

L 9 AL 64/09

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
9
1. Instanz
SG Darmstadt (HES)
Aktenzeichen
S 11 AL 401/06
Datum
18.12.2008
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 9 AL 64/09
Datum
11.10.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 11 AL 36/10 R
Datum
06.02.2012
Kategorie
Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Soziagerichts Darmstadt vom 18. Dezember 2008 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Bewilligung von Arbeitslosengeld nach dem Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III). Streitig ist zwischen den Beteiligten die Frage, ob der Kläger die Anwartschaftszeit für den Bezug von Arbeitslosengeld erfüllt hat.

Der im Jahre 1957 geborene Kläger ist von Beruf Gebäudereiniger und war von 1996 bis 2003 Inhaber der Firma K ... Geschäftsführer dieser Firma war der Sohn des Klägers, A., der ebenfalls Gebäudereiniger ist. Im Jahr 2001 wurde über das Vermögen der Firma das Insolvenzverfahren eröffnet.

Am 9. Juli 2001 wurde die Firma K.Y. GmbH mit Sitz in A-Stadt gegründet. Gesellschafter waren zunächst neben dem Kläger dessen Sohn A. sowie P.Q. ... Am 30. November 2001 wurden die Gesellschaftsanteile des Klägers übertragen; Gesellschafter waren nunmehr P.Q. mit insgesamt 12.600,00 Euro Stammkapital und der Sohn des Klägers, A., mit 12.400,00 Euro Stammkapital. Nachdem zunächst der Kläger und sein Sohn A. zu Geschäftsführern bestellt worden waren, war seit dem 30. November 2001 nur noch der Sohn des Klägers alleinvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreiter Geschäftsführer. Mit Beschluss des Amtsgerichts XY. vom 1. Mai 2004 wurde über das Vermögen der Firma K.Y. GmbH das Insolvenzverfahren eröffnet.

Im Jahre 2003 wurde die Firma F. als deutsche Zweigniederlassung einer in England und Wales registrierten Firma mit Sitz in London errichtet. Eine Eintragung in das deutsche Handelsregister erfolgte nicht. Das Stammkapital von einem englischen Pfund wurde von Oktober 2003 bis April 2005 von der Ehefrau des Klägers, A., und danach von dessen Sohn, G. A., gehalten. Geschäftsführer war zunächst NU.; der Kläger sowie dessen Sohn A. waren Angestellte, wobei der Kläger als Betriebsleiter tätig war und sein Sohn die technische Leitung innehatte. Im Sommer 2004 wurde Herr NU. als Geschäftsführer abberufen und der Kläger zum Geschäftsführer bestellt; sein Sohn, A., war weiterhin als technischer Leiter beschäftigt.

Auch für die Firma F ... wurde Insolvenzantrag gestellt. Mit Beschluss des Amtsgerichts XY. vom 20. Juni 2006 (qqqqq) wurde der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse abgewiesen.

Das Amtsgericht A-Stadt hat gegen den Kläger mit Strafbefehl vom 2. Mai 2006 wegen Vorenthaltung und Veruntreuung von Arbeitsentgelt eine Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 15,00 Euro verhängt (xxxxx).

Am 12. September 2006 meldete sich der Kläger bei der Beklagten arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. Dabei gab er an, er sei seit dem 22. Januar 2006 bis laufend arbeitsunfähig erkrankt und könne nur noch eingeschränkt arbeiten; die Tätigkeit aus seiner letzten Beschäftigung könne er auf Grund gesundheitlicher Einschränkungen nicht mehr ausüben. Er sei aber bereit, sich nach eventuell erforderlicher ärztlicher Begutachtung im Rahmen des festgestellten Leistungsvermögens für die Vermittlung zur Verfügung zu stellen. Aus dem bei der Antragstellung vorgelegten Arbeitsvertrag mit der Firma F. ergibt sich, dass der Kläger ab 1. Oktober 2003 als Betriebsleiter zu einem monatlichen Arbeitsentgelt in Höhe von 1.329,36 Euro brutto beschäftigt werden sollte. Nach der von dem Kläger selbst

unterschiedenen Arbeitsbescheinigung sei er in der Zeit vom 1. Oktober 2003 bis zum 31. Dezember 2004 als Betriebsleiter und Geschäftsführer bei der Firma F. beschäftigt gewesen.

Bereits zuvor war die S. Krankenkasse im Rahmen der Prüfung der Versicherungspflicht mit Bescheid vom 12. Juli 2006 zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers bei der Firma F. rückwirkend ab 1. Oktober 2003 nicht um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne handele. Der Kläger sei "Kopf und Seele" des Unternehmens. Für eine selbständige Tätigkeit spreche auch die moderate Gehaltsvereinbarung.

Mit Bescheid vom 26. Oktober 2006 lehnte die Beklagte die Gewährung von Arbeitslosengeld mit der Begründung ab, die Anwartschaftszeit sei nicht erfüllt. Der Kläger habe innerhalb der Rahmensfrist von zwei Jahren vor dem 12. September 2006 nicht mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden. Den dagegen am 10. November 2006 eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 24. November 2006 mit der Begründung zurück, der Kläger habe in der Rahmenfrist vom 12. September 2004 bis zum 11. September 2006 nicht in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden. Die Beschäftigung bei der Firma F. vom 1. Oktober 2003 bis 11. September 2006 sei von der Einzugsstelle nicht als Versicherungspflichtverhältnis und somit nicht als Arbeitnehmertätigkeit anerkannt worden. Die Agentur für Arbeit sei seit dem 1. Januar 2005 an die Entscheidungen der Einzugsstellen gebunden, wenn keine Änderungen in den Verhältnissen eingetreten seien.

