

## L 12 AL 1705/07

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
12  
1. Instanz  
SG Stuttgart (BWB)  
Aktenzeichen  
S 7 AL 1445/06  
Datum  
15.12.2006  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 12 AL 1705/07  
Datum  
17.03.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

1. Das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 15.12.2006 wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

2. Außergerichtliche Kosten des Klägers sind weder im Verfahren vor dem Sozialgericht noch im Berufungsverfahren zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Gewährung von Überbrückungsgeld im Streit.

Der Kläger arbeitete vom 01.01. bis zum 31.12.2005 als Projektleiter bei der Firma W.-Bau GmbH & Co KG. Sein Arbeitsvertrag (siehe S. 40 ff. der Sozialgerichtsakte) sah unter anderem eine 45-Stunden-Woche bei einem jährlichen Bruttogehalt von 60.000 EUR vor. Variable, etwa vom Erfolg des Unternehmens abhängige Gehaltsbestandteile gab es nicht. Der Kläger sollte eigenständig und "kostenverantwortlich sowie erfolgsorientiert" Bauprojekte des Unternehmens bearbeiten, wofür er dem Unternehmen seine volle Arbeitskraft schuldete sowie den Weisungen des Unternehmens unterlag. Seinen Jahresurlaub von 30 Tagen durfte der Kläger nur im Einvernehmen mit seinem Arbeitgeber in Anspruch nehmen. Nach Ziff. 13 des Arbeitsvertrags (Bl. 45 der Akte des Sozialgerichts) war "verbindlich vereinbart, dass zum 01.01.2006 die Umwandlung des Angestelltenverhältnisses in ein Geschäfts-Partnerverhältnis angestrebt" war, wobei die Modalitäten noch zu klären seien.

Mit Schreiben vom 11.11.2005 wurde das Beschäftigungsverhältnis des Klägers zum 31.12.2005 gekündigt, woraufhin der Kläger sich am 15.11.2005 bei der Beklagten arbeitslos meldete.

Am 01.12.2005 beantragte der Kläger die Gewährung von Überbrückungsgeld hinsichtlich der Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit am 01.01.2006. Der Kläger wurde nach einem von ihm vorgelegten Gesellschaftsvertrag der Firma W.-Bau GmbH Co KG (fortan: W. GmbH) als Kommanditist mit einer Kommanditeinlage von einem Drittel (25.000.00 EUR) in die W.-Bau GmbH & Co KG aufgenommen. Weitere Kommanditisten sind Werner St. und Martin R. mit einer Kommanditeinlage in gleicher Höhe. Gleichzeitig wurde der Kläger zum weiteren einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer der Komplementärs-GmbH (St., R. & H. Verwaltungs-GmbH; fortan: Verwaltungs-GmbH) bestellt, welche alleinige Geschäftsführerin der W. GmbH ist. In diese Gesellschaft ist der Kläger ebenfalls nach Leistung einer Minderheitsinlage eingetreten. In beiden Gesellschaften erfolgen Abstimmungen nach den Mehrheitsverhältnissen der geleisteten Einlagen nach einfacher Mehrheit, wobei eine Sperrminorität nicht besteht. Geschäftsführerverträge, welche die Tätigkeit des Klägers für die beiden Gesellschaften regeln, deren Minderheitsgesellschafter er ist, existieren nicht. Der Kläger legte auch eine Tragfähigkeitsbescheinigung seiner Steuerkanzlei vor. Nach dem Gesellschaftsvertrag der W. GmbH erhält er einen monatlichen Vorabgewinn in Höhe von 3.000 EUR je Monat.

Die Beklagte lehnte die Bewilligung von Überbrückungsgeld mit Bescheid vom 11.01.2006 mit der Begründung ab, dass der Kläger zur Sicherung seines Lebensunterhalts das Überbrückungsgeld nicht benötige, da er jeden Monat einen Vorabgewinn in Höhe von 3.000.00 EUR erhalte.

