L 2 AL 24/08

Land
Sachsen-Anhalt
Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
2
1. Instanz
SG Halle (Saale) (SAN)
Aktenzeichen
S 1 AL 98/05
Datum
17.10.2007
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 2 AL 24/08
Datum
18.03.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Das Urteil des Sozialgerichts Halle vom 17. Oktober 2007 wird aufgehoben und die Klage wird abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Gewährung von Arbeitslosengeld ab dem ... 2004.

Der am ... 1960 geborene Kläger verfügt über einen Abschluss als Diplom-Ingenieur (FH). Am 15. Januar 1991 gründete er eine Einzelfirma "V. A. Vorrichtungs- und Werkzeugbau". Mit Beschluss des Amtsgerichts Halle-Saalkreis vom 16. Februar 2000 wurde über sein Vermögen als Inhaber dieser Firma das Insolvenzverfahren eröffnet.

Am 15. März 2000 gründete Frau M. , die Frau A. seines älteren Bruders H. A. , die Firma Vorrichtungs- und Werkzeugbau A. GmbH in Gründung (im Folgenden: A. GmbH i. G.), welche ihre Geschäftstätigkeit bereits zum 1. März 2000 aufgenommen hatte. Die Gründung der A. GmbH i. G. erfolgte mit Unterstützung des Unternehmensberaters Dr. S. mit dem Zweck der Fortführung der Geschäfte der Einzelfirma bei Übernahme der Stammkunden und Aufträge. Frau M. A. war als Krankenschwester halbtags beschäftigt. Sie wurde zur Geschäftsführerin unter Befreiung der Beschränkung nach [§ 181](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) bestellt. Die Stammeinlage wurde eingezahlt bzw. erbracht. Die Insolvenzverwalterin über das Vermögen der Firma des Klägers schloss einen Kaufvertrag über das Inventar aus der Einzelfirma mit Frau M. A. ... Zudem wurde in dem Vertrag festgelegt, dass in der A. GmbH i. G. bestimmte Arbeitnehmer weiter beschäftigt wurden. Der Kläger wurde nach seinen Angaben mit mündlichem Arbeitsvertrag als leitender Betriebsingenieur, VWP-Technologe und FM-Konstrukteur beschäftigt.

Am 25. Oktober 2000 schlossen Frau M. A. und der Kläger einen Vertrag über den Verkauf und die Abtretung eines zukünftigen Geschäftsanteils einer Ein-Mann-GmbH. Frau M. A. verkaufte ihren Geschäftsanteil zu nominell 25.000,00 EUR an den Kläger und trat den Geschäftsanteil mit dem Recht auf Bezug des Gewinnes an den Kläger ab. Diese Abtretung war nach § 4 des Vertrages erst dann wirksam, sobald die GmbH ins Handelsregister eingetragen wurde. Ebenfalls am 25. Oktober 2000 beschloss Frau M. A. auf einer Gesellschafterversammlung, dass sie mit Wirkung zum 1. November 2000 als Geschäftsführerin abberufen werde und der Kläger mit Wirkung zum 1. November 2000 zum neuen Geschäftsführer bestellt werde. Dies meldete der Kläger zur Eintragung in das Handelsregister an.

Die A. GmbH i. G. wurde nicht in das Handelsregister eingetragen. Der Kläger führte die Gesellschaft in der Folgezeit ab dem 25. Oktober 2000 zunächst eigenverantwortlich, bis ihn ein Steuerberater darauf hinwies, dies könne in Bezug auf seine Wohlverhaltensphase im Rahmen der Privatinsolvenz problematisch sein.