Der Agentur für Arbeit stehe in diesen Fällen kein Prüfrecht mehr zu und sie könne dahingehend auch keine Entscheidungen mehr treffen.

Der Kläger hat durch seinen Bevollmächtigten am 15. Dezember 2006 beim Sozialgericht Darmstadt Klage erhoben. Zur Begründung hat der Bevollmächtigte ausgeführt, seitens der Einzugsstelle liege noch keine abschließende Entscheidung vor, das Widerspruchsverfahren sei noch nicht abgeschlossen. Außerdem handele es sich bei dem Schreiben der Beigeladenen vom 12. Juli 2006 lediglich um eine sozialversicherungsrechtliche Beurteilung.

Die Beklagte ist dem Vortrag des Klägers entgegen getreten und hat darauf hingewiesen, dass der Bescheid der S. Krankenkasse vom 12. Juli 2006 zunächst Tatbestandswirkung entfalte und im Übrigen der Rechtsauffassung der Beklagten entspreche. Zu dem Vortrag im Widerspruchsverfahren, die Ehefrau des Klägers sei die Gesellschafterin der Firma gewesen, sei anzumerken, dass die Ehefrau des Klägers, Frau A., am 14. März 2006 ebenfalls einen Antrag auf Arbeitslosengeld gestellt habe und dieser auch Arbeitslosengeld bewilligt worden sei. Nach der vorgelegten Arbeitsbescheinigung der Firma F. sei Frau A. dort in Vollzeit als Reinigungskraft tätig gewesen. Die in der Arbeitsbescheinigung enthaltene Frage, ob Frau A. an dem Unternehmen beteiligt oder als Geschäftsführerin tätig gewesen sei, sei eindeutig mit nein beantwortet worden. Die Arbeitsbescheinigung trage die Unterschrift des Klägers. Die Behauptung, die Ehefrau sei Gesellschafterin der Firma F., stimme im Übrigen nicht mit den Angaben im Gutachten vom 19. Mai 2006 überein, das Rechtsanwalt V. wegen des Insolvenzantrages gegenüber dem Amtsgericht abgegeben habe. Danach habe der Geschäftsführer, der Kläger, für Auskünfte nicht zur Verfügung gestanden. Er habe Anfang Januar 2006 einen Herzinfarkt erlitten und habe sich zunächst im Krankenhaus auf der Intensivstation und anschließend in einer Reha-Behandlung befunden. Auskünfte seien von dem Verfahrensbevollmächtigten der Schuldnerin, Herrn Rechtsanwalt W., erteilt worden. In dem Gutachten werde ausdrücklich angegeben, dass der Kläger selbst das Stammkapital der F. von einem Pfund halte. Dem Gutachten könne man ferner entnehmen, dass nach dem Herzinfarkt des Klägers zunächst eine Fortführung des Geschäftsbetriebes durch den Sohn habe erfolgen sollen, diese Absicht sei aber nach kurzer Zeit wieder aufgegeben worden. Im Übrigen enthalte die Akte der Ehefrau auch eine Kopie des an sie gerichteten Kündigungsschreibens. Darin werde der Kläger des vorliegenden Verfahrens als Geschäftsführer der Firma F. genannt. Als Kündigungsgrund werde angegeben, der Geschäftsführer sei schwer erkrankt, daher müsse der Geschäftsbetrieb eingestellt werden. Dieses Kündigungsschreiben bestärke die Beklagte in ihrer Überzeugung, dass der Kläger "Kopf und Seele" des Unternehmens gewesen sei.

Der Bevollmächtigte des Klägers hat dazu auf das Schreiben der Beigeladenen vom 15. Februar 2007 verwiesen und im Übrigen ausgeführt, die Angabe der Ehefrau des Klägers in ihrem Arbeitslosengeldantrag vom 14. März 2006, nicht Gesellschafterin zu sein, sei zutreffend gewesen. Frau A. sei vom 15. Oktober 2003 bis zum 31. Dezember 2004 Gesellschafterin des Unternehmens gewesen. Ab dem 1. Januar 2005 sei P.A. Gesellschafter gewesen. Der Kläger sei zu keinem Zeitpunkt Gesellschafter des Unternehmens gewesen. Unabhängig davon führe ein Geschäftsführer eines Unternehmens selbstverständlich die Geschicke des Unternehmens und erstelle Angebote etc. Dies sage aber nichts über die interne Weisungsgebundenheit aus.

Mit Beschluss vom 14. August 2007 hat das Sozialgericht die Techniker Krankenkasse zu dem Verfahren beigeladen. Mit Bescheid vom 27. September 2007 hat die Beigeladene die Tätigkeit des Klägers bei der Firma F. vorbehaltlich des noch anstehenden Sozialgerichtsverfahrens vor dem Sozialgericht Darmstadt ab 1. Oktober 2003 als abhängiges Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne gewertet. Dem Widerspruch des Klägers vom 2. August 2006 werde daher stattgegeben, mit der Folge, dass ab dem 1. Oktober 2003 Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung bestehe. Die Beigeladene hat dem Kläger für die Zeit vom 8. März 2006 bis zum 21. Juli 2007 Krankengeld gewährt.

