmaliger Wiedergabe der im Gesellschaftsvertrag getroffenen Festlegungen vereinbart war, dass der GF nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden war (§ 3 Abs. 2) und die Gesellschafter auf das Recht, dem GF Weisungen zu erteilen und sich in die laufende Geschäftsführung einzuschalten, verzichteten. Die GF-Bezüge bestanden danach aus einem festen monatlichen Grundgehalt - von anfänglich 3.000,00 DM monatlich, zuletzt ab Dezember 1992 von 5.500,00 DM monatlich - zuzüglich Urlaubs- und Weihnachtsgeld sowie einer erfolgsabhängigen Vergütung (§ 6 Abs. 3). Für den Krankheitsfall oder bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung verblieb dem GF ein Anspruch auf das monatliche Festgehalt für die Dauer von drei Monaten bei Anrechnung von Krankengeldansprüchen (§ 6 Abs. 6).

Nachdem die E ... GmbH ihre Betriebstätigkeit zum 20.12.1993 eingestellt hatte und ein Antrag auf Eröffnung des Konkurses am 31.12.1993 mangels Masse abgewiesen worden war, beantragte der Kläger am 17.01.1994 bei der Beklagten die Gewährung von Konkursausfallgeld (Kaug). In einem zu dem Antrag ausgefüllten "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH" machte er zu seiner Tätigkeit im Wesentlichen Angaben, die den Regelungen im Gesellschaftsvertrag sowie dem GF-Vertrag entsprachen. Gleichzeitig legte der Kläger eine Ablichtung eines Mitteilungsschreibens der Innungskrankenkasse (IKK)

Leipzig vom 02.12.1992 vor, in welcher diese als zuständige Beitragseinzugsstelle das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mit der GmbH und somit u. a. das Bestehen einer Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung feststellte. Entsprechende Beiträge wurden nach Sachlage in der Folgezeit für den Kläger abgeführt.

Mit Bescheid vom 18.02.1994 lehnte die Beklagte die Bewilligung von Kaug ab, weil der Kläger aufgrund seiner Beteiligung am Gesellschaftskapital und der Ausgestaltung seiner Tätigkeit als GF nicht abhängig beschäftigt gewesen sei. Aus dem Anstellungsvertrag sei eine Bindung des Klägers hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der GF-Tätigkeit nicht zu entnehmen. Deshalb sei davon auszugehen, dass er nicht funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess teilgenommen und auch keinem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterlegen habe.

Zur Begründung des hiergegen am 11.03.1994 eingelegten Widerspruchs trug der Kläger vor, aufgrund seines nur 9,4 % betragenden Kapitalanteils sei er zu keiner Zeit in der Lage gewesen, Beschlüsse zu verhindern, die mit einfacher Mehrheit gefasst werden konnten. Damit habe bei ihm keine Sperrminorität vorgelegen. In seinem Anstellungsvertrag sei auch das monatliche Gehalt für seine Tätigkeit und der Urlaubsanspruch festgelegt gewesen. Seine tägliche feste Arbeitszeit sei von 6.30 Uhr bis 18.00 Uhr gegangen. Es wäre unvorstellbar gewesen, wenn er sich als GF über diese regelmäßigen Arbeitszeiten hinweggesetzt hätte, weil die Gesellschaft aus einer ehemaligen PGH entstanden sei, bei der für alle Beschäftigten die gleichen Arbeitszeiten gegolten hätten. Er habe während seiner GF-tätigkeit auch Baustellen geleitet und Angebote bearbeitet. Die Geschäftsführungsbefugnis habe sich nur auf Handlungen erstreckt, welche der gewöhnliche Geschäftsverkehr mit sich gebracht habe. Die als Sonderrecht zur Alleingeschäftsführung eingeräumte Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) habe ihm nur bis zum 31.12.1992 zugestanden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 06.01.1995 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Der Kläger habe aufgrund der Kapitalbeteiligung an der GmbH ein wirtschaftliches Eigeninteresse an der Gesellschaft gehabt, was auch darin zum Ausdruck komme, dass für ihn eine Gewinnbeteiligung von 5 % vereinbart gewesen sei. Ob es tatsächlich zu einer Gewinnausszahlung gekommen sei, sei unerheblich. Darüber hinaus habe der Kläger die Gesellschaft nach außen hin alleinberechtigt vertreten können, ohne im Hinblick auf Ort, Zeit und Art der Tätigkeit dem Weisungsrecht der Gesellschaft unterworfen gewesen zu sein. Eine Kündigungsfrist des Geschäftsführerverhältnisses sei nicht vereinbart gewesen, was für ein Arbeitnehmerverhältnis ebenso untypisch sei wie die Tatsache, dass sich der Kläger seinen Urlaub nicht habe genehmigen lassen müssen.

