

L 5 AL 94/05

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung

Abteilung
5
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)

Aktenzeichen
S 13 AL 1893/98
Datum
09.09.2003

2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 5 AL 94/05

Datum
05.02.2009

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

1. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 9. September 2003 wird zurückgewiesen. 2. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. 3. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit ist der Anspruch des Klägers auf Konkursausfallgeld für die Zeit vom 1. Mai 1997 bis 31. Juli 1997.

Der 1973 geborene Kläger gründete am 30. Mai 1997 als Mitgesellschafter die Firma I. GbmH mit Sitz in Hamburg, deren alleiniger Geschäftsführer er war. Ab 16. Oktober 1997 war er alleiniger Gesellschafter dieser Firma. Mit ihr war er im streitbefangenen Zeitraum im Zusammenwirken mit seinem Vater, dem Kaufmann W. H., in die Abwicklung der sich in Zahlungsschwierigkeiten befindlichen Firmen Magazin-1 GmbH in B., Magazin-2 W. H. GmbH in F. und Magazin-3 -W. H. GmbH in Hamburg (im Folgenden: Magazin-Firmen) eingebunden. Alleiniger Geschäftsführer der Magazin-Firmen war W. H. ... Er war auch Alleingesellschafter der Magazin-Firmen in F. und Hamburg. An der Magazin-Firma in B. war neben seinem Vater und den Herren H1 und P. auch der Kläger als Gesellschafter beteiligt. Die Firma des Klägers, die I. GbmH, trat ab Anfang Juni 1997 insbesondere durch die Zahlung sog. Überbrückungsdarlehen für die Arbeitnehmer der Magazin-Firmen in Erscheinung, um so deren ausstehende Gehaltsansprüche zu kompensieren. Das Geld hierfür stammte aus einem Darlehen in Höhe von 1.050.00 DM des Steuerberaters der Magazin-Firmen, Herrn A., dem zur Sicherheit die Darlehensforderungen der I. GbmH gegen die Arbeitnehmer abgetreten worden waren. Die I. GbmH hatte sich ihrerseits die Gehaltsansprüche der Arbeitnehmer gegen die Magazin-Firmen und die Ansprüche der Arbeitnehmer auf Konkursausfallgeld gegen das Arbeitsamt abtreten lassen.

Die Firma Magazin-2 W. H. GmbH in F. meldete ihren Betrieb zum 31. Juli 1997 beim Gewereregister der Stadt F. ab. Mit Schreiben vom 1. August 1997, eingegangen am 29. August 1997, beantragte sie beim Amtsgericht F. die Eröffnung des Konkursverfahrens. Durch Beschluss vom 28. Oktober 1997 lehnte das Amtsgericht F. den Antrag der Firma Magazin-2 auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse ab. Am 11. September 1997 beantragte der Kläger für sich bei der Beklagten Konkursausfallgeld für die Monate Mai bis Juli 1997. Er sei als kaufmännischer Angestellter bei der Firma Magazin-2 beschäftigt gewesen, die ihre Betriebstätigkeit am 31. Juli 1997 beendet habe. Zu diesem Zeitpunkt sei sein Arbeitsverhältnis auch durch Kündigung des Arbeitgebers bzw. Konkursverwalters beendet worden. Aufgrund Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sei sein Arbeitsentgelt nicht gezahlt worden. In der Zeit, für die er Konkursausfallgeld beantrage, sei er ein neues Arbeitsverhältnis nicht eingegangen und habe eine selbständige Tätigkeit nicht aufgenommen. Der Kläger bezifferte das ausstehende Arbeitsentgelt auf 20.599,65 DM. Die letzte Verdienstbescheinigung des Steuerberaters A. wies ein noch zu zahlendes Arbeitsentgelt in Höhe von 19.312,15 DM aus.

