

L 4 AL 101/98

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 50 Ar 2396/98
Datum
23.09.1998
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 4 AL 101/98
Datum
03.11.2000
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 23. September 1998 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten hat die Beklagte dem Kläger auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Gewährung von Arbeitslosengeld - Alg -. Vorrangig geht es darum, ob die Anwartschaftszeit erfüllt ist.

Der 1944 geborene Kläger, ein Betriebswirt, war Gesellschafter und Geschäftsführer der T.- D., Dr. B.& Partner Gesellschaft für Beratung und Projektmanagement mbH. Am Stammkapital von 200.000,- DM war er mit 72.000,- DM entsprechend 36 v.H. beteiligt. Die übrigen Anteile hielten zu 26 v.H. der Ingenieur Dr. B. und zu je 19 v.H. der Rechtsanwalt M. und der Dipl.-Volkswirt M ... Nach § 1 des Gesellschaftsvertrages vom 28. Dezember 1993 war Gegenstand des Unternehmens die Beratung Dritter in Fragen der Unternehmensplanung und -organisation, der Finanzierung, des Personalwesens, der Materialwirtschaft, des Vertriebs, des Rechnungswesen und der Wirtschaftlichkeit. Nach § 6 erfolgten Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit, wobei je 100,- DM eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährten. Die Geschäftsführung oblag einem oder mehreren Geschäftsführern, denen Einzelvertretungsbefugnis auch unter Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) eingeräumt werden konnte (§ 5 Abs. 1 und 2). Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis für aufgelistete wichtige Geschäfte waren in § 5 Abs. 3 vorgesehen.

In dem Geschäftsführervertrag vom 17. Dezember 1993, den die GmbH, vertreten durch die übrigen Gesellschafter, mit dem Kläger geschlossen hatte, waren seine Rechte und Pflichten umfassend geregelt. Nach § 1 war er bei der Geschäftsführung auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages der GmbH einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit. Er hatte gemäß § 2 Anspruch auf ein jährliches Festgehalt von 169.500,- DM, zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen, sowie auf eine gewinnabhängige Tantieme. Gemäß § 3 stand ihm Gehaltsfortzahlung im Falle der Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Verhinderung für sechs Wochen und anschließend bis zum Ende des 6. Monats nach Beginn der Verhinderung ein Zuschuss zum Krankengeld in Höhe der Differenz zwischen diesem und dem zuletzt bezogenen Nettogehalt zu. Nach § 5 hatte er Anspruch auf einen Jahresurlaub von 26 Arbeitstagen, wobei er die Urlaubszeit unter Berücksichtigung der Belange der GmbH bestimmte. An eine feste Arbeitszeit war er nicht gebunden, musste jedoch während der betriebsüblichen Arbeitszeit zur Verfügung stehen (§ 6). Die Kündigungsfrist betrug für beide Seiten zwölf Monate zum Ende eines Geschäftsjahres. Gemäß § 9 sollte über alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag, über deren Gegenstand die Vertragsparteien einen Vergleich abschließen durften, ein Schiedsgericht nach Maßgabe eines gesonderten Schiedsvertrages vom selben Tage entscheiden.

Wegen Differenzen in der Geschäftsführung und Liquiditätsproblemen wurde das Arbeitsverhältnis am 12. Mai 1997 mit sofortiger Wirkung beendet.

Am 26. Juni 1997 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte die Gewährung von Alg. Im Fragebogen zur Feststellung der Versicherungspflicht gab er u.a. an, dass auch Dr. B. alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer gewesen sei, seine - des Klägers - wöchentliche Arbeitszeit ohne Begrenzung gewesen sei und tatsächlich durchschnittlich 60 Stunden betragen habe, und er hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung keinen Weisungen wie ein fremder Arbeitnehmer unterworfen gewesen sei.

Vom 26. Januar bis 11. April 1998 nahm der Kläger an einer von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte - BfA - gewährten stationären Rehabilitationsmaßnahme teil.