Gegen die Bescheide der Beklagten hat der Kläger am 08.02.1995 durch seinen Prozessbevollmächtigten Klage zum Sozialgericht Leipzig (SG) erhoben und zur Begründung vorgetragen, er habe, wie jeder andere Gesellschafter auch, seine Stammeinlage durch Einbringung seines Anteils am Betriebsvermögen der ehemaligen PGH Elektro- und Schlosser-Reparaturen L ... erbracht. Bei der Ermittlung des Anteils sei die Dauer der Zugehörigkeit zu dieser Genossenschaft, die Summe der erhaltenen Gewinnanteile und die einzeln ausgeführte Tätigkeit zugrunde gelegt und bewertet worden. Daraus sei für ihn ein Kapital von (lediglich) 9,4 % errechnet worden. Nach der Gründung der E ... GmbH habe er genau die Tätigkeit ausgeübt, welche er bereits bis 1990 als Vorsitzender der PGH durchgeführt habe. Mit der Kapitalbeteiligung habe er zu keiner Zeit einen beherrschenden Einfluss auf die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung auszuüben vermocht. Er sei - zwar - im Außenverhältnis zur Alleinvertretung befugt gewesen, im Innenverhältnis jedoch an Weisungen der übrigen Gesellschafter bzw. der Gesellschafterversammlung gebunden gewesen. Seine Tätigkeit habe sich nur auf den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb erstreckt. Gem. § 2 des Gesellschaftsvertrages habe er noch nicht einmal die Verwaltung und Organisation der E ... GmbH verändern können, ohne zuvor die Gesellschafter zu fragen. Ebenso habe er nach dieser Regelung nur untergeordnete Kräfte eigenständig einstellen dürfen. Tatsächlich habe er wie ein normaler Angestellter täglich von 6.30 Uhr bis 18.00 Uhr gearbeitet. Nach den vertraglichen Vereinbarungen habe er für Überstunden zusätzliches Geld verlangen können, was bei einem selbständig Erwerbstätigen nicht der Fall sei.

Zur weiteren Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse hat das SG schriftliche Anfragen an drei frühere Mitgesellschafter gerichtet. Wegen der Einzelheiten der Auskünfte des Mitgeschafters H. E ... (Schreiben vom 18.03.1996, der Mitgeschaftlerin H.-R. H ... (Schreiben vom 31.03.1996) und des Mitgeschafters W. K ... (Schreiben vom 09.04.1996) wird auf den Inhalt der Klageakte Bezug genommen.