Die Beklagte lehnte den Antrag durch Bescheid vom 6. Juli 1998 ab. Der Kläger sei kein Arbeitnehmer im Sinne der Sozialversicherung und der Konkursausfallgeldvorschriften. Hiergegen erhob der Kläger am 27. Juli 1998 Widerspruch. Diesen wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 19. Oktober 1998 als unbegründet zurück, weil erhebliche Zweifel bestünden, ob der Kläger Arbeitnehmer gewesen sei. Er sei für die Firma Magazin-2 als Geschäftsführer aufgetreten. Zudem sei er Gesellschafter und Geschäftsführer der I. GbmH gewesen, die als Darlehensgeber für die Arbeitnehmer der Firma Magazin-2 aufgetreten sei und so deren ausgefallene Gehälter übernommen habe. Es könne daher bei dem Kläger nicht mehr von einem arbeitnehmertypischen Verhältnis ausgegangen werden.

Mit seiner am 4. November 1998 vor dem Sozialgericht Nürnberg erhobenen Klage, die durch Beschluss dieses Gerichts vom 15. Dezember 1998 an das Sozialgericht Hamburg (SG) verwiesen worden ist, hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt und unter anderem vorgetragen, er sei gemäß dem Arbeitsvertrag vom 1. April 1994 (Blatt 34 bis 37 der Prozessakte) seit 1. April 1994 in der Firma Magazin-2 als kaufmännischer Angestellter abhängig beschäftigt gewesen und habe dort eine unternehmerähnliche Position zu keinem Zeitpunkt

bekleidet. Entsprechend seien für ihn auch Sozialabgaben abgeführt worden.

Das SG hat durch Beiziehung von Akten und Einholung von Auskünften ermittelt und den Kläger in der mündlichen Verhandlung am 10. Oktober 2000 angehört. Es hat durch Urteil vom 9. September 2003, das mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung erging, die Klage abgewiesen. Dem Kläger stehe der von ihm geltend gemachte Anspruch auf Konkursausfallgeld nicht zu, weil er im Konkursausfallgeldzeitraum vom 1. Mai 1997 bis 31. Juli 1997 nicht Arbeitnehmer im Sinne von § 141a des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) gewesen sei. Durch die Konkursausfallversicherung würden aber nur Arbeitnehmer geschützt, d. h. persönlich abhängig Beschäftigte. Das SG hat in seinen Entscheidungsgründen im Einzelnen ausgeführt, dass und warum es unter Anwendung der vom Bundessozialgericht (BSG) insoweit formulierten näheren Voraussetzungen und nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens nicht zu seiner Überzeugung habe feststellen können, dass der Kläger, wie von ihm behauptet, im Konkursausfallgeldzeitraum Arbeitnehmer der Firma Magazin-2 gewesen sei. Es hat sich dabei gestützt auch auf einen seines Erachtens rechtskräftigen Strafbefehl des Amtsgerichts F. unbekanntes Datum, durch den der Kläger als vertretungsberechtigtes Organ der Firma Magazin-2 W. H. GmbH in F., die Arbeitgeberin gewesen sei, wegen Vorenthaltung von Beiträgen der Arbeitnehmer zur Sozialversicherung und zur Bundesanstalt für Arbeit zu einer Gesamtgeldstrafe von 4.000 EUR verurteilt worden sei. In dem Strafbefehl sei festgestellt, dass der Kläger spätestens seit April 1997 faktischer Geschäftsführer der Firma Magazin-2 gewesen sei (Bezugnahme auf Blatt 99 bis 102 der Prozessakte S 8 AL 1260/98). Könne mithin das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft nicht festgestellt werden, trage der Kläger die materielle Beweislast und damit das Risiko der Beweislosigkeit. Zudem sei vorliegend im Gegenteil mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschließen, dass der Kläger im Konkursausfallgeldzeitraum persönlich abhängiger Arbeitnehmer der Firma Magazin-2 gewesen sei.