Der Kläger begründete seinen Widerspruch damit, dass der im Gesellschaftsvertrag definierte Vorabgewinn für den Lebensunterhalt nicht ausreiche. Es lägen besondere Belastungen zur Bestreitung des Lebensunterhalts vor, da der Firmeneintritt sowie ein Eigenheimbau im Jahre 2003 finanziert werden müssten.

Mit Widerspruchsbescheid vom 09.02.2006 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers mit der Begründung zurück, dass dieser weder

arbeitslos geworden noch von Arbeitslosigkeit bedroht gewesen sei, da er nur sein Anstellungsverhältnis gewechselt habe, indem er vom Arbeitnehmer zum Teilhaber der Firma geworden sei. Sein Lebensunterhalt sei weiterhin durch die monatliche Auszahlung von 3.000 EUR gesichert.

Der Kläger hat am 02.03.2006 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Das SG hat in seiner mündlichen Verhandlung am 15.12.2006 den Zeugen St. vernommen.

Mit Urteil vom 15.12.2006 hat das SG die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 11.01.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.02.2006 verurteilt, dem Kläger vom 01.01. bis 30.06.2006 Überbrückungsgeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Der Kläger habe Anspruch auf Gewährung von Überbrückungsgeld nach [§ 57](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) in der Fassung des Gesetzes durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2003. Der Kläger habe Arbeitslosengeld bezogen und hätte hierauf bei Nichtaufnahme der selbständigen Tätigkeit weiterhin Anspruch gehabt. Nach den Ausführungen des Klägers sowie des Zeugen St. in der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2005 habe die Kammer keinen Anlass zu zweifeln, dass tatsächlich eine Kündigung zum 31.12.2005 vorgelegen habe. Der Zeuge habe nachvollziehbar und glaubhaft bekundet, dass die Kündigung aufgrund der unsicheren Auftragslage Ende des 2005 erfolgt sei und eine langfristige Beschäftigung eines weiteren Bauingenieurs im Angestelltenverhältnis nicht in Betracht gekommen sei. Der Zeuge habe auch glaubhaft dargelegt, dass sich die Teilhaber der Firma für eine Reduzierung des Unternehmensrisikos durch die Entlassung des Klägers entschieden hätten. Insoweit sei nachgewiesen, dass die Entlassung des Klägers unabhängig davon erfolgt sei, ob dieser das Angebot einer Teilhaberschaft angenommen hätte, so dass eine unbedingte Kündigung zum 31.12.2005 vorgelegen habe. Der Kläger habe auch eine selbständige Tätigkeit im Sinne von [§ 57 SGB III](#) aufgenommen. Der Kläger sei zu einem Drittel sowohl Kommanditist als auch GmbH-Gesellschafter der Komplementärs-GmbH, deren einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer er sei. Er habe damit eine gesellschaftsrechtliche Stellung inne, aufgrund derer er die Entscheidungen in der Gesellschaft mitbestimmen könne. Zwar besitze er weder die Mehrheit der Kommanditanteile noch eine Sperrminorität, so dass er gegen die Stimmen der beiden anderen Kommanditisten keine Entscheidungen treffen könne. Dennoch sei der Kläger aufgrund der maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse in der Gesellschaft nach der tatsächlichen Ausgestaltung seiner Tätigkeit in der W. Bau-GmbH selbständig tätig (unter Hinweis auf BSG vom 08.08.1990 - S 11 AR 77/89; BSG vom 23.03.1984 - 7 RAR 70/82). Er sei hinsichtlich Ort, Zeit und Art der Ausführung der Tätigkeit nicht weisungsgebunden. Die wesentlichen Entscheidungen im Unternehmen würden von den drei Kommanditisten gemeinschaftlich getroffen. Der Kläger müsse sich seinen Urlaub nicht genehmigen lassen. Die Urlaubszeiten würden zwischen den drei Kommanditisten lediglich abgesprochen. Der Kläger verfüge auch über Branchenkenntnisse. Er enthalte keine feste Vergütung, sondern einen Vorabgewinn, so dass er am Unternehmensrisiko beteiligt sei. Schließlich habe der Kläger auch die Stellungnahme einer fachkundigen Stelle über die Tragfähigkeit der Existenzgründung vorgelegt. Auch wenn die Berufsgruppe der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer nicht ausdrücklich in [§ 57 SGB III](#) genannt werde, sei insofern durch die Wortwahl "insbesondere" ersichtlich, dass auch die Stellungnahme dieser Berufsgruppe ausreichend sei. Das es sich bei der Gewährung von Überbrückungsgeld im übrigen um eine Pflichtleistung der Beklagten handle, habe die Beklagte keinen Spielraum für die Ausübung von Ermessen. Überbrückungsgeld nach [§ 57 SGB III](#) sei auch dann zu gewähren, wenn dies für den Lebensunterhalt nicht benötigt werde. Der Gesetzgeber habe durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt die vormalige Ermessenleistung bewusst in eine Pflichtleistung umgewandelt, wonach sich für den Bezieher eine größere Klarheit und Eindeutigkeit bezüglich des Anspruchs ergeben sollte (unter Hinweis auf [BT-Drucks. 15/1515 S. 80](#) f.). Der Gesetzgeber habe sich bei der Abwägung zwischen der Rechtssicherheit auf der einen Seite und der Einzelfallgerechtigkeit bzw. der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel auf der anderen Seite eindeutig zu Gunsten der Rechtssicherheit entschieden und bei der Umgestaltung des Überbrückungsgeldes bewusst in Kauf genommen, dass auch Mitnahmeeffekte entstünden. Eine teleologische Reduktion des Gesetzestextes, wonach hierin ein Merkmal der Bedürftigkeit hinein zu lesen sei, sei dabei nicht geboten. Das Urteil des SG wurde der Beklagten am 12.03.2007 zugestellt.