Mit Bescheid des Arbeitsamtes Berlin Südwest vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 lehnte die Beklagte die Gewährung von Alg im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Kläger erfülle nicht die Anwartschaftszeit nach § 104 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz - AFG -, weil er in der Rahmenfrist nicht 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der Angaben des Klägers im Feststellungsbogen vom 28. Januar 1998 sowie der im Widerspruchsverfahren eingereichten Verträge betreffend die GmbH und seine Geschäftsführertätigkeit habe er diese nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt. Aus diesem Grunde sei auch nicht die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe - Alhi - erfüllt. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf Bl. 2 bis 4 des Widerspruchsbescheides Bezug genommen.

Mit der am 20. Juni 1998 erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt und im Wesentlichen geltend gemacht, dass er bei einem Geschäftsanteil von nur 36 v.H. keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft habe ausüben können. Jeder leitende Angestellte habe einen größeren Entscheidungsspielraum als untergeordnete Beschäftigte und sei trotzdem weisungsabhängig, weil er an die Beschränkungen des Gesellschaftsvertrages und an die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung gebunden sei. Hieraus ergebe sich ohne weiteres auch seine von der Beklagten in Abrede gestellte Weisungsgebundenheit. Er habe während seiner gesamten Tätigkeit unbeanstandet Sozialversicherungsbeiträge abgeführt, u.a. für die Beklagte. Die BfA habe seinen Antrag, ihn als Geschäftsführer von der Rentenversicherungspflicht zu befreien, unter dem 16. Dezember 1994 mit Hinweis auf seine gesetzliche Sozialversicherungspflicht abgelehnt.

Die vom Kläger begehrte Gewährung von Alg im Wege einstweiligen Rechtsschutzes hat das Sozialgericht Berlin mit Beschluss vom 8. Juli 1998 - S 50 Ar-E ... /98 - abgelehnt.

Das Sozialgericht hat den Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 23. September 1998 persönlich angehört, wobei er u.a. angegeben hat, dass er bis zu seinem Ausscheiden als Geschäftsführer mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH gehaftet und zusammen mit dem anderen Geschäftsführer Dr. B. eine gesamtschuldnerische Bürgschaft in Höhe von 300.000,- DM übernommen habe. Mit Urteil vom selben Tag hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und in den Entscheidungsgründen, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird, im Wesentlichen sinngemäß ausgeführt, die zulässige Klage sei nicht begründet. Der angefochtene Bescheid vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 sei rechtmäßig, denn der Kläger habe keinen Anspruch auf Gewährung von Alg. Nach § 100 Abs. 1 AFG habe Anspruch auf Alg, wer u.a. die Anwartschaftszeit erfüllt habe, d.h. in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Beschäftigt sei nach § 7 Sozialgesetzbuch - SGB - IV, wer unselbständige Arbeit leiste, d.h. von einem Arbeitgeber persönlich abhängig sei und seinem Weisungsrecht insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer, Art und Ort der Tätigkeit unterliege. Die Weisungsgebundenheit könne zwar bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein, dürfe aber nicht vollständig entfallen. Der Kläger habe seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten können, ein Direktionsrecht sei tatsächlich nicht ausgeübt worden. Er habe seine Tätigkeit hinsichtlich Art und Weise der Ausführung im Wesentlichen an den Notwendigkeiten der Gesellschaft ausgerichtet. Dabei habe er ein erhebliches Unternehmensrisiko mitgetragen. Zum einen habe er sich mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH bis zur Höhe von 300.000,- DM verbürgt, zum anderen habe er Anspruch auf eine gewinnabhängige Tantieme gehabt, wobei unbeachtlich sei, dass diese wegen Liquiditätsproblemen der Gesellschaft tatsächlich nicht zur Auszahlung gelangt sei.

Ab dem 12. April 1998 habe der Kläger im Übrigen auch deshalb keinen Anspruch auf Alg, weil er für das Arbeitsamt nicht verfügbar gewesen sei, denn er habe der Beklagten zwar den Beginn, aber nicht das Ende der Reha-Maßnahme mitgeteilt.

Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass die BfA nicht über die Versicherungspflicht des Klägers entschieden, sondern ihn an die nach dem SGB IV zuständige Einzugsstelle verwiesen habe.

