

L 8 AL 5104/08

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
8

1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)
Aktenzeichen
S 5 AL 230/08

Datum
03.10.2008
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 8 AL 5104/08

Datum
05.02.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird der Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Karlsruhe vom 3. Oktober 2008 aufgehoben und die Klage abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger einen Anspruch auf Insolvenzgeld nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) hat.

Der Kläger war ab 09.01.2002 bei der F. BMB B. G. (B) als bautechnischer Projektleiter tätig. Geschäftsführer der B war der Zeuge O. B ist aus der in Insolvenz geratenen Firma des Klägers "hervorgegangen", die von O übernommen wurde. Mit Schreiben vom 12.08.2003 teilte die B dem Kläger mit, das "Arbeitsverhältnis" werde wegen bevorstehender Insolvenz zum 31.08.2003 gekündigt. Über das Vermögen der B wurde am 16.01.2004 wegen Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung das Insolvenzverfahren eröffnet.

Bereits am 01.09.2003 beantragte der Kläger bei der Agentur für Arbeit Karlsruhe (AA) Insolvenzgeld für die Monate Juli und August 2003. Er legte Lohn- und Gehaltsabrechnungen für Juli und August 2003 sowie den Anstellungsvertrag am 09.01.2002 vor. Der Anstellungsvertrag enthielt Regelungen u.a. zur Tätigkeit (§ 2), Arbeitszeit (§ 3), Vergütung (§ 4), Gehalts-/Lohnverpfändung oder Abtretung (§ 5), Arbeitsverhinderung (§ 6), Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (§ 7), Urlaub (§ 8), Verschwiegenheitspflicht (§ 9), Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 10) und zur Herausgabe von Firmeneigentum (§ 11). Weiter beantragte der Kläger einen Vorschuss auf das zu erwartende Insolvenzgeld.

Mit Bescheid vom 27.11.2003 lehnte die AA (schließlich) den Antrag auf Insolvenzgeldvorschuss ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, wegen der Auszahlung von Insolvenzgeld an die Arbeiter der Firma BMB Baumontage Bagaric, deren Inhaber der Kläger gewesen sei, seien Forderungen zur Insolvenztabelle angemeldet und als Einzelunternehmer sei der Kläger zur Erstattung dieses Betrages grundsätzlich verpflichtet. Endgültig könne erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens entschieden werden. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein und erhob nach ablehnendem Widerspruchsbescheid Klage beim Sozialgericht Karlsruhe (S 2 AL 719/04). Die Beklagte trat der Klage wegen Zweifeln an der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers entgegen. Sie berief sich insbesondere darauf, dass der Zeuge O bei der in Insolvenz gegangenen Firma BMB Baumontage Bagaric als kaufmännischer Angestellter/Buchhalter beschäftigt gewesen sei, auf Angaben des Insolvenzverwalters im Insolvenzverfahren der B, und legte ein vom Zeugen O unterschriebenes Protokoll zum Besprechungstermin am 04.10.2004 und 25.10.2004 vor. Das SG hörte in der öffentlichen Sitzung am 25.04.2006 den Kläger an und vernahm den Zeugen O. Hierzu wird auf die Sitzungsniederschrift des SG vom 25.04.2006 verwiesen. Mit Urteil vom 25.04.2006 (S 2 AL 719/04) verurteilte das SG die Beklagte, dem Kläger einen Vorschuss auf das zu erwartende Insolvenzgeld zu bezahlen. Auf die gegen dieses Urteil vom Beklagten eingelegte Berufung beim Landessozialgericht Baden-Württemberg (L 3 AL 3653/06) schlossen der Kläger und die Beklagte in der nichtöffentlichen Sitzung am 24.10.2007 einen Vergleich dahin, dass der Kläger die Klage zurücknimmt und die Beklagte sich verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Bewilligung von Insolvenzgeld zu entscheiden.

Die AA holte schriftliche Stellungnahmen des Insolvenzverwalters Rechtsanwalt Ernestus vom 16.04.2004 sowie des Insolvenzverwalters R. W. vom 16.04.2004 ein und nahm - unter anderem - ein Protokoll des Polizeipräsidiums Karlsruhe vom 02.06.2004 über eine Zeugenvernehmung des Klägers zu den Akten.

Mit Bescheid vom 14.12.2007 lehnte das AA den Antrag des Klägers auf Insolvenzgeld ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Kläger sei kein Arbeitnehmer, weshalb ein Anspruch auf Insolvenzgeld nicht gegeben sei. Hiergegen legte der Kläger am 27.12.2007 Widerspruch ein, der mit Widerspruchsbescheid vom 03.01.2008 zurückgewiesen wurde.