Am 03.04.2007 hat die Beklagte beim Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Überbrückungsgeld lägen nicht vor, da zwischen dem Kläger und seiner Arbeitgeberin eine abgesprochene Kündigung vorgelegen habe und damit eine der wesentlichen Anspruchsvoraussetzungen des [§ 57 SGB III](#) fehle. Die Tätigkeiten des Klägers vor und nach seiner Kündigung seien inhaltlich deckungsgleich. In diesem Zusammenhang stelle sich zunächst die Frage, ob der Kläger bei inhaltsgleicher Tätigkeit und gleichen Befugnissen im Jahr 2005 überhaupt als Arbeitnehmer einzustufen gewesen sei. Nach dem Anstellungsvertrag habe der Kläger "als Projektleiter zur eigenständigen, kostenverantwortlichen und erfolgsorientierten ingenieurmäßigen Bearbeitungen von Bauprojekten, die der Arbeitnehmer als Generalunternehmer in Auftrag habe" tätig werden müssen. Diese Formulierung schließe eine Arbeitnehmereigenschaft aus, wozu der Kläger sowie die Gesellschafter Stellung nehmen mögen. Ferner heiße es in dem Arbeitsvertrag vom 02.11.2004 in den ergänzenden Bestimmungen, dass beide Parteien verbindlich vereinbart hätten, dass zum 01.01.2006 die Umwandlung des Angestelltenverhältnisses in ein Geschäfts-Partnerverhältnis angestrebt werde. Vor diesem Hintergrund sei es nicht nachvollziehbar, dass eine Kündigung des Klägers, sofern es sich bei ihm überhaupt um einen Arbeitnehmer gehandelt habe, zufällig schon zu einem über einem Jahr zuvor ins Auge gefassten Termin erfolgt sei, der von einer angeblich schlechten Auftragslage bedingt gewesen sei. Gleichzeitig mit der vorgetragenen schlechten Auftragslage stellte der beauftragte Sachverständige eine tragfähige Grundlage und eine erfolgversprechende Tätigkeit für die selbständige Tätigkeit des Klägers für die Zukunft aus. Insgesamt sei von einer tatsächlich bereits lange zuvor abgesprochenen einvernehmlichen Kündigung auszugehen (unter Berufung auf LSG Baden-Württemberg vom 28.04.2006 - [L 8 AL 4150/05](#)). Ein Anspruch auf Überbrückungsgeld scheidet jedoch aus, wenn ein Arbeitnehmer durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages seine Arbeitslosigkeit erst begründe oder eine Situation herbei führe, welche ohne die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit einen Anspruch auf Entgeltersatzleistungen nach dem SGB III hätte begründen können.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 15.12.2006 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Kläger hält das Urteil des SG für rechtmäßig. Insbesondere weist der Kläger daraufhin, dass es sich bei dem Zitat der Beklagten aus einem Anstellungsvertrag auf eine Generalunternehmereigenschaft bei der Bezeichnung "AN" nicht etwa um ihn als Arbeitnehmer, sondern