Gegen das seinen Bevollmächtigten am 28. Oktober 1998 zugestellte Urteil hat der Kläger am 25. November 1998 Berufung eingelegt. Zur Begründung hat er sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft und ergänzend noch vorgetragen, dass er sehr wohl weisungsabhängig gewesen sei. Bezüglich des Erholungsurlaubes habe er sich mit dem zweiten Geschäftsführer abstimmen müssen. In den Gesellschafterversammlungen, die ca. vierteljährlich abgehalten worden seien, seien u.a. die aktuellen Aufträge und deren Abarbeitung durch die beiden Geschäftsführer besprochen worden, wobei es auch Einzelanweisungen hinsichtlich der Priorität und Art der Erledigung einzelner Aufträge gegeben habe. Mangels einer Sperrminorität habe er sich gegen diese bindende Verteilung der Arbeit nicht wehren können. Seine Mitbürgschaft für die Verbindlichkeiten der GmbH sei weniger Zeichen einer willentlichen Übernahme eines Unternehmensrisikos als vielmehr ein Zugeständnis zum Zwecke des Erhalts seines Arbeitsplatzes gewesen, weil eine GmbH heutzutage ohne Übernahme einer persönlichen Haftung durch die Gesellschafter bzw. die Geschäftsführer bei keiner Bank einen Kredit erhalte. Er habe sich nur für 100.000,- DM verbürgt, der früher angegebene Betrag von 300.000,- DM betreffe den Kreditrahmen. Die Beklagte verstoße gegen Treu und Glauben, wenn sie ihm nach jahrelanger Beitragsentrichtung nunmehr die gesetzlichen Leistungen verweigere und ihn auf die Möglichkeit der Beitragsersatzung verweise. Die von ihm 1994 beantragte Befreiung von der Rentenversicherungspflicht sei von der BfA unter dem 16. Dezember 1994 mit Hinweis auf die Sozialversicherungspflichtigkeit seiner Tätigkeit abgelehnt worden. Am 11. November 1998 habe die BfA eine Betriebsprüfung nach [§ 28 p Abs. 1 SGB IV](#) durchgeführt, die für den Zeitraum vom 1. Dezember 1993 bis 31. Dezember 1997 zu keinen Beanstandungen geführt habe.

Das Sozialgericht sei schließlich zu Unrecht von seiner mangelnden Verfügbarkeit ab dem 12. April 1998 ausgegangen. Zum einen sei er vom Arbeitsamt nach August 1997 zu keiner weiteren persönlichen Meldung aufgefordert worden, zum anderen habe er sich mit Schreiben vom 24. September 1998 rückwirkend ab dem 11. April 1998 bei der Beklagten wieder als verfügbar gemeldet. Jedenfalls ab dem Zeitpunkt dieser Erklärung stehe ihm Alg zu.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 23. September 1998 sowie den Bescheid der Beklagten vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm Alg für die Zeit vom 26. Juni 1997 bis 25. Januar 1998 sowie ab dem 12. April 1998, hilfsweise ab 24. September 1998, zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die von den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

Die den Kläger betreffende Leistungsakte der Beklagten zur Stamm-Nr. - - und die Akten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens - S 50 Ar-E .../98 - haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, weil nicht durch Tatbestände des [§ 144 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG - ausgeschlossene Berufung ist nicht begründet.

Der angefochtene Bescheid vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 ist rechtmäßig, wie das Sozialgericht zutreffend entschieden hat, denn der Kläger kann von der Beklagten die Gewährung von Alg nicht beanspruchen.

Gemäß § 100 Abs. 1 AFG hat Anspruch auf Alg, wer u.a. die Anwartschaftszeit des § 100 AFG erfüllt, d.h. in der dreijährigen Rahmenfrist vor dem Eintritt der übrigen Anspruchsvoraussetzungen 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat. Beitragspflichtig sind nach § 168 Abs. 1 AFG Arbeitnehmer, also als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt Beschäftigte; zum Begriff der Beschäftigung verweist § 173 a AFG auf die insoweit grundlegende Vorschrift des § 7 Sozialgesetzbuch - SGB - IV.