Am 14.01.2008 erhob der Kläger Klage beim SG. Er führte zur Begründung - unter Bezug auf sein Vorbringen im Klage- und Berufungsverfahren S 2 AL 719/04 / L 3 AL 3653/06 - aus, der Geschäftsführer der B (Zeuge O) habe überragende Kenntnisse hinsichtlich des gesamten kaufmännischen Bereichs gehabt. O habe das unternehmerische Risiko getragen. O sei alleiniger Gesellschafter der GmbH gewesen und habe allein über die Geschicke der Gesellschaft entschieden. O habe ohne Rücksprache mit ihm Insolvenz angemeldet. Er, der Kläger, habe sich längere Zeit in Kroatien aufgehalten, um dort eine Zweigstelle für die Firma zu gründen. Er habe als Bauleiter Dienste höherer Art verrichtet. Es sei unzutreffend, dass er keinen arbeitgeberähnlichen Weisungen unterworfen gewesen sei. Die B habe einen längeren Zeitraum einen weiteren Bauleiter gehabt, der mit gleichen Rechten ausgestattet gewesen sei.

Die Beklagte trat der Klage entgegen.

Mit Gerichtsbescheid vom 03.10.2008 verurteilte das SG die Beklagte, dem Kläger Insolvenzgeld in gesetzlichem Umfang zu gewähren. Das SG führte zur Begründung seiner Entscheidung unter Bezug auf das Urteil des SG vom 25.04.2006 - S 2 AL 719/04 - aus, die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Insolvenzgeld seien beim Kläger gegeben. Beim Kläger handele es sich um einen Arbeitnehmer, der im Inland beschäftigt gewesen sei.

Gegen den der Beklagten am 09.10.2008 zugestellten Gerichtsbescheid hat sie am 05.11.2008 Berufung eingelegt. Die Beklagte hat zur Begründung ausgeführt, dem SG könne nicht gefolgt werden. Nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände des vorliegenden Falles könne der Kläger nicht als Arbeitnehmer eingestuft werden. Zwar liege ein Anstellungsvertrag vor, wonach der Kläger als bautechnischer Projektleiter bei der B angestellt gewesen sei. Diese vertragliche Ausgestaltung trete jedoch aufgrund davon abweichender tatsächlicher Verhältnisse zurück. Der Kläger habe dem Gesellschafter und Geschäftsführer O zur Gründung der B, bei der es sich faktisch um die Nachfolgerin der insolventen Firma des Klägers gehandelt habe, 25.000 EUR als zinsloses Darlehen zur Verfügung gestellt, das zurückbezahlt werden sollte, wenn B Gewinne erwirtschaftete, was für einen Arbeitnehmer völlig untypisch sei. Der Kläger sei dadurch am finanziellen Risiko des Unternehmens beteiligt gewesen und habe auch das Unternehmensrisiko getragen. Da O kein eigenes Kapital in das Unternehmen habe mitbringen können, hätte die Entscheidung, das Unternehmen zu gründen, ohne die Mitwirkung des Klägers überhaupt nicht getroffen werden können. O sei insoweit bereits bei der Gründung der GmbH vom Kläger finanziell abhängig gewesen. Der Kläger habe auch Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die wesentlichen Entscheidungen im Unternehmen gehabt. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger aufgrund seiner überragenden Fach- und Branchenkompetenz wie in seinem ursprünglichen Unternehmen auch in der neu gegründeten GmbH die Geschäftsabläufe weiterhin bestimmt habe. Ein nach dem Anstellungsvertrag bestehendes Weisungsrecht des O gegenüber dem Kläger sei nicht ausgeübt worden. Nach den Angaben des O sei die Einflussnahme des Klägers über den bautechnischen Bereich weit hinausgegangen und habe in den verwaltungstechnischen und kaufmännischen Bereich übergreifen. Wäre der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer gewesen, hätte er sein Verhalten arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich gezogen, was nicht erfolgt sei. Der Kläger sei nach den tatsächlichen Verhältnissen nicht weisungsgebunden gewesen, was für Versicherungsfreiheit spreche. O wäre ohne die Mitwirkung des Klägers nicht in der Lage gewesen, die GmbH zu gründen und weiterzuführen. Das Verhältnis der handelnden Personen sei umgedreht worden. Der Kläger sei der Einzige gewesen, der sich in der Baubranche auskennnte. Aufgrund dieses herausragenden Kenntnisstandes habe O dem Kläger mangels einschlägiger Fachkenntnisse keine Weisungen erteilen können. Aus der Tatsache, dass bei B zeitweise ein weiterer Bauleiter angestellt gewesen sei, ergebe sich nicht, dass der Kläger weisungsgebundener Arbeitnehmer gewesen sei. Dass sich der Kläger in den Monaten März bis Juli 2003 zwecks Gründung einer eigenen Firma ohne Absprache mit dem Arbeitgeber in Kroatien aufgehalten habe, sei ein weiteres Indiz gegen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers. Dieses Verhalten zeige, dass der Kläger frei über seine Arbeitszeit habe disponieren können, was für einen Arbeitnehmer völlig untypisch sei. Gegen die Eigenschaft des Klägers als leitender Angestellter mit Arbeitnehmereigenschaft spreche auch, dass er nach Belieben Firmenvermögen habe entnehmen können, ohne von O daran gehindert werden zu können. Der Kläger habe zum Beispiel den Kauf von Maschinen durchgesetzt, selbst wenn O die Anschaffung abgelehnt habe. Hieraus werde deutlich, dass der Kläger die Geschicke der GmbH im Wesentlichen bestimmt habe. Es sei deshalb davon auszugehen, dass der Kläger faktisch eine Geschäftsführungsfunktion ausgeübt habe, wobei er im Verhältnis zu O zumindest gleichberechtigt gewesen sei. Eine Abwägung der für und gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung sprechenden Umstände spreche gegen das Vorliegen einer Arbeitnehmereigenschaft. Das Bestreiten des Klägers sei im Hinblick auf die eindeutigen Angaben des Insolvenzverwalters und des Zeugen O nicht geeignet, im Rahmen der Gesamtabwägung eine andere Schlussfolgerung zu ziehen. Die Beklagte hat sich auf ein Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 24.09.2003 berufen.