Die Beklagte hat daraufhin mitgeteilt, dass sie auch in Kenntnis dieser geänderten Entscheidung der Beigeladenen an ihrer bisherigen Rechtsauffassung festhalte. Das Schreiben der Beigeladenen erhalte keine nähere Begründung, aber die Beklagte gehe davon aus, dass der fehlende Kapitalanteil des Klägers an der Firma F. den Ausschlag gegeben habe. Es sei richtig, dass der Kläger nicht Gesellschafter der Firma gewesen sei, sondern das Kapital von einem englischen Pfund zuerst von der Ehefrau und dann ab 2005 von dem Sohn P. A. gehalten worden sei. Insoweit sei aber darauf hinzuweisen, dass zum Unternehmerrisiko auch die Gefahr des Kapitalverlustes gehöre und dass es einen Unterschied mache, ob man bei einer GmbH mindestens 25.000,00 Euro Verlust riskiere oder bei einer Firma F. nur ein Pfund. Von daher könne aus der Sicht der Beklagten der Frage, wer Kapitaleigner gewesen sei, bei einer F. ... mit geringem Kapital nicht dasselbe Gewicht beigemessen werden wie bei einer GmbH. Hinzu komme, dass der Kläger auch ohne Kapitalanteile Geschäftsführer/Direktor der Firma F. ... gewesen sei. Das Bundessozialgericht (BSG) habe in der Vergangenheit bereits mehrfach entschieden, dass auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung gerade in einer Familiengesellschaft die Verhältnisse so liegen können, dass eine abhängige Beschäftigung nicht vorliege (Urteile vom 8. Dezember 1987 - [7 RA 25/86](#) -, vom 30. Januar 1990 - [11 RA 47/88](#) - und vom 11. Februar 1993 - [7 RA 48/92](#) -). Die Beklagte habe bereits in der Vergangenheit auf Punkte hingewiesen, aus denen man schließen könne, dass der Kläger in Wirklichkeit "Kopf und Seele" des Betriebes gewesen und nicht abhängig beschäftigt gewesen sei. Nachdem der Kläger erkrankt sei, habe weder die Ehefrau noch der Sohn des Klägers den Betrieb weiterführen können. Das Kündigungsschreiben an die Ehefrau sei

entsprechend begründet. Auch die Staatsanwaltschaft XY. habe in dem Verfahren yyyy den Kläger für die eigentlich verantwortliche Führungsperson der F ... gehalten. Gegen den Kläger sei Strafbefehl wegen Vorenthalten oder Veruntreuung von Arbeitsentgelt erlassen worden.