Nach § 104 Abs. 2 AFG geht die Rahmenfrist dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen - des § 100 AFG - für den Anspruch auf Alg erfüllt sind. Die Rahmenfrist umfasst hier den Zeitraum vom 26. Juni 1994 bis zum 25. Juni 1997. In diesem gesamten Zeitraum - bis auf die letzten Wochen seit dem 12. Mai 1997 - war der Kläger Gesellschafter-Geschäftsführer der Tausend-Delsa, Dr. Bohm & Partner Gesellschaft für Beratung und Projektmanagement mbH. Dass er während dieser Tätigkeit für die GmbH Beiträge u.a. zur Arbeitslosenversicherung an die Einzugsstelle entrichtet hat, ist für seinen Anspruch auf Alg unerheblich. Nach den §§ 100, 104 AFG hängt der Anspruch auf Alg allein von einer beitragspflichtigen Beschäftigung während der Anwartschaftszeit ab, nicht dagegen von der Entrichtung von Beiträgen, die die Einzugsstelle vom abführenden Arbeitgeber regelmäßig ungeprüft entgegennimmt (vgl. Urteile des BSG vom 29. Oktober 1986 - [7 RA 43/85](#) - und vom 18. April 1991 - [7 RA 32/90](#) -). Zu Unrecht entrichtete Beiträge sind nach Maßgabe des § 185 a AFG dem Kläger auf Antrag zu erstatten, worauf ihn die Beklagte im angefochtenen Bescheid vom 3. März 1998 zutreffend hingewiesen hat.

Ersetzt die Beitragsentrichtung eine fehlende beitragspflichtige abhängige Beschäftigung nicht, kann auch ein Vertrauen des Betroffenen, aufgrund der Beitragsentrichtung bzw. der widerspruchsfreien Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert zu sein, nicht geschützt sein. Es ist daher unerheblich, ob der Kläger darauf vertraut hat, aufgrund der von ihm und der GmbH entrichteten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit Anspruch auf Alg zu haben (BSG a.a.O.). Etwas anderes ergibt sich hier auch nicht aus den vom Kläger vorgelegten Schreiben der BfA. Diese hat, worauf das Sozialgericht bereits zutreffend hingewiesen hat, keineswegs verbindlich die Sozialversicherungspflicht des Klägers festgestellt. Vielmehr hat sie ihm mit Schreiben vom 16. Dezember 1994 lediglich mitgeteilt, dass eine Befreiung von der Rentenversicherungspflicht für seine Beschäftigung als Geschäftsführer gesetzlich nicht vorgesehen und daher nicht möglich sei. Ferner hat sie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass gemäß [§ 28 h SGB IV](#) die zuständige Einzugsstelle (Krankenkasse) darüber zu entscheiden habe, ob er der Rentenversicherungspflicht unterliege. Eine solche Entscheidung hat der Kläger aber nach Aktenlage offenbar nicht herbeigeführt. Aus der Prüfmitteilung der BfA vom 11. November 1998, derzufolge die durchgeführte Prüfung für den Zeitraum vom 1. Dezember 1993 bis zum 31. Dezember 1997 „keine Feststellungen ergeben“ habe, kann der Kläger schon deshalb keinen Vertrauensschutz im Hinblick auf seine geltend gemachte Versicherungspflicht herleiten, weil die Betriebsprüfung erst 1 1/2 Jahre nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer vorgenommen worden ist.

Beschäftigter bzw. Arbeitnehmer ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), wer unselbständige Arbeit leistet, d.h. von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit setzt die Eingliederung in den Betrieb und eine Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer, Art und Ort der Tätigkeit. Die Weisungsgebundenheit kann bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein, darf aber nicht vollständig entfallen; es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung erfolgen, diese also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (ständige Rechtsprechung des BSG, vgl. z.B. Urteil vom 8. August 1990 - [11 RA 77/89](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#) sowie Urteil vom 6. Februar 1992 - [7 RA 134/90](#) - [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#) jeweils m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer Arbeitnehmer ist, also ob er sich in der Position persönlicher Abhängigkeit von der Gesellschaft befindet. Für GmbH-Gesellschafter, die über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügen und damit einen maßgebenden Einfluss auf deren Entscheidung besitzen, hat die Rechtsprechung grundsätzlich ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis verneint. Reicht die Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers an der GmbH für deren Beherrschung nicht aus, kann die Arbeitnehmereigenschaft gleichwohl fehlen, wenn er nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (dennoch) mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann, etwa bei einer vorgesehenen Sperrminorität.