Die Beklagte beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Karlsruhe vom 3. Oktober 2008 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger hält den angefochtenen Gerichtsbescheid für zutreffend. Er hat zur Begründung ausgeführt, die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer Kapital zur Verfügung stelle, stelle nach Auffassung des Landessozialgerichts Baden-Württemberg kein wesentliches Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit dar. Damit habe er kein unternehmerisches Risiko getragen. Alle übrigen Indizien sprächen für eine abhängige Tätigkeit. So sein Arbeitsvertrag, dessen vertragliche Ausgestaltung nicht aufgrund abweichender tatsächlicher Verhältnisse zurückbleibe. Nicht richtig sei, dass der alleinige Geschäftsführer und Gesellschafter O kein unternehmerisches Risiko getragen habe. O alleine habe bei der Bank für das Dispolimit gebürgt. Auch sei nicht zutreffen, dass die B defakto die Nachfolgerin seiner insolventen Firma gewesen sei. Die von ihm getätigten Materialbestellungen und das Erstellen von Rechnungen seien typische Tätigkeiten bei Diensten höherer Art, bei denen das Weisungsrecht des Arbeitgebers erheblich eingeschränkt sei, und sprächen nicht für eine selbstständige Tätigkeit. Weiter sei für dieselbe Tätigkeit, die er ausgeübt habe, ein weiterer Meister als Angestellter eingestellt worden, mit dem er sich die Aufgabe geteilt habe, weshalb er auch nicht alleine Branchenkenntnisse gehabt habe. Darüber hinaus seien Branchenkenntnisse kein Indiz dafür, dass jemand selbstständig tätig sei. Nach den Angaben des Zeugen O sei er, der Kläger, an maßgeblichen Entscheidungen der GmbH nicht beteiligt gewesen. Ausschreibungen, die Stellung des Insolvenzantrages, Gespräche im Zusammenhang mit der Gründung der Firma und darauf beruhende Entscheidungen seien allein vom Geschäftsführer vorgenommen worden. Er, der Kläger, habe auch nicht mitbestimmend Personalentscheidungen getroffen, sondern lediglich die fachliche Eignung der Arbeitnehmer überprüft. Er habe keine Maschinen kaufen können, wenn der Geschäftsführer und Gesellschafter O dagegen gewesen sei. Es sei auch kein Indiz, dass der Bauleiter

den Kauf von Maschinen versucht habe durchzusetzen, wohingegen der Geschäftsführer versucht habe, zu sparen. Er bestreite, dass er aus dem Firmenvermögen Entnahmen nach Belieben machen könne. O habe die Konten der GmbH alleine innegehabt. O habe alle Rechnungen bezahlt. Eine entsprechende Berechtigung habe er, der Kläger, nicht gehabt. Richtig sei, dass er die Gründung eines neuen Unternehmens in Kroatien vorgeschlagen habe, was nicht gegen eine abhängige Tätigkeit spreche. O sei alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH gewesen. O sei nach außen als Firmeninhaber aufgetreten und habe auch die maßgeblichen Entscheidungen für die GmbH getroffen. Er, der Kläger, habe hierauf keinen Einfluss gehabt. O habe allein ohne ihn, den Kläger, entschieden, wann die GmbH gegründet und wann diese durch die Stellung des Insolvenzantrages beendet werde. Dieses überragende Indiz führe dazu, dass von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen sei. O sei auch nicht wirtschaftlich oder persönlich von ihm, dem Kläger, abhängig gewesen. Die Indizien für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis überwiegen bei Weitem. Der Kläger hat sich auf ein Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 10.12.2008 berufen.

Der Senat hat in der öffentlichen Sitzung am 05.02.2010 den Kläger angehört und den Zeugen O vernommen. Hierzu wird auf die Niederschrift vom 05.02.2010 Bezug genommen.