Das Sozialgericht hat in der mündlichen Verhandlung am 18. Dezember 2008 den Kläger persönlich gehört sowie als Zeugen Frau Z. und Herrn A. zu Art und Umfang der Tätigkeiten des Klägers in der Firma F ... vernommen. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 18. Dezember 2008 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Klage sei nicht begründet. Der Kläger habe auch ab 22. Juli 2007 nach Ende des Bezuges des Krankengeldes keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld, denn er habe die Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Der Kläger habe innerhalb der Rahmenfrist vom 12. September 2004 bis zum 11. September 2006 nicht in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zur Firma F. gestanden (§§ 117, 118, 123 SGB III). Die Tätigkeit des Klägers bei der Firma F. erfülle nicht die Kriterien eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nach §§ 24, 25 SGB III). Unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung des BSG entwickelten Kriterien, die sich das erkennende Gericht zu Eigen mache, sei der Kläger zur Überzeugung des Gerichts bei der Firma F. nicht abhängig beschäftigt gewesen. Es handele sich vielmehr um eine selbständige Tätigkeit. Dafür spreche zunächst der eigene Vortrag des Klägers, demzufolge er zunächst Inhaber eines Einzelunternehmens (K.Y.) gewesen sei. Am 9. Juli 2001 sei es dann zu einer Neugründung, der Firma K.Y. GmbH gekommen, bei der Herr L. als Geldgeber aufgetreten sei. Zunächst seien die Anteile von dem Kläger, seinem Sohn und Herrn L. gehalten worden. Nach ca. einem Monat sei er aus der Firma ausgeschieden und Herr L. und sein Sohn hätten seine Anteile untereinander aufgeteilt. Er, der Kläger, sei anschließend als Betriebsleiter eingestellt worden, sein Sohn sei Geschäftsführer gewesen und habe sowohl die technische Leitung innegehabt als auch die Bürotätigkeit erledigt, während seine Ehefrau regelmäßig die Arbeiten vor Ort überwacht habe. Seine, des Klägers, Aufgabe sei es überwiegend gewesen, Kundenakquisition zu betreiben. Die Arbeitsteilung in der F. sei im Wesentlichen gleich gewesen; lediglich sei hier Herr NU. bis Sommer 2004 Geschäftsführer gewesen. Die Angaben des Klägers seien im Wesentlichen von der Zeugin Ü. bestätigt worden. Die Zeugin, die sowohl in der Firma K.Y. GmbH als auch bei der F. tätig gewesen sei, habe ausgesagt, bei der Firma F. sei der Kläger der Chef gewesen. A. habe sich als technischer Leiter um die Objekte gekümmert und Frau A. sei mit der Objektleitung vor Ort betreut gewesen, bei der Führung der Geschäfte aber nicht in Erscheinung getreten. Bei Kundenreklamationen sei ihr Ansprechpartner der Kläger gewesen; an ihn habe sie die Kunden verwiesen. Auch habe sie ihren Urlaub bei dem Kläger beantragt. Dieser habe außerdem die Kündigungsschreiben gefertigt. Die Angaben der Zeugin seien zur Überzeugung des Gerichts glaubhaft, die Zeugin selbst glaubwürdig. Hingegen seien die Aussagen des Zeugen A. nicht glaubhaft und der Zeuge nicht glaubwürdig. Der Zeuge habe zwar ausgesagt, er selbst sei bei der Firma K.Y. Geschäftsführer und auch Chef gewesen, wobei es eine Aufteilung zwischen technischem und theoretischem Bereich gegeben habe und sein Vater als Betriebsleiter mehr für den technischen Bereich zuständig gewesen sei, während seine Mutter die Überwachung vor Ort übernommen habe. Angebote und Anschaffungen hätten aber jeweils mit ihm besprochen werden müssen. Bevor eine Kündigung ausgesprochen worden sei, hätte eine gemeinsame Beratung zwischen ihm und seinen Eltern stattgefunden; letztendlich sei die Entscheidung aber von ihm selbst getroffen worden. Bei der F. ... hingegen sei seine Mutter die Chefin gewesen. Geschäftsführer sei zunächst Herr NU., nach dessen Abberufung sein Vater gewesen. Regelmäßig hätten abends "Teambesprechungen" zwischen seinen Eltern stattgefunden, in denen Planungen für die nächsten Tage oder Wochen besprochen worden seien; an diesen Gesprächen habe er aber in der Regel nicht teilgenommen. Er selbst sei bei Firma F. nur noch für den technischen Bereich zuständig gewesen, sein Vater für alle anderen Angelegenheiten. Seine Mutter habe aber letztlich die Geschicke der Firma geleitet, wozu sie auf Grund ihrer langjährigen Berufserfahrung auch in der Lage gewesen sei. Nach der schweren Erkrankung seines Vaters habe weder er noch seine