Mit Urteil vom 17.04.1997 hat das SG die Klage abgewiesen. Die Beklagte habe die Bewilligung von Kaug zu Recht abgelehnt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch seien nicht erfüllt, da der Kläger nicht als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen sei. Wesentliches, wenn auch nicht allein ausschlaggebendes Merkmal für die Beurteilung, ob ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen habe oder nicht, sei der Umfang der Kapitalbeteiligung des Geschafters und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Entscheidungen der Gesellschaft. Hierbei spräche eine Kapitalbeteiligung von 9,4 v. H. und die daraus sich ergebenden Stimmrechtsanteile allein noch nicht für eine selbständige Tätigkeit. Zutreffend führe der Kläger auch aus, dass seine Beteiligung im Hinblick auf die Abstimmungsregelung in § 8 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages keiner Sperrminorität gleichkomme. Der Kläger habe aber ein starkes wirtschaftliches Eigeninteresse an der Gesellschaft gehabt, weil er an deren Gewinn mit 5 % beteiligt gewesen sei, wobei es unerheblich sei, ob es zu einer Gewinnausszahlung gekommen sei. Weiteres Indiz für die selbständige Tätigkeit des Klägers sei die Tatsache, dass er für seinen Urlaubsantritt keiner vorherigen Genehmigung der Geschafterversammlung bedurft. Auch habe § 2 Abs. 2 des Geschäftsführervertrages ausdrücklich vorgesehen, dass der GF nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden gewesen sei. In § 3 Abs. 3 des Geschäftsführervertrages sei ferner bestimmt, dass die Geschafter auf das Recht, dem GF Weisungen zu erteilen und sich in die laufende Geschäftsführung einzuschalten, verzichtet hätten. Dies sei ein wesentliches weiteres Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Die dazu eingeholte Äußerung des Mitgeschafters Kruschke, die mit den Vorgaben des Geschäftsführervertrages voll übereinstimme, spreche klar dafür. Demgegenüber ließe sich die Annahme einer unselbständigen, abhängigen Beschäftigung auf die schriftlichen Äußerungen der Mitgeschaftler E ... und H ... nicht stützen. Ein weiteres wichtiges Indiz für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit sei schließlich die Tatsache, dass eine Kündigungsfrist nicht vereinbart gewesen und eine Kündigungsbeschränkung dahingehend getroffen worden sei, dass eine Kündigung des Geschäftsführerverhältnisses nur aus wichtigem Grund möglich gewesen sei.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger am 02.06.1997 Berufung zum Sächsischen Landessozialgericht eingelegt. Entgegen der Auffassung des SG sei der Kläger nach den eingeholten Zeugenauskünften als GF den Weisungen der Geschafter unterworfen und daher als Arbeitnehmer abhängig beschäftigt gewesen. Die Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag hätten den tatsächlichen Verhältnissen bei seiner Tätigkeit nicht entsprochen. Der Kläger habe nie ohne die Zustimmung der Geschafter gehandelt. Es stehe fest, dass über alle anstehenden Entscheidungen grundsätzlich eine Beschlussfassung durch die Geschafter erfolgt sei, so dass sämtliche Entscheidungen faktisch von diesen getroffen worden seien und zwar auch bezüglich solcher Angelegenheiten, die der Kläger im Rahmen seiner ihm

vertraglich eingeräumten Befugnisse auch hätte eigenständig ausführen können. Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Kläger über (besondere) Fachkunde und Erfahrung verfügte. Vielmehr spreche auch sein Einsatz bei unterqualifizierten Arbeiten gegen eine freie Gestaltung der Arbeit. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass aufgrund der Errichtung der GmbH aus einer ehemaligen PGH nicht nur die Personalstruktur der ehemaligen Genossenschaft, sondern insbesondere auch deren Organisationsgestaltung übernommen worden sei. Ohne dass im GF-Vertrag eine entsprechende Regelung getroffen worden sei, habe die Eingliederung in die bestehende Organisation, insbesondere hinsichtlich der Arbeitszeit, ausnahmslos für alle Mitarbeiter, also auch für den GF gegolten. Seine tägliche Arbeitszeit habe um 6.30 Uhr begonnen und um 18.00 Uhr geendet. Für die Arbeitnehmereigenschaft spreche weiter, dass der Kläger nach § 5 des GF-Vertrages Nebentätigkeiten nur mit Einwilligung der Gesellschafterversammlung aufnehmen und ausüben durfte. Das SG habe auch nicht beachtet, dass bei ihm eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle vereinbart gewesen sei. Bei der vereinbarten Gewinnbeteiligung von 5 % könne auch nicht von einer erheblichen Beteiligung und damit einem besonderen Eigeninteresse die Rede sein.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Leipzig vom 17.04.1997 sowie den Bescheid vom 18.02.1994 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 06.01.1995 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm Konkursausfallgeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Eine durch Beschluss des Senats vom 17.01.2000 ausgesprochene Beiladung der IKK Leipzig, als der seinerzeit zuständigen Beitragseinzugsstelle, wurde nach Anhörung der Beteiligten wegen fehlender gesetzlicher Voraussetzungen für die Beiladung mit Beschluss vom 12.10.2000 wieder aufgehoben. In den aufgrund der Beiladung abgegebenen Stellungnahmen hat die IKK die aufgrund einer Prüfung der sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse des Klägers am 02.12.1992 festgestellte Beitragspflichtigkeit der Tätigkeit und den darauf gestützten rückwirkenden Beitrags- einzug ab Januar 1991 bestätigt (Stellungnahme vom 24.03.2000) und an der Richtigkeit dieser Beurteilung in Kenntnis des angefochtenen Urteils des SG ausdrücklich festgehalten (Schriftsatz vom 09.06.2000). Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft sei die nach den tatsächlichen Verhältnissen zu beantwortende Frage der faktischen Eingliederung des GF in den Betriebsablauf. Dabei könne die Weisungsgebundenheit der Tätigkeit, insbesondere bei Diensten höherer Art stark eingeschränkt und zu einer funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein. Wenn die Dienstleistung in einer von anderer Seite, etwa durch die Gesellschafterversammlung, vorgeschriebenen Ordnung des Betriebes aufgehe, bleibe sie dennoch fremdbestimmt. Im Falle des Klägers habe es allerdings einen vertraglichen Weisungsverzicht der Gesellschafter gegeben. Dieser habe sich aber im Wesentlichen lediglich auf die laufenden Geschäfte bezogen. Eine andere Regelung hätte eine für die Handlungsfähigkeit eines Unternehmens unpraktikable Einschränkung bedeutet.