Wegen Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten des SG (S 2 AL 719/04 und S 5 AL 230/08), die Akten des Senats und die Gerichtsakten des Landessozialgerichts Baden-Württemberg L 3 AL 3653/06 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß den §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte Berufung der Beklagten ist auch sonst zulässig. Die Berufung ist auch begründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf das beantragte Insolvenzgeld. Der davon abweichenden Ansicht des SG im angefochtenen Gerichtsbescheid folgt der Senat nicht, weshalb er Gerichtsbescheid aufzunehmen und die Klage des Klägers abzuweisen war.

Rechtsgrundlage für den vom Kläger aus abgetretenem Recht geltend gemachten Anspruch ist § 183 Absatz 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Drittes Buch - (SGB III) idF des Art 1 Nr. 54a des Gesetzes zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 10.12.2001 (BGBl I S. 3443). Danach haben Arbeitnehmer Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie im Inland beschäftigt waren und bei 1. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihres Arbeitgebers, 2. Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse oder 3. vollständiger Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt, (Insolvenzereignis) für die vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt haben. Insolvenzgeld ist gemäß § 324 Abs. 3 Satz 1 SGB III innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach dem Insolvenzereignis zu beantragen.

Diese Voraussetzungen sind - ausgenommen der zwischen den Beteiligten alleine streitigen Frage der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers - erfüllt. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der B wurde unstreitig am 16.01.2004 eröffnet. Der Kläger macht für die vorausgehenden zwei Monate (Juli und August 2003) des zum 31.08.2003 durch Kündigung des Arbeitgebers beendeten "Arbeitsverhältnisses" Insolvenzgeld geltend. Die Antragsfrist des § 324 Abs. 3 Satz 1 SGB III ist eingehalten.

Für die Entscheidung des Rechtsstreites kommt es damit maßgeblich darauf an, ob der Kläger bei B als Arbeitnehmer beschäftigt war. Anspruch auf Insolvenzgeld haben nach § 183 Satz 1 Absatz 1 Nr. 1 SGB III nur Arbeitnehmer. Da der Begriff des Arbeitnehmers in den Vorschriften über das Insolvenzgeld-Recht (§§ 183ff SGB III) nicht geregelt ist, sind für die Abgrenzung der Arbeitnehmer von den Selbstständigen die von Lehre und Rechtsprechung zum Begriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Versicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist danach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist, bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb mithin derjenige, der in den Betrieb eingegliedert ist und einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, das Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung umfasst (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies insbesondere bei den Diensten höherer Art der Fall ist. Es darf jedoch nicht vollständig entfallen. Es muss eine fremdbestimmte Leistung verbleiben. Die Dienstleistung muss zumindest in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Demgegenüber wird die selbstständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann also der Betreffende seine Tätigkeit wesentlich frei gestalten oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbstständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 8 m.w.N.). In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen (BSG SozR 3-4100 § 141b Nr. 17).

Hiervon ausgehend gelangt der Senat aufgrund der vom SG im Verfahren S 2 AL 719/04 und der vom Senat im Berufungsverfahren durchgeführten Ermittlungen sowie der vom Kläger gemachten Angaben nicht zu der Überzeugung, dass er bei B eine abhängige Tätigkeit ausgeübt hat und damit als Arbeitnehmer beschäftigt war. Der Senat geht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vielmehr davon aus, dass der Kläger zumindest wie ein Mitgesellschafter neben dem Zeugen O als Compagnon und Mitgeschäftsführer gehandelt hat.

Allerdings sprechen die im Arbeitsvertrag des Klägers getroffenen Vereinbarungen für eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers, wie das SG in seinem Urteil vom 25.4.2006 im Verfahren S 2 AL 719/04 zutreffend ausgeführt hat, auf das das SG im vorliegend angefochtenen Gerichtsbescheid zur Begründung seiner Entscheidung Bezug genommen hat. Danach wurde der Kläger als bautechnische Projektleiter eingestellt. Der Vertrag beinhaltet typische Bestandteile von Arbeitsverträgen, wie sie für abhängig Beschäftigte Personen üblich sind. So wurden als Verdienst feste Monatsbezüge (2300 EUR brutto) vereinbart (§ 4), weiter eine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (§ 7), eine erfolgsabhängige Vergütung stand dem Kläger nach dem Vertrag nicht zu. Weiter enthielt der Vertrag Regelungen zur durchschnittlichen regelmäßigen täglichen Arbeitszeit (40 Stunden) im Rahmen einer betrieblichen Arbeitszeitordnung (§ 3) und zum Urlaub (§ 8). Eine Regelung dahin, dass der Kläger ein unternehmerisches Risiko zu tragen hätte, enthielt der Vertrag nicht. Für eine Arbeitnehmereigenschaft spricht auch der Umstand, dass der Kläger weder als Geschäftsführer noch Gesellschafter der B im Handelsregister eingetragen war. Auch allein der Umstand, dass der Kläger - anders als O - die alleinige Fachkompetenz für den Unternehmensgegenstand der B besessen hat, spricht nach den oben dargestellten Grundsätzen für sich allein nicht zwingend gegen eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers. Entgegen