Darüber hinaus ist in Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Beteiligung unter 50 % liegt, die einfache Mehrheit der Stimmen zur Beschlussfassung der Gesellschaft grundsätzlich genügt und dem Geschäftsführer auch sonst keine rechtlichen Möglichkeiten zur Verfügung stehen, Weisungen zu verhindern, eine versicherungspflichtige Beschäftigung des Geschäftsführers dann zu verneinen, wenn er nach der

Gestaltung seiner vertraglichen Beziehung zur GmbH bzw. nach der tatsächlichen Durchführung des Vertrages hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Art der Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei ist. Die gesellschaftsrechtliche Abhängigkeit kann nämlich auch durch den tatsächlich eingeräumten Einfluss aufgehoben werden.

Prüfungsmaßstab sind dabei zunächst die im Anstellungs- bzw. Gesellschaftsvertrag zur Rechtstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers getroffenen Regelungen. Weichen die tatsächlichen Verhältnisse hiervon entscheidend ab, ist auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalles abzustellen, so auch dann, wenn der Vertrag keine oder nur unzureichende Bestimmungen über die Gestaltung des Gesellschafts- und Anstellungsverhältnisses trifft. Es kommt mithin auf die Umstände des Einzelfalles an. In Zweifelsfällen ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen (vgl. zu alledem BSG a.a.O. m.w.N.).

Nach den hier bekannten Umständen sind die Beklagte und das Sozialgericht zu Recht davon ausgegangen, dass der Kläger als Selbständiger zu behandeln ist. Für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses genügt nämlich nicht, dass der zu Dienstleistungen Verpflichtete überhaupt an Anweisungen irgendwelcher Art gebunden ist; denn auch wer sich als Selbständiger zur entgeltlichen Geschäftsbesorgung verpflichtet, muss grundsätzlich Weisungen des Dienstberechtigten beachten. Es kommt deshalb darauf an, welcher Art die Weisungsgebundenheit ist. Nach § 5 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages waren die Geschäftsführer zwar verpflichtet, die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu beachten. In Abs. 3 S. 2 waren darüber hinaus bestimmte Geschäfte aufgeführt, die der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedurften. Es handelt sich dabei um Rechtshandlungen von besonderer Bedeutung wie z.B. den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken und Grundstücksrechten, die Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen, die Aufnahme eines neuen Geschäftszweiges, die Anstellung und Entlassung von Mitarbeitern mit Jahresbezügen über 52.000,- DM, die Übernahme von Bürgschaftsverbindlichkeiten sowie „sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die außerhalb des normalen Geschäftsbetriebes liegen ...“. Diese Beschränkungen grenzten indes nur die Sachentscheidungsbefugnis des Klägers ein, der ansonsten nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Weisungen unterlag, soweit es sich um die Gestaltung und Ausführung seiner Geschäftsführung im normalen Geschäftsverkehr handelte (vgl. § 5 Abs. 3 S. 1). Derartige Beschränkungen der Sachentscheidungsbefugnis hat das BSG nicht als ausreichend angesehen, um eine abhängige Beschäftigung zu begründen (vgl. Urteil vom 29. Oktober 1986 - [7 RAr 43/85](#) -).

Regelungen, aus denen auf eine Weisungsabhängigkeit des Klägers im hier relevanten Sinne geschlossen werden könnte, enthält auch der Geschäftsführervertrag nicht.