Der Senat hat zur weiteren Sachaufklärung bei Mitgesellschaftern der früheren E ... GmbH Auskünfte und Unterlagen über die Abhaltung von Gesellschafterversammlungen eingeholt. Wegen der Einzelheiten der hierzu eingangenen schriftlichen Auskünfte, welche den Beteiligten in Abdruck zur Kenntnis zugeleitet wurden, wird auf den Inhalt der Verfahrensakten Bezug genommen.

Zur Klärung der vertraglichen und tatsächlichen Ausgestaltung der Stellung des Klägers im Verhältnis zur GmbH und zu den Mitgesellschaftern hat der Senat in den Verhandlungsterminen am 10.01.2001 und am 22.03.2001 ergänzend den Kläger selbst befragt sowie die Zeugen H.-R. H ..., Mitgesellschafterin und Prokuristin der GmbH, K. M ..., Mitgesellschafterin und Verwaltungsangestellte, D. B ..., Mitgesellschafter und Elektromonteur in der GmbH, W. K ..., Mitgesellschafter und Kfz-Schlosser, sowie W. K ..., Angestellter, Bereichsleiter, uneidlich befragt. Wegen der Einzelheiten der Angaben des Klägers sowie der Aussagen der Zeugen wird auf den Inhalt der Niederschriften des Senats Bezug genommen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf den Inhalt der zum Verfahren beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Verfahrensunterlagen aus beiden Rechtszügen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß §§ 143, 144 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) statthafte und fristgemäß eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig und in der Sache begründet. Das SG hat die Klage gegen die Ablehnungsentscheidungen der Beklagten zu Unrecht abgewiesen. Entgegen den vom SG und der Beklagten vertretenen Auffassungen liegen die gesetzlichen Voraussetzungen des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs auf Kaug vor.

Gemäß §§ 141a, 141b des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG - hier in der Fassung des Gesetzes zur Änderung von Fördervoraussetzungen im Arbeitsförderungsgesetz und in anderen Gesetzen vom 18.12.1992, [BGBl. I S. 2044](#)) haben A r b e i t n e h m e r bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers nach diesem Unterabschnitt des AFG Anspruch aus Ausgleich ihres ausgefallenen Arbeitsentgeltes (Kaug) nach den weiteren Maßgaben in diesen Bestimmungen. Die Vorschriften über das Kaug-Recht (§§ 141a bis 141n AFG) beinhalten keine eigene Bestimmung des Begriffs des Arbeitnehmers. Nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung sind daher für die Prüfung des Arbeitnehmerstatus und insbesondere für die Abgrenzung zwischen einer Beschäftigung als Arbeitnehmer und der Erwerbstätigkeit als Selbständiger die in den Vorschriften über die Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung verwendeten Merkmale maßgeblich (vgl. etwa BSG SozR 4100 § 141b Nr. 41 S. 156 und BSG vom 30.01.1997 - [10 RAr 6/95](#) -, [NZS 1997, 432](#) m. w. N.). Danach ist (gem. §§ 168 Abs. 1 Satz 1, 173a AFG i. V. m. [§ 7](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch [SGB IV]) Arbeitnehmer, wer als Arbeiter oder Angestellter gegen Entgelt eine nichtselbständige Arbeit verrichtet, insbesondere also in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt ist (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#) m. w. N.).