um den Auftragnehmer handele. Mit dem Auftragnehmer sei jedoch seine damalige Arbeitnehmerin gemeint und nicht er selbst. Dass von Anfang an geplant gewesen sei, nur eine kurzfristige Anstellung vorzunehmen und eine langfristige Umwandlung in ein Geschäftspartnerverhältnis vorzunehmen, dürfe dem Kläger nicht zum Schaden gereichen.

Für die weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vortrags der Beteiligten wird auf die beigezogenen Verwaltungsakten, die Akten des SG sowie die Akten des LSG Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 141 f. und 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und zulässige Berufung ist begründet, da der Kläger keinen Anspruch auf Überbrückungsgeld hat.

Nach [§ 57 Abs. 1 SGB III](#) in der vom 31.12.2005 bis zum 31.07.2006 geltenden Fassung haben Arbeitnehmer, die durch Aufnahme einer selbständigen, hauptberuflichen Tätigkeit die Arbeitslosigkeit beenden oder vermeiden, zur Sicherung des Lebensunterhalts und zur sozialen Sicherung in der Zeit nach der Existenzgründung Anspruch auf Überbrückungsgeld. Nach Abs. 2 der Vorschrift wird Überbrückungsgeld geleistet, wenn der Arbeitnehmer 1. in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Aufnahme der selbständigen Tätigkeit oder der vorgeschalteten Teilnahme an einer Maßnahme zu deren Vorbereitung a) Entgeltersatzleistungen nach diesem Buch bezogen hat oder einen Anspruch darauf hätte oder b) eine Beschäftigung ausgeübt hat, die als Arbeitsbeschaffungsmaßnahme nach diesem Buch gefördert worden ist, und 2. eine Stellungnahme einer fachkundigen Stelle über die Tragfähigkeit der Existenzgründung vorgelegt hat; fachkundige Stellen sind insbesondere die Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern, berufsständischen Kammern, Fachverbände und Kreditinstitute.