der Ansicht der Beklagten kann nach dem Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen beim Kläger auch nicht davon ausgegangen werden, er habe über den bautechnischen Bereich hinaus weit in den verwaltungstechnischen und kaufmännischen Bereich Einfluss genommen. So hat der Zeuge O bei seiner Vernehmung durch den Senat angegeben, dass der Kläger außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches (bautechnischer Bereich/Baustellenbereich) keinen Einfluss genommen hat, bzw. dass der Kläger nicht ohne die Zustimmung des Zeugen tätig geworden ist. Im kaufmännischen Bereich, der in der Zuständigkeit des Zeugen O lag, wurde der Kläger beratend mit einbezogen, wenn die Fachkompetenz des Klägers gefragt war, wie der Zeuge O bei seiner Vernehmung vor dem SG wie auch im Berufungsverfahren angegeben hat. Auch das Berufungsvorbringen der Beklagten, der Kläger habe nach Belieben Firmenvermögen entnehmen können, z.B. habe der Kläger den Kauf von Maschinen durchgesetzt, selbst wenn der Zeuge O die Anschaffung abgelehnt habe, wird durch das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht bestätigt.

Demgegenüber sprechen überwiegende Indizien gegen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers.

Dass der Kläger keinem Weisungsrecht - jedenfalls - im bautechnischen Bereich / Baustellenbereich unterlag, was klar gegen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers spricht, wird zur Überzeugung des Senates durch die Angaben des Zeugen O bei seiner Vernehmung vor dem Senat belegt. Der Zeuge hat bestätigt, dem Kläger in seinen Tätigkeitsbereich (mangels Fachkompetenz) durchgehend bis zum Niedergang der B keine Weisungen erteilt zu haben ("In den Baustellenbereich habe ich ihm nicht reingeredet"). Weiter hat er ausgesagt: "Auf die Frage, wenn keine Einigung hätte erzielt werden können, meine ich, hätte ich wahrscheinlich gesagt, der Kläger soll sehen, wie er das selbst macht, ob er die Leute dazu bekommt. Von meiner Seite hätte ich ihm keine Leute zur Verfügung gestellt. Ich hätte schon gesagt, wir machen es nicht, hätte zum Kläger aber gesagt "Wenn du meinst du könntest es tun", hätte er es selbst durchboxen sollen. Ich glaube nicht, dass ich dem Kläger es hätte ausreden können." Diese Angaben belegen, dass der Kläger in seinem Tätigkeitsbereich keinen Weisungen des Zeugen O unterlag, sondern er durch den Zeugen O die Möglichkeit hatte, seine Tätigkeit wesentlich frei gestalten können ("nicht reingeredet") und dass der Kläger zudem Weisungen auch nicht anerkannt hätte ("nicht ausreden können"). Der Zeuge O hätte es in dem hypothetischen Fall der fehlenden Einigung hingenommen, dass dem Unternehmen die Arbeitskraft des Klägers entzogen wird, wenn der Kläger mit eigenen Leuten einen vom Zeugen nicht gebilligten Auftrag ausgeführt hätte. Dies entspricht eher dem Umgang zwischen gleichberechtigten Compagnons, als dem zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Dies wird durch die Einschätzung des Zeugen O bestätigt, der bei seiner Vernehmung vor dem Senat auf Nachfrage angegeben hat, "wenn ich ehrlich bin, muss ich sagen, ich habe uns beide als Kopf und Chef der Firma betrachtet."