Am 30. August 2001 schlossen Frau M. A. und der Zwillingbruder des Klägers, Herr H. A., einen Vertrag über den Verkauf und die Abtretung eines zukünftigen Geschäftsanteils einer Ein-Mann-GmbH. Frau M. A. wurde dabei kraft Vollmacht durch den Kläger vertreten. In § 1 Abs. 3 des notariell beurkundeten Vertrages heißt es, dass Frau M. A. und der Kläger den Vertrag vom 25. Oktober 2000 über den Verkauf und die Abtretung eines zukünftigen Geschäftsanteils der oben genannten GmbH in allen Punkten aufheben. Nach § 2 des Vertrages verkaufte Frau M. A. ihren Geschäftsanteil zu einem Preis in Höhe von 25.000,00 EUR an Herrn Heiner A ... Nach § 4 des Vertrages wurde die Abtretung in

Bezug auf den Geschäftsanteil wirksam, sobald die GmbH ins Handelsregister eingetragen wurde. In § 5 des Vertrages sicherten Frau M. A. und der Kläger als Geschäftsführer zu, dass die Geschäfte ordnungsgemäß nach kaufmännischen Grundsätzen geführt worden seien.

Nach einer Auskunft aus der Gewerbedatei vom 3. Februar 2004 sind dort folgende Angaben zu der A. GmbH i. G. gespeichert:
"Betriebsinhaber: A., V.; Beginn der angemeldeten Tätigkeit: 1. Januar 2002; Betriebsart: Industrie; Gewerbeanzeige: 1. April 2003."

Am 15. August 2003 kündigte die Bank das Geschäftskonto der A. GmbH i. G. Ab diesem Zeitpunkt wurde das Privatkonto des Klägers als Firmenkonto genutzt. Am 28. Oktober 2003 stellten Gläubiger einen Antrag auf Insolvenzeröffnung über das Vermögen der A. GmbH i. G., woraufhin am 17. Dezember 2003 durch Beschluss ein vorläufiger Verwalter bestellt wurde. Mit Beschluss vom 17. Februar 2004 eröffnete das Amtsgericht Halle-Saalkreis am 17. Februar 2004 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der A. GmbH i. G. und bestimmte zum Insolvenzverwalter S P. Am 27. Februar 2004 stellte die A. GmbH i. G. ihre Betriebstätigkeit ein.

Der Insolvenzverwalter kündigte das bestehende Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 27. Februar 2004 unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist in Verbindung mit [§ 113](#) Insolvenzordnung zum 30. April 2004, wobei der Kläger mit sofortiger Wirkung von der Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung unter Anrechnung von etwaigem Resturlaub oder Überstundenguthaben freigestellt wurde.

Der Kläger meldete sich am 27. Februar 2004 bei der Beklagten arbeitslos und beantragte, ihm Arbeitslosengeld zu gewähren. Der Insolvenzverwalter gab in der ausgefüllten Arbeitsbescheinigung vom 7. Mai 2004 an, dass der Kläger zuletzt als Geschäftsführer beschäftigt gewesen sei und keinen Kapitalanteil an der Gesellschaft gehabt habe. In der Zeit von Februar 2003 bis zum 16. Februar 2004 habe der Kläger brutto 16.020,48 EUR verdient.

In den Feststellungsbögen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen für den Insolvenzgeldantrag und den Antrag auf Arbeitslosengeld machte der Kläger folgende Angaben: "Er sei als Angestellter mit mündlichem Arbeitsvertrag in der Zeit vom 1. März 2000 bis 30. April 2004 beschäftigt gewesen. Die mit ihm verwandten Inhaber des Unternehmens seien vom 1. März 2000 bis 28. August 2001 seine Schwägerin und vom 29. August 2001 bis 30. April 2004 sein Bruder gewesen. Er sei in dem Betrieb wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert gewesen und ohne seine Mitarbeit hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen. Zur Frage, ob er Weisungen des Betriebsinhabers unterlegen habe, kreuzte er sowohl die Antwortfelder "ja" als auch "nein" an. Die Antwort "ja" beziehe sich auf die formale Weisungsgebundenheit und die Antwort "nein" auf die praktische Weisungsgebundenheit. Er habe als mitarbeitender Angehöriger bei der Führung des Betriebes aufgrund besonderer Fachkenntnisse mitgewirkt. Es sei ein Urlaubsanspruch von 24 Arbeitstagen vereinbart worden und Arbeitsentgelt sei bei Arbeitsunfähigkeit fortgezahlt worden. Für das Arbeitsentgelt sei auch Lohnsteuer entrichtet worden. Der Kläger gab weiter an, dass er ohne schriftlichen Darlehensvertrag der Gesellschaft ein privates Darlehen in Höhe von 6.056,02 EUR gewährt habe. Zugleich gab er an, er sei nicht Geschäftsführer der oben genannten Firma gewesen.