Zwar steht außer Zweifel, dass die zuerst von dem Kläger für die W. GmbH ausgeübte Tätigkeit eine abhängige Beschäftigung als Arbeitnehmer war. Der Begriff des Arbeitnehmers ist nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts anhand der Vorschriften über die Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung zu konkretisieren. Nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) sind Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt (versicherungspflichtige Beschäftigung) sind. Die Beschäftigung wird in [§ 7](#) Sozialgesetzbuch - Viertes Buch (SGB IV), der gemäß [§ 1 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) auch für die Arbeitsförderung gilt, gesetzlich definiert. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Erforderlich ist insbesondere eine Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter ein Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfassendes Weisungsrecht des Arbeitgebers. Demgegenüber ist die selbständige Tätigkeit in erster Linie durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. etwa BSG, Urteil vom 04.07.2007 - [B 11a AL 5/06 R](#), zur Veröffentlichung in SozR 4-0000 vorgesehen, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschluss vom 20.05.1996 - [1 BvR 21/96](#) = SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Die Tätigkeit des Klägers bis zum 31.12.2005 als Projektleiter für bei der W. GmbH war zwar mit einer gewissen Selbständigkeit verbunden, doch unterlag er hierbei vollständig dem Weisungsrecht des Unternehmens. Die Firma hätte jederzeit in seine Arbeitsweise eingreifen und Änderungen verlangen können. Außerdem war eine feste 45-Stunden-Woche (mit der Möglichkeit der Mehrarbeit) bei einem festen jährlichen Bruttogehalt von 60.000 EUR vorgesehen. Eine vom Erfolg des Unternehmens abhängige Vergütung lag nicht vor. Der Kläger war auch nicht befugt, selbst Verträge für das Unternehmen abzuschließen, sondern trat lediglich als Erfüllungsgehilfe für die von der W. GmbH abgeschlossenen Verträge in Erscheinung. Seinen Jahresurlaub konnte der Kläger nur im Einvernehmen mit seinem Arbeitgeber in Anspruch nehmen. Nach der vorzunehmenden Gesamtbeurteilung überwiegen daher die Elemente deutlich, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Auch die neue Tätigkeit des Klägers für die W. GmbH bzw. die Verwaltungs-GmbH ist jedoch nach den Kriterien des Bundessozialgerichts als abhängige Tätigkeit zu qualifizieren, weswegen kein Überbrückungsgeld gewährt werden kann. Die Beklagte weist zunächst zu Recht darauf hin, dass sich abgesehen von der formalen Aufnahme des Klägers in die beiden Gesellschaften, welche mit der Leistung von Geldeinlagen und der Übernahme von Unternehmerrisiko verbunden war, an der täglich vom Kläger verrichteten Arbeit nichts Wesentliches verändert hat. Zwar kann nicht nur die Neugründung eines Unternehmens, sondern auch die Übernahme eines bereits bestehenden Unternehmens oder sogar der Eintritt in ein Unternehmen nach [§ 57 SGB III](#) gefördert werden (vgl. Stark in PK-SGB III, 2. Aufl. 2004, § 57 Rdnr. 9, m.w.N.). Voraussetzung ist jedoch immer, dass die neue Stellung in dem Unternehmen eine solche ist, die nicht als abhängige Beschäftigung angesehen werden kann.

Nach den oben bei der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft angeführten Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#) und 18; BSG [SozR 3-4100 § 141b Nr. 17](#); BSG, Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - = [ZIP 2006, 678](#); BSG, Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen).

Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal.

Der Kläger ist vorliegend sowohl in der W. GmbH als auch in ihrer Komplementärin, der Verwaltungs-GmbH, lediglich Minderheitsgesellschafter ohne Sperrminorität. Er ist daher nicht in der Lage, alleine bestimmte Entscheidungen für die Gesellschaften zu treffen oder ihm missliebige Entscheidungen alleine zu verhindern. Zwar ist der Kläger alleinvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreiter Geschäftsführer der Verwaltungs-GmbH, welche wiederum nach § 6 des Gesellschaftsvertrags der W. GmbH deren alleinige Geschäftsführerin ist.

Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, hat das Bundessozialgericht regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelfall ausnahmsweise aufheben (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#); [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)). Vergleichbares gilt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch - wie vorliegend - bei Geschäftsführern, die zwar zugleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Geschäftsanteile noch über eine so genannte Sperrminorität verfügen (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#); vgl. auch BSG, Urteil vom 14.12.1999 - [B 2 U 48/98 R](#) - m.w.N.). Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt wiederum nur dann in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalls den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor.

Derartige einzelfallbezogene Umstände, die gleichwohl unabhängig von den Gesellschafterrechten eine für das Arbeitnehmerverhältnis typische Abhängigkeit vom Arbeitgeber zu vermeiden vermögen, hat das SG auch nach der Einvernahme des Partners des Klägers, des Zeugen St., nicht festgestellt. Der Kläger verfügte nur über einen Minderheiten-Geschäftsanteile an den beiden Gesellschaften. Auch eine Sperrminorität stand ihm in keinem der beiden Unternehmen zu, denn die Gesellschafterbeschlüsse werden in beiden Fällen mindestens mit der einfachen Mehrheit der Stimmen gefasst. Hinsichtlich der Geschäftsführung war der Kläger nach § 5 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages der Verwaltungs-GmbH verpflichtet, die Geschäfte in Übereinstimmung mit den Beschlüssen der Gesellschafter, ihren Weisungen sowie dem Gesellschaftsvertrag zu führen. Zudem bedurften bestimmte Geschäfte nach § 5 Abs. 5 des Gesellschaftsvertrages der vorherigen Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss. Dass die Geschäftsführer im Rahmen ihrer Geschäftsführertätigkeit alleinvertretungsberechtigt und vom Selbstkontrahierungsverbot befreit waren, ist - wie das Bundessozialgericht bereits entschieden hat - bei einer kleineren GmbH nicht untypisch und spricht deshalb nicht zwingend für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit (BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 1](#)).