Für einen solchen Sachverhalt spricht auch die Entstehungsgeschichte der B. B ist aus der in Insolvenz geratenen Firma des Klägers "hervorgegangen", wobei der Mitarbeiter des Klägers, der Zeuge O, nur wegen der finanziellen Hilfe des Klägers die B bei im Wesentlichen gleichen Geschäftsgegenstand gründen konnte, wobei die Angaben des Klägers zur Höhe der überlassenen Gelder im Übrigen widersprüchlich sind (insgesamt 64.000 EUR bei der Zeugenvernehmung beim Polizeipräsidium Karlsruhe; 25.000 EUR bei seiner Anhörung beim SG im Verfahren S 2 AL 719/04 und nach den Angaben des Zeugen O). Fest steht jedenfalls, dass der Kläger bei der Firmengründung der B das notwendige Stammkapital (25.000 EUR) zinslos aufgebracht und damit die Gründung der B durch den Zeugen O ermöglicht hat. Dies wird durch den Zeugen O bestätigt, der bei seiner Vernehmung vor dem Senat angegeben hat, selbst keine finanziellen Mittel in die Firma eingebracht zu haben. Wirtschaftlich betrachtet war damit der Kläger "Alleingesellschafter" der B. Der Kläger trug hinsichtlich des Stammkapitals entgegen der Ansicht des SG auch ein unternehmerisches Risiko des Verlustes des aufgebrachten Stammkapitals, was Indiz für eine nicht abhängige Tätigkeit des Klägers bei B ist. Dem steht das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 10.12.2008 - [L 5 KR 5145/06](#) - nicht entgegen, auf das sich der Kläger berufen hat. In diesem Urteil wurde vielmehr die Einbringung von Eigenkapital bei einer Betriebsgründung als vordergründiges, allerdings nicht zwingendes, Indiz für eine selbstständige Tätigkeit bewertet. Hiervon geht auch der Senat aus. Nach den übereinstimmenden Angaben des Klägers und des Zeugen O bei seiner Vernehmung vor dem SG im Verfahren S 2 AL 719/04 existierte keine schriftliche Vereinbarung darüber, wie das überlassene Stammkapital zurückzuzahlen ist. Nach den Angaben des Klägers beim SG wurde das vom Kläger an den Zeugen O überlassene Stammkapital dem Kläger während des Geschäftsbetriebs der B nicht zurückbezahlt. Bei dieser Sachlage drängt sich auch die Annahme auf, dass der Kläger die B als "seine Firma" angesehen hat, was weiter dafür spricht, dass der Kläger einem Weisungsrecht durch O in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes jedenfalls für seinen Tätigkeitsbereich nicht unterlag bzw. Weisungen nicht hingenommen hat/hätte. Auch der von der Beklagten angehörte Insolvenzverwalter Rechtsanwalt Ernestus hat in seiner schriftlichen Stellungnahme vom 16.04.2004 mitgeteilt, er gehe davon aus, dass der Kläger ein starkes Interesse an der Fortführung des Betriebes über die GmbH gehabt habe.

Auch die im Verwaltungsverfahren gemachten Angaben des Zeugen O sprechen für das Bestehen einer nicht abhängigen Beschäftigung des Klägers. So hat der Zeuge in dem von ihm unterzeichneten Protokoll zum Besprechungstermin am 04.10.2004 und 25.10.2004 angegeben, "zu seinem (dem Kläger) Anstellungsvertrag war insoweit eine Übereinstimmung getroffen worden, dass der Kläger für den bautechnischen Ablauf des Betriebes verantwortlich ist und ich (O) als Geschäftsführer für den verwaltungstechnischen und kaufmännischen Bereich zuständig war. Resümierend war er (der Kläger) jedoch für die Geschicke der Firma B mehr bestimmend. Denn vieles hat er ohne Abstimmung mit mir und ohne mein Wissen gemacht." Auch diese Angaben belegen, dass der Kläger tatsächlich - jedenfalls neben dem Zeugen O - weisungsungebunden war und zudem die Geschicke der B wesentlich mit bestimmt hat. Soweit der Zeuge O hierzu auf Vorhalt bei seiner Vernehmung vor dem Senat erklärt hat, seine Angaben seien so zu verstehen, dass er (der Kläger) in seinem Zuständigkeitsbereich vieles allein gemacht hat, und er damit habe beschreiben wollen, dass der Kläger schon auf die Geschäftsführung einen gewissen Einfluss gehabt habe, was den Baustellenbereich betraf; wenn es dort nicht gelaufen sei, habe sich das natürlich auf die Auftragsabwicklung auch ausgewirkt, ist dies wenig überzeugend. Die von Zeugen O damals sogar betonte fehlende Abstimmung und das Handeln des Klägers ohne sein - des Zeugen - Wissen, wie von ihm seinerzeit unterschrieben bestätigt, hat der Zeuge bei seiner Vernehmung vor dem Senat damit nicht glaubhaft verneint oder abgeschwächt. Der Senat hält daher die frühere Aussage des Zeugen, dass der Kläger die Geschicke der B ohne Einbeziehung des Zeugen wesentlich mit bestimmt hat, für zutreffend.

Dafür, dass der Kläger auf die Geschicke der B weisungsungebunden wesentlichen Einfluss hatte, spricht entgegen seiner Ansicht auch, dass er sich auf seine Initiative zum Zwecke der Gründung einer (Tochter)Firma der B außerhalb seiner arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit mehrmals für mehrere Wochen in Kroatien aufgehalten hat, wie der Zeuge O bei seiner Vernehmung beim SG und vor dem Senat sowie im Verwaltungsverfahren angegeben hat, wobei der Zeuge im Verwaltungsverfahren zudem erklärt hat, den Vorschlag des Klägers habe er nicht weiter beeinflussen können; das Projekt habe der Kläger selbst durchgeführt und betreut. Dadurch wurde nach den Angaben des Zeugen vor dem Senat die Einstellung eines Meisters notwendig. Dieser Sachverhalt ist ein weiteres Indiz für eine über eine Tätigkeit höherer Art hinausgehende Stellung des Klägers im Betrieb der B. Der Kläger war damit eigenverantwortlich in einer für die Belange der B