Hiervon ausgehend ist nach den von Rechtsprechung und Verwaltungspraxis entwickelten Grundsätzen Arbeitnehmer, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist, was insbesondere dadurch gekennzeichnet ist, dass er in den Betrieb des Unternehmers eingegliedert und dessen Weisungsrecht in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitstätigkeit unterworfen ist (vgl. dazu BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Die selbständige, nicht der Beitragspflicht zu der gesetzlichen Sozialversicherung sowie zur Arbeitslosenversicherung unterliegende

Tätigkeit ist demgegenüber durch das Recht und die Möglichkeit bestimmt, über die eigene Arbeitskraft, den Arbeitsort und -zeit frei zu verfügen, andererseits aber auch grundsätzlich einem unternehmerischen Risiko ausgesetzt zu sein.

Maßgeblicher Ausgangspunkt für die Prüfung und Bewertung der Verhältnisse ist die für die Tätigkeit zwischen den Beteiligten getroffene (arbeits-)vertragliche Regelung, welche allerdings zurücktritt, wenn die tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse in der Tätigkeitspraxis entscheidend davon abweicht. Im Zweifel ist darauf abzustellen, welche Merkmale der Tätigkeit überwiegen (vgl. BSG, Urteil vom 30.01.1997, [a.a.O.](#)).

In Anwendung dieser Rechtslage und der für die Anwendung der maßgeblichen Vorschriften durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, die auch für die Tätigkeit eines GF einer GmbH gelten, hat das SG den Anspruch des Klägers auf Kaug mangels einer Arbeitnehmereigenschaft des Klägers zu Unrecht verneint. Die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers scheidet zunächst nicht bereits allein aufgrund seiner Rechtsstellung als Gesellschafter-GF der E ... GmbH aus. Zwar ist grundsätzlich eine Weisungsgebundenheit und somit Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft bzw. den (anderen) Gesellschaftern dann zu verneinen, wenn der GF aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung am Stammkapital oder wenigstens aufgrund des Besitzes einer so genannten Sperrminorität maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben und somit ihm nicht genehme Weisungen vermeiden kann. Wer - allein schon - kraft seiner Gesellschafterrechte die für den Arbeitnehmerstatus typische Weisungsabhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann, kann grundsätzlich nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein. Ein derartiger Fall liegt jedoch beim Kläger, welcher an dem Stammkapital der E ... GmbH nur mit einem Anteil von 9,4 v. H. beteiligt war, unter Berücksichtigung der Stimmrechtsregelung in § 8 des GmbH-Vertrages nicht vor.

Auch wegen seiner Organstellung als GF der GmbH war eine Abhängigkeit des Klägers gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern nicht zu verneinen. Selbst wenn ein GF als solcher gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt, ist damit nicht ausgeschlossen, dass er selbst gegenüber der Gesellschaft weisungsabhängig und damit bei dieser als Arbeitnehmer beschäftigt sein kann (vgl. dazu BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#) m. w. N.).

Ebenso wenig ist allerdings eine abhängige Beschäftigung des Klägers bei der E ... GmbH schon allein deshalb anzuerkennen, weil die im Berufungsverfahren vorübergehend beigeladene IKK als seinerzeit zuständige Beitragseinzugsstelle am 02.12.1992 die Beitragspflichtigkeit der Tätigkeit zur Bundesanstalt festgestellt und rückwirkend ab Januar 1991 den Beitragseinzug veranlasst und an dieser rechtlichen Beurteilung der sozialversicherungsrechtlichen Verhältnisse auch im Rahmen des Rechtsstreits in ihren Stellungnahmen vom 24.03.2000 und 09.06.2000 ausdrücklich festgehalten hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist die Beklagte bei der Entscheidung über einen Antrag auf Kaug gesetzlich nach dem hier maßgeblichen Recht des AFG zu einer umfassenden selbständigen Überprüfung des Vorliegens eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ohne Bindung an eine vorausgegangene Feststellung des zuständigen Sozialversicherungsträgers berechtigt und verpflichtet. Dies gilt selbst dann, wenn die Einzugsstelle die Beitragspflicht zur BA durch einen formellen und den Beteiligten bekannt gegebenen Verwaltungsakt festgestellt hat (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 141b Nr. 8](#); BSG vom 06.02.1992 - [7 RAR 134/90](#) -, ZFSH/SGB 1992 S. 429 -).