An eine bestimmte Arbeitszeit war er ausdrücklich nicht gebunden, wengleich erwartet wurde, dass er während der betriebsüblichen Arbeitszeit „zur Verfügung“ stand. Auch war ein konkreter Aufgabenbereich vertraglich nicht festgelegt. Soweit in § 1 betreffend „Stellung/Aufgabengebiet“ geregelt war, dass der Geschäftsführer „die verantwortliche Leitung des Geschäftsbetriebes gemäß einer internen Absprache“ ausübt, war damit ersichtlich keine Weisungsabhängigkeit im Einzelfall hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung gemeint, die der Kläger in dem Fragebogen zur Feststellung seiner Versicherungspflicht auch verneint hat, sondern eine Vereinbarung der Zuständigkeiten unter Gleichrangigen nach Bedarf mit dem anderen ebenfalls alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführer Dr. Bohm. Dass der Kläger mit diesem auch seinen Erholungsurlaub abstimmen musste, lässt ebenfalls nicht auf seine Weisungsabhängigkeit schließen, sondern ist Ausfluss der von ihm vertraglich geschuldeten „Berücksichtigung der Belange der GmbH“ im Rahmen der ihm im Übrigen ausdrücklich eingeräumten Dispositionsfreiheit über seine Urlaubszeit. Diese Rücksichtnahme auf die Belange des Unternehmens kennzeichnet nicht typischerweise den Status als Arbeitnehmer, sondern ist auch und gerade für einen Selbständigen ein sich aus der Natur der Sache ergebendes Gebot wirtschaftlicher Vernunft.

Die Bezüge des Klägers waren nicht, wie bei Arbeitnehmern üblich, als Monatsgehalt vereinbart, sondern als festes Jahresgehalt, zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen. Die ihm vertraglich zustehenden Gehaltsfortzahlungsansprüche gingen deutlich über die für abhängig Beschäftigte übliche Regelungen hinaus, da das Gehalt nicht nur bei Krankheit, sondern auch bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung 6 Wochen lang fortzuzahlen war und bei Arbeitnehmern regelmäßig auch keine Aufstockung des Krankengeldes bis zur Höhe des zuletzt bezogenen Nettogehaltes erfolgt (vgl. [§§ 3, 4](#) des Entgeltfortzahlungsgesetzes vom 26. Mai 1994, [BGBl. I S. 1014](#), 1065).

Wesentlich für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer ist insbesondere, dass sie von der Übernahme eines erheblichen Unternehmerrisikos geprägt war. Der Kläger warb sozusagen mit seinem „guten Namen“ für das Unternehmen, denn sein bürgerlicher Familienname war Bestandteil der Firma. Mit dem Namen eines bloßen Angestellten pflegt ein Unternehmen nicht in seiner Firma zu werben. Am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens hatte der Kläger ein wesentliches Interesse, da ihm zu seinem Festgehalt eine gewinnabhängige Tantieme zustand. Auf der anderen Seite haftete er für die Verbindlichkeiten der GmbH über seine Einlage hinaus mit seinem Privatvermögen durch Mitübernahme einer Bürgschaft in Höhe von jedenfalls 100.000,- DM, wozu sich ein lediglich abhängig beschäftigter Geschäftsführer kaum bereit finden dürfte. Entgegen der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung ist es rechtlich völlig irrelevant, ob diese Bürgschaftsverbindlichkeit noch im Bemessungszeitraum bestand (zu diesem für die Höhe des Alg maßgebenden Begriff vgl. § 112 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 AFG). Auch die Schiedsklausel, durch die Streitigkeiten zwischen dem Kläger und der GmbH in Zusammenhang mit seinem Geschäftsführervertrag im Wesentlichen der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen waren, spricht dafür, dass der Kläger als Geschäftsführer nicht in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zur GmbH bzw. ihren Gesellschaftern stand.

War der Kläger mithin im hier maßgebenden Zeitraum vom 1. Januar 1994 bis zum 12. Mai 1997 als Geschäftsführer der GmbH nicht als beitragspflichtiger Arbeitnehmer beschäftigt, sondern als Selbständiger anzusehen, erfüllte er bei seiner Arbeitslosmeldung am 26. Juni 1997 nicht die Anwartschaftszeit für die Gewährung von Alg (oder auch nur für Alhi gemäß § 134 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 b AFG), so dass seine Berufung zurückzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und folgt dem Ergebnis in der Hauptsache.

Gründe für die Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1](#) oder 2 SGG liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved
2003-08-11