Gegen das am 15. September 2003 zugestellte Urteil hat der Kläger am 14. Oktober 2003 Berufung eingelegt. Er hat zunächst gerügt, dass das SG das bei der Staatsanwaltschaft F. anhängige Ermittlungsverfahren gegen den Kläger zum Gegenstand der Entscheidung gemacht habe, ohne hierauf zuvor hinzuweisen. Bei einem Hinweis hätte vorgetragen werden können, dass der Kläger Einspruch gegen den Strafbefehl vom 29. Januar 2003 eingelegt habe und anschließend vom Amtsgericht F. durch rechtskräftiges Urteil vom 14. Mai 2003 aus tatsächlichen Gründen freigesprochen worden sei. Sodann hat der Kläger gerügt, dass sich das SG im Weiteren nur auf Vermutungen, nicht aber auf Fakten gestützt habe. Der Kläger beantragt mit Schriftsatz vom 14. Oktober 2003, das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 9. September 2003 und den Bescheid der Beklagten vom 6. Juli 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19. Oktober 1998 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm für die Monate Mai, Juni und Juli 1997 Konkursausfallgeld in Höhe von 10.532,43 EUR zu zahlen.

Die Beklagte beantragt mit Schriftsatz vom 27. Januar 2004, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hat zunächst darauf hingewiesen, dass der Kläger nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme in dem vor dem Hessischen Landessozialgericht anhängig gewesenem Verfahren L 10 AL 677/01, in dem es um die Ansprüche auf Konkursausfallgeld eines ehemaligen Mitarbeiter der insolventen Firma Magazin-2 gegangen sei, als Geschäftsleiter der Filiale in F. fungiert habe. Sie hat sodann die Auffassung vertreten, dass die Gegebenheiten für eine erhebliche Beteiligung des Klägers am Unternehmerrisiko und damit für eine selbständige Tätigkeit sprächen. Denn er habe mit einem außergewöhnlichen finanziellen Engagement versucht, das wirtschaftliche Überleben der Firma zu gewährleisten. Auch sei er maßgeblich in das von dem Steuerberater A. konzipierte Sanierungskonzept eingebunden gewesen.

Das Berufungsverfahren – unter dem Aktenzeichen L 5 AL 84/03 – war nach [§ 202](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) in Verbindung mit [§ 240](#) der Zivilprozessordnung unterbrochen, nachdem durch den Insolvenzverwalter Dr. U. mitgeteilt worden war, dass durch Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 15. November 2004 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Klägers eröffnet worden sei. Mit Verfügung vom 7. September 2005 hat das Landessozialgericht (LSG) das Verfahren als "auf sonstige Art" erledigt angesehen, weil es länger als sechs Monate nicht betrieben worden war. Das Berufungsverfahren ist auf Antrag des Klägers vom 11. November 2005 unter dem Aktenzeichen [L 5 AL 94/05](#) wieder aufgenommen worden.

Das LSG hat zunächst durch Beiziehung von Akten ermittelt. In einem Erörterungstermin vom 23. Februar 2006 hat es den Kläger angehört. Auf den Inhalt der Niederschrift wird Bezug genommen (Blatt 215 bis 217 der Prozessakte). In einem weiteren Erörterungstermin vom 8. März 2007 hat das LSG den Zeugen L. in Gegenwart des Klägers vernommen. Auf den Inhalt der Niederschrift wird Bezug genommen (Blatt 255 bis 258 der Prozessakte). Im Erörterungstermin vom 4. Oktober 2007 hat das LSG den Vater des Klägers, Herrn W. H., als Zeugen vernommen. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen (Blatt 272 bis 277 der Prozessakte).

Die Beteiligten haben sich mit einer schriftlichen Entscheidung durch den Berichterstatter einverstanden erklärt.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die vorbereitenden Schriftsätze der Beteiligten sowie den weiteren Inhalt der Prozessakte (2 Bände), auf den Verwaltungsvorgang der Beklagten, die Prozessakten des SG in den Verfahren S 8 AL 1260/98, S 8 AL 1261/98 und S 8 AL 1262/98, die Akten der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Frankfurt am Main in dem Verfahren 91 Js 23100.2/97 (3 Bände nebst 6 Bände Beiakten), die Kopie der Akte des Amtsgerichts Charlottenburg in dem Verfahren 36 N 3003/97, die Akte des Amtsgerichts F. in dem Verfahren 81 N 912/97 und die Akten des Amtsgerichts Hamburg in dem Verfahren 65C N 304/97 (3 Bände) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung, über die der Berichterstatter mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung an Stelle des Senats nach [§ 124 Abs. 2](#) und [§ 155 Abs. 4](#) in Verbindung mit Absatz 3 SGG entscheiden kann, ist statthaft ([§§ 143, 144 SGG](#)) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) erhoben.