bedeutsamen Angelegenheit tätig. Diese Tätigkeit entspricht nicht dem Bild eines abhängigen Arbeitnehmers, sondern ist in der verantwortlichen Federführung des Geschäftsführers der B (dem Zeugen O) zu erwarten. Das abweichende Vorbringen des Klägers bei seiner Anhörung vor dem Senat vor der Vernehmung des Zeugen, er habe keine Absicht gehabt, in der alten Heimat eine Firma zu gründen, er habe sich dort nur über das Wochenende bzw. maximal für 2 Wochen zum Urlaub aufgehalten, ist nicht glaubhaft. Der Kläger setzt sich damit in Widerspruch zu seinem Klage- wie auch Berufungsvorbringen, wo er den Vorschlag zur Gründung eines neuen Unternehmens und einen Aufenthalt für längere Zeit in Kroatien als richtig bestätigt hat. Außerdem hat der Zeuge diesen Sachverhalt bereits im Verwaltungsverfahren wie auch bei seiner Vernehmung vor dem SG vorgetragen, ohne dass sich der Kläger hiergegen gewandt hat, was nicht verständlich ist, sollte er sich tatsächlich nicht zum Zwecke einer Firmengründung in Kroatien aufgehalten haben. Die Erklärung des Zeugen O bei seiner Vernehmung vor dem Senat hinsichtlich seiner Angabe im Verwaltungsverfahren, er habe den Vorschlag des Klägers nicht weiter beeinflussen können, er habe damit gemeint, dass der Kläger in K. war und die Firmengründung durchzuführen, während er in D. zurückgeblieben sei, macht nicht plausibel, dass die Tätigkeit des Klägers in K. seinen arbeitsvertraglichen Pflichten entsprochen hat, sowie, dass der Zeuge auf den Kläger in dieser Angelegenheit maßgeblichen Einfluss genommen hat oder hätte nehmen können. Soweit der Zeuge bei seiner Vernehmung vor dem Senat außerdem angegeben hat, er habe gesagt, wir lassen die Finger weg, hat er als Grund wegen eines Auftragseinbruchs fehlende Mittel genannt, weshalb auch nach diesen Angaben nicht erwiesen ist, dass ohne die finanziellen Schwierigkeiten, die letztlich zum Insolvenzantrag der B geführt haben, eine Firmengründung nach den Vorstellungen des Klägers in K. durch O hätte verhindert werden können.

Den vom Zeugen O beim SG wie auch vor dem Senat bei den Vernehmungen gemachten Angaben lässt sich auch nicht entnehmen, dass für den Kläger hinsichtlich seiner Tätigkeit eine von anderer Seite (dem Zeugen O) vorgegebene Ordnung des Betriebes existiert hat. Dagegen spricht, dass sowohl der Zeuge als auch der Kläger einen eigenen Zuständigkeitsbereich hatten, in den weder der Zeuge noch der Kläger "reingeredet" haben, wie der Zeuge O vor dem Senat angegeben hat. Auch dies belegt, dass für den Kläger - wie für den Zeugen - die Möglichkeit bestanden hat, die Tätigkeit wesentlich frei zu gestalten, soweit der Gegenstand des Unternehmens dies zuließ. Dafür spricht auch, dass der Zeuge bei seiner Vernehmung vor dem Senat über Meinungsverschiedenheiten nicht berichtet hat, sondern angegeben hat, es habe keine Situation gegeben, in der fachlich unterschiedliche Meinungen gewesen seien und es dann zu einer Entscheidung gekommen sei. Dass der Zeuge O als Geschäftsführer der B die letzte Entscheidungs-/ Weisungsbefugnis innehatte, wie dies nach den oben dargestellten Grundsätzen auch bei Diensten höherer Art Voraussetzung für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist, kann damit nicht festgestellt werden. Vielmehr lässt sich das vom Zeugen geschilderte Miteinander plausibel nur damit zu erklären, dass sowohl der Zeuge O als auch der Kläger gemeinsam und einvernehmlich das Unternehmen der B geführt und geleitet haben.

Anlass, an der Glaubwürdigkeit der Angaben des Zeugen O zu zweifeln, besteht für den Senat nicht. Der Zeuge hat im Wesentlichen gleich bleibende Angaben gemacht und hat bei seiner Vernehmung großteils einen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen. Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Angaben des Zeugen sind von den Beteiligten im Verlaufe des Verfahrens auch nicht geäußert worden. Der Kläger hat sich zum Beleg seines Vorbringens auf das Zeugnis des O berufen. Entsprechendes gilt für die Beklagte.