Die mit den angefochtenen Entscheidungen ausgesprochene Ablehnung der Kaug-Bewilligung ist jedoch rechtswidrig, denn sie beruht auf einer im Hinblick auf die dargelegten Grundsätze im Ergebnis unzutreffenden Verneinung eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses des Klägers bei der E ... GmbH. Im Hinblick auf das Ergebnis der im Berufungsverfahren durchgeführten ergänzenden Ermittlungen konnte nach Überzeugung des Senats die bei der zusammenfassenden Gesamtwertung der Verhältnisse nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts angezeigte besondere Beachtung der tatsächlichen Ausgestaltung der Rechtsposition des GF nicht zur Annahme einer Selbständigkeit des Klägers führen. Die von der Beklagten und dem SG insoweit zutreffend aufgezeigten Einzelregelungen im Gesellschafts- und im GF-Vertrag waren vielmehr bei der hiernach angezeigten maßgeblichen Berücksichtigung der faktischen Umsetzung solcher Regelungen in die Betriebspraxis, wie sie sich für die E ... GmbH aus den Aussagen der im Berufungsverfahren angehörten Zeugen ergibt, nicht geeignet, eine Selbständigkeit des Klägers zu begründen. Das SG hat sich bei seiner Entscheidung insoweit in Übereinstimmung mit der Beklagten zunächst auf den sich in § 3 Abs. 3 des GF-Vertrages (gegenüber § 6 Abs. 1 und 2 des Gesellschaftsvertrages) erklärten allgemeinen Weisungsverzicht der Gesellschafter gegenüber dem GF, ein sich aus der erfolgsabhängigen Vergütung i. H. v. 5 % des Jahresüberschusses (§ 6 Abs. 1 und 3 des GF-Vertrages) ergebendes wirtschaftliches Eigeninteresse des Klägers sowie das Fehlen einer vertraglich festgelegten Kündigungsfrist bei Einschränkung der Kündigung auf den Fall des wichtigen Grundes (§ 10 des GF-Vertrages) gestützt und im Übrigen als maßgeblich hervorgehoben, dass der Kläger nach der ausdrücklichen Regelung in § 2 Abs. 2 des GF-Vertrages ausdrücklich nicht an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden gewesen sei und (deshalb) auch für seinen Urlaub nicht einer vorausgehenden Genehmigung der Gesellschafterversammlung bedürftig habe. Diese Feststellungen hat das SG den Vertragstexten und der von ihm lediglich schriftlich eingeholten Auskunft des Mitgesellschafters W. Krischke entnommen, welche es ungeachtet der teilweise abweichenden Angaben der ebenfalls schriftlich befragten Mitgesellschafters H ... und E ... als zutreffend wertete. Die unter Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verfahrensfehlerhaft getroffenen Feststellungen haben sich nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Zeugenbefragung aber als teilweise unzureichend und teilweise unzutreffend herausgestellt und deshalb maßgeblich zu einer den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Gesamtwertung geführt. Hinsichtlich des vom SG besonders gewichteten Verzichts der Gesellschafter auf das Weisungsrecht gegenüber dem GF gemäß § 3 Abs. 3 des GF-Vertrages hat sich das SG nicht damit auseinandergesetzt, dass sich dieser Weisungsverzicht nach dem Gesamtzusammenhang lediglich auf die "laufende Geschäftsführung" beschränkte und damit nur den allgemeingültigen Rechtszustand wiederholte. Daraus lässt sich dagegen nicht entnehmen, dass damit die in § 5 Abs. 5 i. V. m. § 6 des Gesellschaftsvertrages bestimmte Einschränkung der Entscheidungskompetenzen des GF vertraglich aufgehoben werden sollte und insbesondere auch in der Betriebspraxis nicht beachtet worden wäre. Aus den Aussagen der vom Senat angehörten Zeugen H ... und B ... ergibt sich vielmehr, dass der Kläger ungeachtet der ihm gesellschaftsvertraglich eingeräumten Alleinvertretungsbefugnis und der - insoweit entgegen der Darstellung des Klägers zuletzt zeitlich nicht befristeten - Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot ([§ 181 BGB](#)) regelmäßig bei wesentlichen Geschäftsangelegenheiten, insbesondere größeren Auftragsprojekten jedenfalls die in der Verwaltung der GmbH mitarbeitenden und daher im Betriebsgelände häufig anwesenden Mitgesellschafters bei der Entscheidungsvorbereitung einbezogen hat. Eine davon wesentlich abweichende und maßgeblich zu gewichtende Auskunft kann auch der Aussage des Zeugen K ..., auf dessen schriftliche Auskunft das SG besonders abgestellt hat, nicht entnommen werden. Aufgrund des vom Senat bei der Zeugeneinvernahme gewonnenen Persönlichkeitsbildes dieses Zeugen war dessen Kenntnis der innerbetrieblichen Vorgänge wegen dessen überwiegender Arbeitstätigkeit auf den Baustellen als gewerblicher Mitarbeiter außerhalb des Betriebssitzes und dessen - möglicherweise durch die vorausgegangene