Über die Regelungen des Gesellschaftsvertrages hinaus hat das SG zur tatsächlichen Handhabung zudem festgestellt, dass die Gesellschafter die wesentlichen Entscheidungen während der Arbeitszeit im Betrieb einvernehmlich getroffen hatten. Der Zeuge St. hat hierzu vor am 15.12.2006 dem SG angegeben, das bedeutsame Entscheidungen von allen drei Gesellschaftern beraten und entschieden worden seien, lediglich alltägliche Dinge seinen von jedem Gesellschafter in seinem Arbeitsbereich alleinverantwortlich entschieden worden. Damit war auch nach der tatsächlichen Ausprägung der Arbeitsweise der Gesellschaften eine Gemeinschaftsverantwortung der Gesellschafter für alle Entscheidungen gegeben, die über Alltägliches hinausgingen. Zudem hat der Zeuge auch bestätigt, dass alle drei Gesellschafter Branchenkenntnisse hatten, weswegen eine besondere Stellung des Klägers aufgrund seines speziellen Wissens in den Gesellschaften nicht feststellbar ist.

Auf Grund der vom SG getroffenen Feststellungen war damit auch die tatsächliche Ausübung des Einflusses im Sinne einer regelmäßigen Kontrolle der Tätigkeit der Geschäftsführer durch die Gesellschaft gegeben, sodass von einer Bindung des Klägers an die Entscheidungen der Gesamtheit der Gesellschafter und insoweit von einer Weisungsgebundenheit bei der Tätigkeit als Geschäftsführer auszugehen ist. Zwar hat es keine Geschäftsführerverträge gegeben, doch waren alle Entscheidungen, die über Alltägliches hinausgehen, nach der Unternehmenspraxis nach Beratung durch alle drei Gesellschafter-Geschäftsführer zu treffen. Es ist auch kein Hinweis dafür ersichtlich, dass der Kläger trotz seiner Minderheitsposition in beiden Gesellschaften einen über seinen Geschäftsanteil hinausgehenden, beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben konnte. Eine derartige besondere Fallgestaltung - wie sie im Einzelfall zB bei einer so genannten Familien-GmbH vorliegen kann (vgl. [BSGE 70, 81](#), = [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#)) war nach den Angaben des Klägers und dem Akteninhalt nicht gegeben.

Im Ergebnis ist der vorliegende Sachverhalt daher demjenigen vergleichbar, welcher der Entscheidung des BSG vom 04.07.2007 vorlag ([B 11a AL 5/06 R](#)), in welchem drei frühere Angestellte ihren Anstellungsbetrieb als Gesellschafter-Geschäftsführer übernommen und weitergeführt haben; auch in diesem Fall waren die Gesellschafter-Geschäftsführer alleinvertretungsberechtigt und vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) befreit; da aber jeweils nur Minderheitsgesellschaftsanteile gehalten wurden, wesentliche Entscheidungen einvernehmlich getroffen wurden und ansonsten dieselben Tätigkeiten wie zuvor ausgeführt worden sind, ist das BSG in seiner Entscheidung vom Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ausgegangen.

Der wesentliche Unterschied zu dem vom BSG entschiedenen Fall besteht vorliegend darin, dass für die Geschäftsführertätigkeit kein gesonderter Vertrag vorlag, in welchem etwa Arbeitszeiten, Krankheitsfortzahlung und dergleichen geregelt waren. Grundsätzlich könnte daher davon ausgegangen werden, dass dem Kläger besondere Freiheiten bei der Ausgestaltung seiner Geschäftsführertätigkeit zustanden, wengleich ein Geschäftsführervertrag nicht nur einengende Regeln enthalten, sondern auch besondere Rechte einräumen kann.