In einem vom 26. Mai 2004 stammenden Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Geschäftsführers einer Familien-GmbH gab der Kläger an, er sei nicht als Geschäftsführer in der oben genannten Firma tätig gewesen. Eine Angabe dazu, von wem die GmbH nach außen vertreten wurde, machte er nicht. Auch eine Angabe zur Frage, ob er vom Selbstkontrahierungsverbot nach [§ 181 BGB](#) befreit sei, unterließ er. Er gab an, dass er als einziger Geschäftsführer/Gesellschafter/Betriebsangehöriger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfüge. Die Tätigkeit sei nicht aufgrund von familiären Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zu anderen Gesellschaftern geprägt. Weiter gab er an, dass die Mitarbeit nicht in einem besonderen Arbeitsvertrag geregelt sei. Er unterliege wie ein fremder Arbeitnehmer dem Direktionsrecht bezüglich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung. Das Weisungsrecht werde tatsächlich laufend nicht ausgeübt. Er könne die Tätigkeit nicht im Wesentlichen frei bestimmen und gestalten. Die Gestaltung der Tätigkeit sei von den betrieblichen Erfordernissen, insbesondere von dem eigenen wirtschaftlichen Interesse zum Wohle und Gedeihen des Unternehmens abhängig. Eine Angabe zur Befugnis, Personal einzustellen, fehlte. Ebenso eine solche zu der Frage nach der Genehmigung des Urlaubs. Es werde eine monatlich gleichbleibende Vergütung in Höhe von 1.278,23 EUR brutto gezahlt, welche auch im Falle der Arbeitsunfähigkeit weiter gewährt werde. Die Verbuchung erfolge als Lohn und Gehalt. Eine Gewinnbeteiligung gebe es nicht. Einen Bescheid zur Feststellung der Versicherungspflicht seitens der Krankenkasse oder des Rentenversicherungsträgers gebe es ebenfalls nicht.

Mit Bescheid vom 2. Juli 2004 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Arbeitslosengeld ab. Zur Begründung führte sie aus, dass der Kläger die Anwartschaftszeit nicht erfüllt habe. Hiergegen legte der Kläger Widerspruch ein und verwies darauf, dass er als abhängig Beschäftigter in der Gesellschaft tätig gewesen sei und die Bezeichnung als Geschäftsführer unrichtig sei. Mit Widerspruchsbescheid vom 10. Januar 2005 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück.

Auf die Klage vom 10. Februar 2005 hat das SG die Beklagte mit Urteil vom 17. Oktober 2007 verurteilt, dem Kläger Arbeitslosengeld nach den gesetzlichen Vorgaben ab dem 1. März 2004 zu gewähren.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 29. Februar 2008 zugestellte Urteil am 31. März 2008 (einem Montag) Berufung eingelegt: Der Kläger sei nicht Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsförderungsrechtes gewesen. Die Verträge über den Verkauf und die Abtretung der Geschäftsanteile von Frau M. A. sowohl vom 25. Oktober 2000 als auch vom 29. August 2001 seien unwirksam gewesen, so dass der Geschäftsanteil bei Frau A. verblieben sei. Der Kläger sei nicht leitender Angestellter, sondern faktischer Geschäftsführer gewesen. Er sei von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreit gewesen, habe allein über die erforderlichen Branchenkenntnisse verfügt und habe selbst angegeben, dass die Gesellschafterin ihr Weisungsrecht praktisch nicht ausgeübt habe. Zudem habe der Kläger der Gesellschaft ebenso wie seine Ehefrau ein Darlehen gewährt, ohne hierüber einen schriftlichen Darlehensvertrag abzuschließen. Das eigene wirtschaftliche Interesse des Klägers an dem Unternehmen sei auch historisch begründet, da es sich um die Fortführung seiner ehemaligen Einzelfirma gehandelt habe. Der Kläger sei nach außen als Geschäftsführer aufgetreten z. B. bei Abschluss des Veräußerungsvertrages vom 29. August 2001. Bei der Gewerbeanmeldung der GmbH habe er sich selbst als Betriebsinhaber bzw. gesetzlicher Vertreter bezeichnet. Zudem gehe der Insolvenzverwalter in seinem Gutachten von der Geschäftsführerstellung des Klägers aus. Der Kläger sei im Strafverfahren wegen nichtabgeführter Sozialversicherungsbeiträge als Alleingeschäftsführer der GmbH verurteilt worden und sein Privatkonto sei als Geschäftskonto genutzt worden. Der Kläger habe selbst angegeben, dass ihm sein Bruder faktisch die Befugnisse zur Führung des Betriebes übertragen habe.