Mutter die F. weiterführen können; ihm selbst habe die Motivation dazu gefehlt und er habe sich seinerzeit nicht spontan entscheiden können, die Firma weiterzuführen. Die Angaben des Zeugen, insbesondere zur Stellung der Mutter in der Firma F., seien nicht glaubhaft und hätten das Gericht nicht überzeugen können. Sie seien nicht geeignet, die Rolle des Klägers als "Kopf und Seele" der Firma F. zu entkräften, obwohl der Zeuge an den regelmäßig stattgefundenen "Teambesprechungen" seiner Eltern nicht teilgenommen haben will, beanspruche er zu wissen, dass die Geschicke der Firma ausschließlich von seiner Mutter geleitet worden seien. Der Zeuge habe aber an diesen Besprechungen tatsächlich nicht teilgenommen, so dass er zu dem Inhalt der Gespräche zwischen seinen Eltern, insbesondere zu der Frage, wer letztlich die für die Firma relevanten Entscheidungen getroffen habe, keine Angaben machen könne. Sein Vortrag, seine Mutter habe alle Entscheidungen in Geschäftsangelegenheiten getroffen und dem Kläger Weisungen erteilt, sei daher nicht glaubhaft. Die Angaben des Zeugen widersprüchen auch den eigenen Angaben der Ehefrau des Klägers im Arbeitslosengeldantrag und der vom Kläger auf der Arbeitgeberseite unterschriebenen Arbeitsbescheinigung vom 3. Februar 2006, in der angegeben gewesen sei, die Ehefrau des Klägers sei bei der Firma F. als Vollzeit-Reinigungskraft in der Zeit vom 1. Oktober 2003 bis zum 3. Februar 2006 beschäftigt gewesen. Nach dem Vortrag des Klägers und des Zeugen hätten sowohl die Ehefrau des Klägers als auch der Kläger in seiner Funktion als Arbeitgeber gegenüber der Beklagten falsche Angaben gemacht mit der Folge, dass die Ehefrau des Klägers Arbeitslosengeld zu Unrecht bezogen hätte. Darüber hinaus sprächen nach Lage der Akten auch die Umstände der "Vorgeschichte" der Firma F., die Höhe des Gehalts des Klägers (brutto monatlich 1.329,36 Euro bei einer Arbeitszeit an 5 bis 6 Arbeitstagen von 40 bis 50 Stunden wöchentlich), seine rechtskräftige Verurteilung als Verantwortlicher der Firma F. sowie die Tatsache, dass er seine eigene Arbeitsbescheinigung vom 12. September 2006, die Arbeitsbescheinigung seiner Ehefrau vom 3. Februar 2006 und das Kündigungsschreiben seiner Ehefrau auf Arbeitgeberseite unterzeichnet habe, gegen das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses des Klägers. Der Kläger, der über eine Ausbildung als Gebäudereiniger verfüge, sei über viele Jahre selbständig in diesem Gewerbe tätig gewesen. Nachdem zunächst seine Einzelfirma und danach auch die GmbH, an der er beteiligt gewesen sei, insolvent geworden sei, habe er zwar nach außen nicht mehr als Verantwortlicher eines Unternehmens auftreten können. Das schließe aber nicht aus, dass er weiterhin "Kopf und Seele" in der F. gewesen sei, auch wenn - lediglich auf dem Papier - zunächst seine Ehefrau und später sein Sohn A. das Stammkapital in Höhe von einem englischen Pfund gehalten hätten. Auch die Tatsache, dass A., der nach eigenen Angaben Chef der Firma K.Y. gewesen sei, sich nicht dazu in der Lage gesehen habe, die Firma F. weiterzuführen, als der Kläger einen Herzinfarkt erlitten habe, spreche nach Auffassung des Gerichts dafür, dass der Kläger "Kopf und Seele" der Firma F. gewesen sei. Wäre die Stellung der Ehefrau als Chefin in der Firma F., "die immer das letzte Wort hatte" tatsächlich so dominierend gewesen wie der Kläger behauptet habe, sei es unverständlich, dass seine Ehefrau ggf. mit Hilfe des Sohnes A. - nicht in der Lage gewesen sei, die Firma weiterzuführen, als der Kläger überraschend erkrankt sei. So spiegeln auch die Angaben im Kündigungsschreiben vom 3. Februar 2006 an die Ehefrau des Klägers, dass die Kündigung wegen unvorhersehbarer schwerer Krankheit des Geschäftsführers erfolge, so dass der Geschäftsbetrieb eingestellt werden müsse, die tatsächlichen Verhältnisse in der Firma F. wieder. Schließlich spreche auch die Tatsache, dass in der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft XY. vom 8. Dezember 2005 lediglich der Kläger angeklagt und auch zu einer Geldstrafe verurteilt worden sei, während das zunächst auch gegen seinen Sohn und Herrn NU. eingeleitete Ermittlungsverfahren mit der Begründung eingestellt worden sei, nach den Ermittlungen sei der für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge verantwortliche der Firma F. der