berufliche Prägung während der Tätigkeit in der PGH - unklarer Vorstellungen über seine Rechte und Möglichkeiten als Mitgesellschafter im Vergleich zu den anderen als Zeugen gehörten Mitgesellschaftern wesentlich eingeschränkt. Auch soweit das SG - wohl aufgrund der eigenen Angaben des Klägers im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung vom 18.01.1994 - ein weiteres Indiz für eine selbständige Tätigkeit des Klägers darin sah, dass sich dieser seinen Urlaub nicht von der Gesellschafterversammlung (?) bzw. der Gesellschaft genehmigen lassen musste, kann dem nach dem Ergebnis der Befragung der Zeugen hierzu nicht gefolgt werden. Nach den übereinstimmenden und überzeugenden Angaben der Zeugen H ... und B ... war der Kläger nämlich ebenso wie andere in der GmbH als Betriebsleiter oder in ähnlicher Stellung mitarbeitende Gesellschafter in die an den betrieblichen Anforderungen orientierte vorausgehende Jahresurlaubsplanung einbezogen und hat nach der Bekundung der Zeugin H ... bei der konkreten Urlaubsnahme auch wie jeder andere Mitarbeiter einen "Urlaubsschein eingereicht". Damit spricht die tatsächliche Handhabung der Urlaubseinbringung durch den Kläger in der E ... GmbH sogar eher für eine sich an der betrieblichen Ordnung orientierende, in den Betrieb eingebundene als für eine davon unabhängige und im Vergleich zu den übrigen mitarbeitenden Mitgesellschaftern gesonderte Stellung des Klägers. Auch die vom Senat getroffenen weiteren Feststellungen zu Ort, Zeit und Art der GF-Tätigkeit des Klägers lassen entgegen der von der Beklagten und dem SG vertretenen Auffassung unbeschadet der insoweit in § 3 Abs. 2 des GF-Vertrages enthaltenen Regelung zur Arbeitszeit keinen hinreichend tragenden Schluss auf eine Selbständigkeit der Tätigkeit des Klägers zu. Dieser hat nach übereinstimmenden eigenen Angaben und Zeugenaussagen tatsächlich regelmäßig eine den Arbeitszeiten der übrigen Beschäftigten vergleichbare tägliche Arbeitszeit eingehalten und dabei entsprechend den betrieblichen Anforderungen Arbeitseinsätze auch auf Baustellen übernommen. Soweit dabei die wöchentliche Arbeitszeit des Klägers nach Sachlage teilweise diejenige anderer Beschäftigter überstieg, kann allein daraus kein für eine Arbeitnehmerstellung untypisches und für eine selbständige Tätigkeit entsprechendes Merkmal gesehen werden. Nach der Aussage der Zeugin H ... sind freiwillige und unentgeltliche Überstunden öfters auch von ihr und anderen "in der Verwaltung" eingesetzten Mitarbeitern geleistet worden. Zu der tatsächlichen Arbeitszeitgestaltung in der Gesellschaft hat der Kläger glaubwürdig vortragen lassen, dass hierbei die Errichtung der GmbH aus einer ehemaligen PGH mit der Folge der Übernahme u. a. der Organisation wesentlicher Betriebsabläufe zu beachten sei. Auf diesem Hintergrund hat auch die zeitliche Eingliederung der Tätigkeit in die Betriebsorganisation ausnahmslos für alle Mitarbeiter, also auch für den GF, gegolten.