Sie ist jedoch unbegründet.

Nach § 141a AFG, das nach [§ 430 Abs. 5](#) des Dritten Buches Sozialgesetzbuch vorliegend noch anzuwenden ist, weil das Insolvenzereignis vor dem 1. Januar 1999 eingetreten ist, haben Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers Anspruch auf Ausgleich ihres ausgefallenen Arbeitsentgelts (Konkursausfallgeld). Nach § 141b Abs. 1 Satz 1 AFG hat Anspruch auf Konkursausfallgeld ein Arbeitnehmer, der bei Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen seines Arbeitgebers für die letzten der Eröffnung des Konkursverfahrens

vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt hat. Der Eröffnung des Konkursverfahrens steht unter anderem gleich die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Konkursverfahrens mangels Masse (§ 141b Abs. 3 Nr. 1 AFG).

Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne der Vorschriften über das Konkursausfallgeld ist von der Rechtsprechung näher konkretisiert worden. Arbeitnehmer ist danach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Auch wenn das Weisungsrecht – vor allem bei Diensten höherer Art – erheblich eingeschränkt sein kann, darf es nicht vollständig entfallen. Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. 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 (ständige Rechtsprechung; siehe nur BSG, Urteil vom 18.4.1991 - [7 RAr 32/90](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#)).

Das SG hat in Anwendung dieser Rechtsgrundlagen und -grundsätze im Ergebnis zu Recht entschieden, dass der Kläger einen Anspruch auf Konkursausfallgeld nicht hat, weil seine Arbeitnehmereigenschaft nicht festgestellt werden können.

Dem Kläger ist zwar zuzugeben, dass eine Ablehnung seiner Arbeitnehmereigenschaft vorliegend nicht durch die Bezugnahme auf den Strafbefehl vom 29. Januar 2003 begründet werden kann, denn dieser ist entgegen der Auffassung des SG nicht rechtskräftig geworden.

Doch kann gleichwohl auch im Ergebnis des Berufungsverfahrens in tatrichterlicher Würdigung des Ergebnisses der durchgeführten Amtsermittlung nicht festgestellt werden, dass der Kläger im streitbefangenen Zeitraum vom 1. Mai 1997 bis 31. Juli 1997 Arbeitnehmer der Firma Magazin-2 war.

Denn dem steht für diesen hier allein relevanten Zeitraum entscheidend seine deutlich herausgehobene Stellung und Tätigkeit als Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der I. GbMH entgegen, die in die Abwicklung (auch) der Firma Magazin-2 maßgeblich eingebunden war und die zudem die Fortführung der Geschäfte in Hamburg, insbesondere durch die Abwicklung schon bestehender Kommissionsgeschäfte, organisierte. Es ist zur Überzeugung des Gerichts nicht miteinander zu vereinbaren, den Kläger in der Zeit vom 1. Mai 1997 bis 31. Juli 1997 zum einen als persönlich abhängig Beschäftigten der Firma Magazin-2 anzusehen, der dem Betrieb eingegliedert war und einem Weisungsrecht unterstand, obwohl er zum anderen in dieser Zeit mit seiner I. GbMH mit enormen finanziellen Aufwand daran beteiligt war, die Abwicklung dieser Firma ins Werk zu setzen. So beliefen sich allein die Aufwendungen für die von der I. GbMH den Beschäftigten der Firma Magazin-2 geleisteten Überbrückungsdarlehen für die Monate Mai bis Juli 1997 auf Zahlungen von mehr als 170.000 DM. Vielmehr ergibt sich aus dieser selbständigen Tätigkeit des Klägers im Konkursausfallgeldzeitraum eine verantwortliche unternehmerische Stellung des Klägers auch für die Firma Magazin-2, die jedenfalls für den streitbefangenen Zeitraum die Annahme einer persönlich abhängigen Beschäftigung und damit seine Arbeitnehmereigenschaft in dieser Firma ausschließt.