Kläger gewesen, gegen dessen abhängige Beschäftigung.

Gegen das am 1. April 2009 zugestellte Urteil hat der Kläger mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten am 29. April 2009 beim Hessischen Landessozialgericht Berufung eingelegt. Zur Begründung hat der Bevollmächtigte ausgeführt, bei der Beschäftigung des Klägers habe es sich nicht um eine selbständige Tätigkeit gehandelt. Insoweit sei die frühere selbständige Tätigkeit des Klägers entgegen der Auffassung des Sozialgerichts unerheblich. Die Tätigkeit des Klägers bei der K.Y. zeige entgegen der Rechtsauffassung des Sozialgerichts gerade, dass die Beschäftigung bei der F. nicht als selbständige Tätigkeit angesehen werden könne. Denn bei der K.Y. sei die bestimmende Person innerhalb des Unternehmens kein Familienmitglied, sondern ein fremder Dritter, Herr L., gewesen. Die Tätigkeit des Klägers habe sich aber bei der K.Y. im Wesentlichen nicht von der Tätigkeit bei der F. unterschieden. Auch bei der K.Y. habe der Zeuge A. die technische Leitung innegehabt und der Kläger sich mehr um die Kundenakquisition gekümmert. Bei dem Investor P.Q. habe es sich um einen reinen Anteilseigner gehandelt, der im Reinigungsgeschäft nicht fachkundig sei. Bei dieser Konstellation mit Mehrheitsanteilen eines fremden Dritten gehe das Sozialgericht offensichtlich nicht davon aus, dass eine unternehmerische Tätigkeit des Klägers vorliege. Wie auch bei der F. habe es regelmäßig Besprechungen gegeben, bei welchen der Investor L. nach Rücksprache mit dem Zeugen A. und dem Kläger entschieden habe, welche Aufträge angenommen werden und welche nicht. Nichts anderes sei bei der F. erfolgt. Im Hinblick auf die Tätigkeit bei der F. habe das Sozialgericht nicht bzw. nicht wesentlich gewürdigt, dass zunächst Herr NU. Geschäftsführer gewesen sei. Auch dies spreche gegen die Annahme, dass der Kläger als Unternehmer anzusehen sei bzw. gewesen sei. Denn als Geschäftsführer habe der Zeuge NU. die abschließende Entscheidung darüber getroffen und treffen können, welche Aufträge angenommen werden und welche nicht. Insofern sei sogar die Geschäftsführung der F. zunächst fremdbestimmt gewesen. Das Sozialgericht habe dazu weitere Zeugen wie die Ehefrau des Klägers und den Zeugen NU. hören müssen. Auch sei die Beweiswürdigung zu beanstanden. Das Sozialgericht habe sich bei seiner Entscheidung im Wesentlichen auf die Aussagen der Zeugin Ü. gestützt, obwohl diese an den internen Besprechungen überhaupt nicht teilgenommen habe, was für die Bestimmung darüber, ob eine selbständige Tätigkeit vorliege oder nicht, aber gerade von wesentlicher Bedeutung sei. Die Zeugin Ü. habe keinerlei Angaben darüber machen können, dass letztlich die Zeugin A. nach eingehender Beratung abschließend darüber entschieden habe, welcher Kunde angenommen werde und welcher nicht. Dies habe demgegenüber der Zeuge A. aber absolut glaubhaft bestätigt. Es sei gerade nicht zutreffend, dass der Zeuge A. bekundet habe, dass er an den Teambesprechungen nicht teilgenommen habe. Herr A. habe lediglich bekundet, dass er nicht immer an allen Besprechungen teilgenommen habe. Die Beweiswürdigung und Entscheidung des Sozialgerichts sei eine Diskriminierung der Familiengesellschaft. Überhaupt nicht berücksichtigt worden sei die Tatsache, dass regelmäßig und ordnungsgemäß die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung für den Kläger gezahlt worden seien. Die Beklagte habe es aber, nachdem die Arbeitslosengeldzahlung an den Kläger abgelehnt worden sei, nicht für nötig befunden, die überschüssigen Beträge, welche sie für den Kläger zu Unrecht erhalten habe, an das Unternehmen zurückzuerstatten.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 18. Dezember 2008 und den Bescheid der Beklagten vom 26. Oktober 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. November 2006 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Arbeitslosengeld nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ab 22. Juli 2007 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Berufung sei nicht begründet. Zur Begründung des Antrages verweise die Beklagte zunächst auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Urteils. Die in der Berufungsbegründung enthaltenen Ausführungen rechtfertigten keine andere Beurteilung. Zunächst sei die Heranziehung des eigenen Vortrags des Klägers hinsichtlich seiner Tätigkeit als Einzelunternehmer der K.Y. in den Jahren 1996 bis 2003 durch das Gericht nicht zu beanstanden. Das Gericht würdige die vorangegangene Tätigkeit des Klägers im Rahmen der erforderlichen Gesamtschau, wenn es darum gehe zu beurteilen, ob der Kläger überhaupt fachlich in der Lage gewesen sei, die F. tatsächlich zu führen. Der Kläger habe zwar keine Gesellschaftsanteile an der F. besessen, die Vermutung für eine danach abhängige Beschäftigung werde hier jedoch durch einen "Überhang" an tatsächlicher Führungskompetenz aufgewogen. Diese fachliche Eignung werde gerade durch seine früheren Tätigkeiten – sowohl bei der F. als auch bei der K.Y. – indiziert und könne daher zur Gesamtbeurteilung herangezogen werden. Die Ausführungen des Gerichts seien demnach nicht so zu verstehen, dass wegen der frühen selbständigen Tätigkeit automatisch auf eine Selbständigkeit des Klägers bei der F. geschlossen würde. Soweit der Bevollmächtigte des Klägers vorgetragen habe, das Gericht habe nicht berücksichtigt, dass bei der F. zunächst zeitlich vor dem Kläger bis zum Sommer 2004 Herr NU. Geschäftsführer gewesen sei, was gegen die Annahme spreche, der Kläger sei als Unternehmer anzusehen, sei darauf hinzuweisen, dass die maßgebliche Rahmenfrist, in der ein 12-monatiges Versicherungsverhältnis vorliegen müsse, erst am 12. September 2004 beginne. Daher müsse die Tätigkeit des Klägers innerhalb dieser Rahmensfrist beurteilt werden. Eine davor liegende Tätigkeit sei insofern bedeutungslos, eine Beweisaufnahme entbehrlich. Schließlich sei auch nicht ersichtlich, in welcher Hinsicht das Gericht hier bezüglich der Beweiserhebung und -würdigung Fehler gemacht haben solle. Die Vernehmung der Zeugin Ü. sei deswegen entscheidungserheblich, weil sie als Bürokauffrau sowohl für die K.Y. als auch für die F. tätig gewesen sei und daher einen guten Einblick in die Führung der Gesellschaft gehabt habe, besser als dies durch die angestellten Reinigungskräfte möglich gewesen sei. Im Gegensatz zu der nicht gehörten Zeugin A. sei die Zeugin Ü. darüber hinaus mit dem Kläger nicht persönlich verbunden. Auch wenn sie an internen Führungsgesprächen nicht teilgenommen habe, habe die Zeugin Z. wertvolle Angaben dazu machen können, wie der Kläger innerhalb der F. gegenüber Kunden und Mitarbeitern aufgetreten sei. Gerade auf eine solche Außensicht komme es bei der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmereigenschaft und Selbständigkeit auch an. Demzufolge sei das Auftreten des Klägers dahingehend zu beurteilen, dass er die Geschicke der F. maßgeblich in seinen Händen gehalten habe. Die Vernehmung der Zeugin A. verspreche nicht nur wegen der engen verwandtschaftlichen Beziehung zum Kläger wenig erfolgversprechend zu sein, sondern auch wegen der Angaben, die sie selbst in ihrem eigenen Arbeitslosengeldantrag gemacht habe, wonach sie angestellte Reinigungskraft der F. gewesen sei. Es sei nicht nachvollziehbar, warum sie nun – im Verfahren ihres Ehemannes – plötzlich nicht mehr angestellt, sondern selbständig bei der F. tätig gewesen sein solle.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Der Senat hat den Kläger persönlich angehört und die Ehefrau des Klägers A. als Zeugin vernommen. Wegen der Aussagen im Einzelnen wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie den der Verwaltungsvorgänge der Beklagten und der Beigeladenen und auf die Akte des Amtsgerichts A-Stadt mit dem Az. xxxxx ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

Das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 18. Dezember 2008 und der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 26. Oktober 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 24. November 2006 sind rechtmäßig, so dass der Kläger nicht beschwert ist (vgl. [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#)).

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld.

Nach [§ 118 Abs. 1 SGB III](#) in der Fassung des Dritten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003 ([BGBl. I 2848](#)) haben Anspruch auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in der Rahmenfrist mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat ([§ 123 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)). Die Rahmenfrist beträgt nach [§ 124 Abs. 1 SGB III](#) zwei Jahre und beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld. Die eine verlängerte Rahmenfrist normierende Übergangsvorschrift des [§ 434j Abs. 3a SGB III](#) ist im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da der Kläger (nach dem 31. Januar 2006) kein Versicherungspflichtverhältnis auf Antrag nach [§ 28a Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 SGB III](#) begründet hat (vgl. dazu Hasfeld in GG. u. a., SGB III, 3. Aufl. 2008, § 434j, Rdnr. 20).