Dennoch ist im Ergebnis nach der Auffassung des Senats weiterhin von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Wegen des nach dem Gesellschaftsvertrag der W. GmbH zustehenden monatlichen Vorabgewinn in Höhe von 3.000 EUR je Monat hatte der Kläger eine arbeitnehmerähnliche Sicherheit hinsichtlich seines monatlichen Einkommens. Die Tätigkeit weist hierdurch eine arbeitnehmerähnlichen Entlohnung auch für den Fall auf, dass sich am Jahresende kein Gewinn der Firma herausstellen sollte. Da dieser Vorabgewinn in jedem Monat, also auch bei Krankheit, zu zahlen ist, benötigt der Kläger insofern auch keine Regelung über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Hinsichtlich der Einbindung in die Betriebsabläufe unterliegt der Kläger im Übrigen im Wesentlichen den gleichen Bindungen wie zuvor, da er die gleiche Arbeit wie zuvor verrichtet und im Übrigen auch im Alltagsgeschäft, in welchem er alleinentscheidungsbefugt war, auf die bisherigen Abläufe und Grundsatzentscheidungen der Gesellschafter Rücksicht zu nehmen hat.

Unabhängig von den voranstehenden Ausführungen ist ein Anspruch auf Überbrückungsgeld auch deswegen nicht gegeben, weil der Kläger zu keinem Zeitpunkt Arbeitslosigkeit im Sinne von [§ 57 SGB III](#) vermieden hat. Hierfür wäre es erforderlich gewesen, dass der Kläger konkret von Arbeitslosigkeit bedroht gewesen wäre. Der Kläger hatte indes bereits in seinem Arbeitsvertrag die "verbindliche Zusicherung", dass zum 01.01.2006 die Aufnahme als Minderheitsgesellschafter beabsichtigt war. Dieser Vereinbarung misst der Senat insbesondere aufgrund des Worts "verbindlich" eine größere Bedeutung als einer unverbindlichen Absichtserklärung bei. Die Parteien des Arbeitsvertrags haben sich vorgestellt, dass der Kläger bei entsprechender Bewährung als Arbeitnehmer als gleichberechtigter Gesellschafter und Geschäftsführer in die Gesellschaft aufgenommen werden sollte. Genau entsprechend dieser Vorstellung ist der Übergang auch vollzogen worden, weswegen davon auszugehen ist, dass die entsprechende Bewährung des Klägers erfolgt ist. Aufgrund dieses planmäßigen Aufnahme in die Gesellschaft ist der Kläger weder arbeitslos geworden noch zu irgendeinem Zeitpunkt konkret von Arbeitslosigkeit bedroht gewesen. Insofern weist die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 05.06.2007 zu Recht auf den unauflösbaren Widerspruch hin, dass einerseits nach dem klägerischen Vortrag seine Kündigung wegen schlechterer Auftragslage unausweichlich gewesen sei, andererseits aber zum gleichen

Zeitpunkt eine gute wirtschaftliche Prognose für den Einstieg des Klägers in die Gesellschaft vorgelegen haben soll. Insoweit verweist die Beklagte auch zu Recht auf den Vorabgewinn der beiden anderen Gesellschafter von 200.000 EUR in diesem Zeitraum. Die insofern vorzunehmende Prognoseentscheidung (vgl. Stratmann in Niesel, SGB III, 3. Aufl. 2005, Rdnr. 5) fällt zu Lasten des Klägers aus, da davon auszugehen ist, dass er aufgrund seiner verantwortungsvollen und erfolgreichen Arbeit als Projektleiter und aufgrund der Prosperität der Gesellschaft auch ohne das Überbrückungsgeld entweder als Gesellschafter aufgenommen worden wäre oder als Angestellter weiter für das Unternehmen gearbeitet hätte.

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

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-03-28