Im Übrigen erachtet es der Senat auch nach dem vom Zeugen O in der mündlichen Verhandlung gewonnenen persönlichen Eindruck für nicht wahrscheinlich, dass der Kläger als abhängiger Arbeitnehmer im Unternehmen seines vormaligen Arbeitnehmers tätig war. Deutlich wird dies auch dadurch, dass der Zeuge bei seinen Ausführungen zu seiner geänderten Geschäftstätigkeit nach Gründung der B auffällig häufig das Wort "wir" gebraucht hat, wobei er (der Zeuge) und der Kläger gemeint waren. Auch sonst vermittelte der Zeuge bei seiner Vernehmung nach seiner Persönlichkeit nicht den Eindruck, alleine "Kopf und Chef" der B gewesen zu sein.

Eine weisungsabhängige Tätigkeit des Klägers ist auch durch die Auskunft des Insolvenzverwalters Rechtsanwalt Wiedemann vom 16.04.2004 nicht belegt. Nach seinen Angaben sei O zwar immer mehr in die Position eines tatsächlich handelnden Geschäftsführers hineingewachsen; der Kläger sei jedoch wohl nach wie vor faktischer Betriebsleiter des Unternehmens gewesen, was ebenfalls für eine nicht abhängige Tätigkeit des Klägers bei B spricht, wobei der Insolvenzverwalter allerdings eine gesicherte Auskunft nicht abgegeben hat.

Dem Vorbringen des Klägers, die Stellung des Insolvenzantrages durch den Zeugen O ohne seine Kenntnis sei ein überragendes Indiz für eine abhängige Beschäftigung, kann nicht gefolgt werden. Zwar trifft es zu, dass der Zeuge Insolvenzantrag gestellt hat. Weiter trifft nach den Angaben des Zeugen zu, dass er den Kläger über den Zeitpunkt des Insolvenzantrages nicht informiert hat. Dies jedoch deshalb, weil der Kläger zum Zeitpunkt des Insolvenzantrages "nicht mehr da war", wie der Zeuge vor dem Senat angegeben hat. Nach den Angaben des Zeugen war der Kläger aber wegen bestehender Schwierigkeiten der B, über die der Kläger informiert war, vom Zeugen in Kenntnis gesetzt worden, dass als einzige Möglichkeit bliebe, Insolvenz anzumelden. Damit hat der Zeuge den Kläger bei der Entscheidung hinsichtlich des Insolvenzantrages nicht übergangen. Auch der Umstand, dass sich der Kläger nach Beginn der Schwierigkeiten der B, die letztlich zu Insolvenzantrag geführt haben, "rausgehalten" hat, wie der Zeuge O angeben hat, spricht nicht entscheidend für eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers. Der Senat wertet dies vielmehr als Ausdruck der Resignation des Klägers, der für die Entscheidung, ob der Kläger Arbeitnehmer war, keine allein entscheidende Bedeutung zukommen kann.

Auch dem Umstand, dass die B neben dem Kläger einen weiteren Bauleiter eingestellt hat, rechtfertigt keine andere Bewertung. Im Hinblick auf die oben ausgeführten Tatsachen, die deutlich für eine nicht abhängige Beschäftigung des Klägers sprechen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der eingestellte Bauleiter dieselbe Stellung wie der Kläger im Unternehmen der B innehatte, wie der Kläger geltend macht.

Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg auf die für eine Unternehmereigenschaft des Zeugen O sprechenden Umstände berufen (insbesondere: O habe alleine bei der Bank für das Dispolimit gebürgt, Ausschreibungen, Gespräche im Zusammenhang mit der Gründung der B und darauf beruhende Entscheidungen, Personalentscheidungen, Begleichung von Rechnungen Konten der B seien seinem Einflussbereich entzogen gemessen, sondern hätten in der Verantwortung des Zeugen gelegen). Diese Tätigkeiten lagen im vereinbarten Zuständigkeitsbereich des Zeugen O. Einzuräumen ist dem Kläger, dass diese Gesichtspunkte für eine Unternehmereigenschaft des Zeugen O sprechen. Sie schließen jedoch nach dem Ausgeführten nicht aus, dass auch der Kläger hinsichtlich seines Tätigkeitsbereiches - neben dem Zeugen O - nicht abhängig beschäftigt und damit nicht Arbeitnehmer war.

Der Senat gelangt damit nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände nicht zu der Überzeugung, dass der Kläger als Arbeitnehmer für B tätig war. Für ihn überwiegen vielmehr - entgegen der Ansicht des SG - die für eine selbstständige Tätigkeit des Klägers sprechende

Indizien. Ausschlaggebend sind insbesondere die fehlende Weisungsgebundenheit des Klägers, die Entstehungsgeschichte der B, die vom Senat festgestellten zum Anstellungsvertrag abweichenden tatsächlichen Verhältnisse sowie das Fehlen einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes in Bezug auf die Tätigkeit des Klägers, womit die eingangs angeführten für eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers sprechenden Indizien in Ihrer Bedeutung übertroffen und völlig in den Hintergrund gedrängt werden. Der Senat ist vielmehr davon überzeugt, dass der Kläger in seinen Tätigkeitsbereich - jedenfalls zusammen mit O - im Unternehmen der B selbstständig tätig war.

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

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-04-20