Die Rahmenfrist beginnt vorliegend am 12. September 2006. Für die Zeit des Krankengeldbezuges (bis zum 21. Juli 2007) bestand kein Versicherungspflichtverhältnis. Nach [§ 26 Abs. 2 Nr. 1 SGB III](#) sind Personen in der Zeit des Krankengeldbezuges nur versicherungspflichtig, wenn sie unmittelbar vor Beginn der Leistung versicherungspflichtig waren.

Der Kläger hat innerhalb der Rahmenfrist von zwei Jahren vor dem 12. September 2006 nicht mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden. Versicherungspflichtig sind nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#) Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (versicherungspflichtige Beschäftigung). Die Beitragspflicht ist damit die Folge einer abhängigen Beschäftigung und richtet sich nach den Grundsätzen, die Lehre und Rechtsprechung zum Begriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses in der Sozialversicherung entwickelt haben (vgl. BSG, Urteil vom 11. Februar 1993 - [7 RAr 48/92](#) -; Begründung zu § 164 Abs. 1 AFG-Entwurf, [BT-Drucks. V/2291 S. 91](#); BSG, Urteil vom 4. September 1979 - [7 RAr 57/78](#) - [BSGE 49, 22](#)). Arbeitnehmer ist danach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung (BSG, Urteil vom 13. Dezember 1960 - [3 RK 2/56](#) - [BSGE 13, 196](#) zu § 1 AVG a. F.; Urteil vom 29. August 1963 - [3 RK 86/59](#) - [BSGE 20, 6](#) zu § 165 RVO; Urteil vom 31. Juli 1974 - [12 RK 26/72](#) - [BSGE 38, 53](#); Urteil vom 29. Januar 1981 - [12 RK 63/79](#) - [BSGE 51, 164](#)). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie das insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist; vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss eine fremdbestimmte Leistung verbleiben, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (BSG, Urteil vom 29. März 1962 - [3 RK 74/57](#) - [BSGE 16, 289](#) zu § 165 RVO; Urteil vom 31. Juli 1974 s.o.). Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden oder wird von ihm tatsächlich keinerlei Gebrauch gemacht, kann der Betreffende seine Tätigkeit mithin im wesentlichen 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 (BSG, Urteil vom 13. Dezember 1960 s.o.; Urteil vom 15. Dezember 1971 - [3 RK 67/68](#) - SozR Nr. 68 zu § 165 RVO; Urteil vom 31. Juli 1974 s.o.; Urteil vom 6. Februar 1992 - [7 RAr 134/90](#) - [BSGE 70, 81](#) und Urteil vom 24. September 1992 - [7 RAr 12/92](#) - [SozR 3-4100 § 168 Nr. 8](#)).

Nach diesen Grundsätzen hat das BSG auch beurteilt, ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängig und deshalb beitragspflichtig beschäftigt ist oder nicht (Urteil vom 20. März 1984 - [7 RAr 70/82](#) - [SozR 4100 § 168 Nr. 16](#)). Er ist weder wegen seiner Organstellung (BSG, Urteil vom 13. Dezember 1960 s.o.) noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt. Denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend bleibt die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter. Diese Bindung kann nach dem Recht der GmbH in unterschiedlichster Weise geregelt werden. Neben weisungsfreien Geschäftsführern gibt es daher Geschäftsführer, die durchgehend weisungsgebunden sind; in den letztgenannten Fällen führen die Gesellschafter mit Hilfe des Weisungsrechts die Geschäfte der GmbH im wesentlichen selbst (BSG, Urteile vom 6. Februar 1992 und vom 24. September 1992 s.o.).

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt danach allerdings nicht vor, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft derart beteiligt ist, dass er mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH hat das Bundessozialgericht (BSG) daher verneint, wenn der Geschäftsführer über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt (Urteil vom 25. Mai 1965 - [2 RU 176/59](#) - [BSGE 23, 83](#) zu § 537a RVO, Urteil vom 29. Juni 1972 - [2 RU 238/68](#) - SozR Nr. 30 zu § 539 RVO; Urteil vom 30. April 1976 - [8 RU 78/75](#) - [BSGE 42, 1](#); Urteil vom 24. Juni 1982 [12 RK 43/81](#) - [BB 1984, 1049](#)). Ebenso ist entschieden worden, wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügte, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft zu verhindern (BSG, Urteil vom 18. April 1991 - [7 RAr 32/90](#) - SozR 3 4100 § 168 Nr. 5; Urteil vom 30. April 1976 s.o.). Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers hierfür nicht ausreicht, kann ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen sein, wenn der Geschäftsführer hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im wesentlichen weisungsfrei ist und, wirtschaftlich gesehen, seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern für ein eigenes Unternehmen ausübt, z.B., wenn er aufgrund stillschweigender Übereinkunft wegen seiner einschlägigen Branchenkenntnis maßgeblich bei der Führung des Unternehmens mitwirkt (vgl. BSG Urteil vom 13. Dezember 1960 s.o.; Urteil vom 15. Dezember 1971 s.o.; Urteil vom 31. Juli 1974 s.o.). Eine solche Fallgestaltung kann sich vor allem bei Familiengesellschaften ergeben. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ist zu verneinen, wenn die familiären Beziehungen dazu führen, dass die Geschäftsführertätigkeit überwiegend durch familienhafte Rücksichtnahmen geprägt, z.B. wenn der Geschäftsführer mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist und die Höhe seiner Bezüge auch von der Ertragslage der Gesellschaft abhängig ist (BSG, Urteil vom

8. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) - [BB 1989,72](#)). Diese Grundsätze sind auch auf Familiengesellschaften in der Rechtsform einer Limited übertragbar.

Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben hat der Kläger zur Überzeugung des Senats bei der F. eine selbständige Tätigkeit ausgeübt. Dabei geht der Senat davon aus, dass alle wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft von dem Kläger, seiner Ehefrau und dem Sohn überwiegend gemeinsam getroffen wurden. Für diese Einschätzung sprechen bereits die eigenen Angaben des Klägers. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung des Senats angegeben, er habe dafür gesorgt, dass die Firma Kunden bekam; es sei dann gemeinsam mit seinem Sohn und seiner Frau und früher dem Geschäftsführer, solange er noch existierte, beraten worden, ob es sich um einen geeigneten Kunden handle. Die letzte Entscheidung darüber habe dann seine Frau getroffen, sie habe es des Öfteren abgelehnt, einen bestimmten Kunden anzunehmen. Der Kläger sei an keine feste Arbeitszeit gebunden gewesen, die Arbeitszeit sei vom jeweiligen Arbeitsbedarf abhängig gewesen. Allerdings habe er die Arbeitszeit von acht Stunden immer eingehalten. Die Arbeitsbescheinigung für seine Frau habe er damals als Geschäftsführer unterschrieben, sie sei zwar Inhaberin der Firma gewesen, aber dennoch bei ihr angestellt. Seine Frau habe die Objekte mitbetreut, insoweit sei sie Objektleiterin gewesen, allerdings habe sie auch mitgeputzt. Der Kläger habe auch die Objekte kontrolliert und gesehen, ob die Arbeit ordnungsgemäß verrichtet worden sei. Deshalb habe er auch die Arbeit seiner Frau kontrolliert, wobei er davon habe ausgehen können, dass sie richtig geputzt habe. Nach seiner Erkrankung habe die Firma durch seinen Sohn und seine Frau nicht weitergeführt werden können, weil seine Planungsarbeit in der Firma gefehlt habe. Dabei sei es um den Einsatz der Mitarbeiter vor Ort gegangen, es sei Winter gewesen, es habe Schnee beseitigt werden müssen und dann habe man sich mit Fragen an seine Frau und seinen Sohn gewandt. Die hätten diese Fragen schon klären können, aber sein Sohn habe sich nicht denselben Stress zumuten wollen, der Ursache für seinen Krankenhausaufenthalt gewesen sei. Die Mitarbeiter habe der Kläger ausgesucht und mit ihnen auch die Arbeitsverträge gemacht. Sein Sohn und seine Frau hätten ebenfalls Mitarbeiter eingestellt. Nach den Angaben des Klägers ist davon auszugehen, dass er maßgeblichen Anteil an den Entscheidungen der Gesellschaft hatte.

Von einer weisungsabhängigen Tätigkeit kann nach den Ausführungen des Klägers nicht ausgegangen werden. Soweit der Kläger, die als Zeugin gehörte Ehefrau und der beim Sozialgericht vernommene Sohn übereinstimmend angegeben haben, sie hätten zwar die Unternehmensentscheidungen gemeinsam beraten, das letzte Wort habe aber die Ehefrau des Klägers gehabt, kann daraus zur Überzeugung des Senats jedenfalls nicht der Schluss gezogen werden, die maßgeblichen Entscheidungen seien letztlich allein von der Ehefrau des Klägers, die bis zum 31. Dezember 2004 Gesellschafterin der Firma war, getroffen worden. Gegen eine solche Einschätzung spricht bereits die Angabe der Ehefrau des Klägers, es sei selten vorgekommen, dass sie einen Kunden entgegen der Auffassung ihres Mannes abgelehnt habe. Daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass ganz überwiegend einvernehmliche Unternehmensentscheidungen von dem Kläger, seiner Ehefrau und dem Sohn getroffen wurden. Außerdem war das "letzte Wort der Ehefrau" nach dem Vortrag des Klägers und der als Zeugin gehörten Ehefrau allein auf die Entscheidung beschränkt, ob ein Kunde angenommen werden sollte. Gegen die Einstufung allein der Ehefrau des Klägers als Chefin der Firma spricht auch, dass der Kläger eine Ausbildung als Gebäudereiniger absolviert hat, während dessen seine Frau nach ihren Angaben zwar über viele Jahre Berufserfahrung, nicht aber über eine Berufsausbildung verfügte. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Kläger nach seinen Angaben u.a. die Tätigkeit seiner Ehefrau überwacht hat. Außerdem hat die Ehefrau des Klägers in ihrem Antrag auf Arbeitslosengeld angegeben, sie sei angestellte Reinigungskraft gewesen. Schließlich spricht auch die Angabe des Klägers, die Firma habe durch seinen Sohn und seine Frau nicht weitergeführt werden können, weil seine Planungsarbeit in der Firma gefehlt habe, für einen maßgeblichen Einfluss des Klägers auf die gesamte Tätigkeit des Unternehmens. Gegen eine abhängige Beschäftigung des Klägers spricht außerdem die Höhe des Gehalts von brutto 1.329,36 Euro, die ersichtlich der Ertragslage des Unternehmens angepasst war. Unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falles gelangt der Senat zu der Überzeugung, dass der Kläger eine selbständige Tätigkeit ausgeübt hat.

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

Die Revision war nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache im Hinblick auf die Frage der Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung des BSG auf Familiengesellschaften in der Rechtsform einer Limited zuzulassen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2012-02-23