Der Würdigung und Überzeugung, dass eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers im streitbefangenen Zeitraum nicht festgestellt werden kann, steht der Einstellungsvertrag des Klägers mit der Firma Magazin-2 nicht entgegen. In seiner Anhörung im Erörterungstermin am 23. Februar 2006 hat der Kläger nicht plausibel darzulegen vermocht, warum und wie es zu diesem Vertrag in dieser Gestalt – undatiert, Beginn am 1. April 1994, Arbeitszeit nach den Bedürfnissen der Firma, Reisetätigkeit mit Haupteinsatzgebiet Italien, Frankreich, Spanien und Asien – gekommen war. Es ist der vom Bevollmächtigten des Klägers in diesem Termin geäußerten Auffassung, dass man unter normalen Beteiligten einen Arbeitsvertrag nicht so wie hier geschehen abfasse, uneingeschränkt beizupflichten. Für die Entscheidung der vorliegend erheblichen Frage, ob der Kläger im streitbefangenen Zeitraum Arbeitnehmer war, lassen sich aus dem Vertrag keine für die Behauptung des Klägers sprechenden Anhaltspunkte gewinnen. Vielmehr ergibt sich aus den Darlegungen des Klägers und den glaubwürdigen Bekundungen des Zeugen L., dass dieser Vertrag auf das Betreiben des Vaters des Klägers, des Zeugen W. H., zurückgeht. Dieser aber war alleiniger Geschäftsführer der Magazin-Firmen, zudem der Alleingesellschafter der Firmen in F. und Hamburg, und er beabsichtigte nach seinen glaubhaften und schlüssigen Bekundungen in seiner Zeugenvernehmung, seinem Sohn eine Art von Ausbildung zukommen zu lassen. Schon dies spricht nicht für ein Beschäftigungsverhältnis in persönlicher Abhängigkeit, sondern für ein Anstellungsverhältnis eigener Art, in dem der Vater den Sohn vorbereitet auf die künftige Übernahme unternehmerischer Verantwortung im Familienunternehmen, an dem der Kläger als Mitgesellschafter der Firma in B. schon beteiligt war, indem er ihn frühzeitig in die selbständige unternehmerische Tätigkeit einbindet.

Zu berücksichtigen ist auch hier, dass der Zeuge W. H., wie sich unter Gesamtwürdigung der vorgetragenen und aus den beigezogenen Akten ersichtlichen Umstände ergibt, im streitbefangenen Zeitraum im Zusammenwirken mit dem Kläger an der Abwicklung der Magazin-Firmen und der Fortführung des Geschäfts in Hamburg arbeitete. Es vermag daher die Behauptung nicht zu überzeugen, dass der Vater den Kläger in diesem Zeitraum noch für die letzten Monate des Geschäftsbetriebs der Firma Magazin-2 dort als Arbeitnehmer beschäftigt hat.

Der Vortrag des Klägers, für ihn seien Sozialabgaben abgeführt worden, ändert nichts an der Würdigung, dass nicht festgestellt werden kann, dass der Kläger im streitbefangenen Zeitraum vom 1. Mai 1997 bis 31. Juli 1997 Arbeitnehmer der Firma Magazin-2 war. Denn dies ist für den Anspruch auf Konkursausfallgeld unerheblich. Nach den §§ 141a, 141b Abs. 1 Satz 1 AFG hängt der Anspruch auf Konkursausfallgeld allein von einer beitragspflichtigen Beschäftigung während des Zeitraums, für den Konkursausfallgeld begehrt wird, ab, nicht dagegen von der Entrichtung von Beiträgen (siehe nur BSG, Urteil vom 18.4.1991 - [7 RAr 32/90](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr. 5](#)).

Kann aber die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers nicht festgestellt werden, kann er mit seinem Begehren nach Konkursausfallgeld für die Zeit vom 1. Mai 1997 bis 31. Juli 1997 auch im Berufungsverfahren nicht durchdringen.

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

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM
Saved
2009-02-09