Die ausschließlich auf einer Auswertung der vorliegenden schriftlichen Unterlagen beruhende abweichende Wertung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers als GF der E ... GmbH durch das SG und die Beklagte wird nach dem Ergebnis der vom Senat durchgeführten Ermittlungen nicht den Anforderungen an eine umfassende Mitberücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse unter Einschluss der Vorgeschichte der Errichtung der Gesellschaft sowie der persönlichen und beruflichen Biographie des Klägers und seiner Persönlichkeit gerecht. Die Zeugen B ... und K ... haben übereinstimmend erklärt, dass die Gründung der E ... GmbH auf einem gemeinsamen Entschluss der früheren PGH-Mitglieder beruhte, welche dadurch ihre Arbeitsplätze erhalten bzw. sichern wollten. Eine besondere eigene Initiative oder herausragende unternehmerische Rolle des Klägers hierbei konnte nicht festgestellt werden. Aufgrund seiner vorausgegangenen Tätigkeit als Vorsitzender der PGH und der dabei erworbenen Erfahrung und Qualifikation war dieser allerdings - nach Aussage der Zeugin H ... auch mangels eines vergleichsweise geeigneten anderen Bewerbers - der natürliche, allein in Betracht kommende GF der GmbH. Bei dieser Sachlage wurde der Kläger auch von Mitgesellschaftern in gewissem Sinne als "Chef" der GmbH angesehen. Dadurch verfügte der Kläger jedoch weder über ausschließliche Branchenkenntnisse noch über eine Qualifikation und Berufserfahrung, welche ihn in die Lage gesetzt hätten, unter den ganz andersartigen marktwirtschaftlichen Bedingungen die GmbH über das ihm durch die gesellschaftsvertraglichen Regelungen und den GF-Vertrag rechtlich eingeräumten Befugnisse hinaus im Wesentlichen frei zu führen und insbesondere ungeachtet der sich aus diesen Vertragsregelungen ergebenden Mehrheitsverhältnisse ihm nicht genehme Entscheidungen der Gesellschafterversammlung zu verhindern. Ein konkretes Indiz für diese Stellung des Klägers in der Gesellschaft ist nach Ansicht des Senats die nach der Aussage der Zeugin H ... von dieser entsprechend der Regelung in § 7 des GF-Vertrages vorgeschlagene durch die Gesellschafterversammlung aber abgelehnte Anschaffung eines Dienstwagens für den GF. Auch nach der gesamten Persönlichkeitsstruktur, von welcher sich der Senat durch die persönliche Befragung des Klägers im Berufungsverfahren ein Bild machen konnte, war dieser nicht als eine typische Unternehmerpersönlichkeit anzusehen, die bereit und in der Lage ist, wesentliche Entscheidungen für ein Unternehmen frei und selbständig zu treffen. Auch insoweit sieht sich der Senat durch die Bekundungen der Zeugen B ... und H ... zu dem tatsächlichen Ablauf von Entscheidungen in Personal- und Finanzfragen sowie der generellen Geschäftspolitik bestätigt. Die Arbeitsweise des Klägers als GF auf diesen Gebieten war ausweislich dieser Zeugenaussagen nach Ansicht des Senats eher durch eine die Verantwortung auf - aus der Sicht des Klägers hierfür in Betracht kommende - weitere Mitgesellschafter/Mitarbeiter delegierende als auf eine eigenständige, weisungsunabhängige Vorgehensweise gekennzeichnet.

Da somit die umfassende Gesamtwürdigung der tatsächlichen Verhältnisse entgegen der Ansicht des SG und der Beklagten die Annahme einer nicht durch die vertraglichen Regelungen begründeten weisungsfreien und somit selbständigen Erwerbstätigkeit des Klägers als GF nicht rechtfertigt, waren das angefochtene Urteil sowie die Ablehnungsbescheide der Beklagten aufzuheben und diese dem Grunde nach zu verpflichten, dem Kläger antragsgemäß Kaug zu gewähren.

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

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-09-08