In einem am 27. November 2009 geschlossenen Vergleich haben sich die Beteiligten über die Gewährung von Bewerbungskostenerstattung geeinigt.

Die Beklagte beantragt nunmehr,

das Urteil des Sozialgerichts vom 17. Oktober 2007 aufzuheben – soweit sich nicht der Rechtsstreit bereits durch den am 27. November 2009 geschlossenen Teilvergleich erledigt hat – und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend. Zur Begründung verweist er darauf, dass er in der A. GmbH i. G. nicht als faktischer Geschäftsführer tätig gewesen sei und auch keine Geschäftsanteile gehalten habe. Er sei als Arbeitnehmer angestellt gewesen und habe eine Leitertätigkeit ausgeübt. Von den Sozialversicherungsträgern und dem Finanzamt sei er korrekt als pflichtversicherter Angestellter geführt worden. Das von ihm gewährte Darlehen sei in Absprache mit seinem Zwillingbruder, Herrn H. A., erfolgt; für das Darlehen seiner Ehefrau habe ein schriftlicher Darlehensvertrag existiert. Die Nutzung seines Bankkontos sei als Übergangslösung unumgänglich gewesen und korrekt getrennt von der Buchhaltung geführt worden. Die Eintragung beim Gewerbeamt als Betriebsinhaber sei ihm unerklärlich. Es treffe zu, dass er als allein handelnder Geschäftsführer wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen für die A. GmbH i. G. strafrechtlich verurteilt worden sei. Nach seiner Privatinsolvenz habe er zusammen mit einem Unternehmensberater, dem verstorbenen Herrn Dr. S., Möglichkeiten erörtert, den Betrieb aufrechtzuerhalten. Es sei dann im Gespräch gewesen, dass sein älterer Bruder H. A., der eine ähnliche Ausbildung wie er als FH-Ingenieur Technologie der metallverarbeitenden Industrie habe, den Betrieb übernehmen solle. Dies sei aber nicht möglich gewesen, da sein Bruder in abhängiger Beschäftigung tätig gewesen sei. Deshalb habe seine Schwägerin die Geschäftsanteile erhalten sollen. Dr. S. habe ihm auch verdeutlicht, dass er selbst die Firma nicht weiterführen könne. Dies sei für ihn schwierig einzusehen gewesen. Letztlich habe er es aber akzeptiert. Nach dem Tod des Herrn Dr. S., wohl im August 2000, sei sein Bruder an ihn herantreten und habe angefragt, ob er die Gesellschaftsanteile von seiner Frau nicht wieder übernehmen könne. Er sei wie befreit gewesen. Es habe mit seiner Schwägerin nicht gut geklappt, da er anfangs selbst Überweisungsträger zur Unterschrift habe vorlegen müssen und er diese Gespräche als unwürdig empfunden habe und sich als Untertan gefühlt habe. Die Lösung mit der Übernahme der Geschäftsanteile sei ihm deshalb letztlich sehr entgegen gekommen. In dieser Phase sei die Firma dann auch umgezogen und er habe entschieden, dass wieder investiert werden solle. Es sei für ihn einfacher gewesen, jetzt selbst die Entscheidungen zu treffen. Dann habe er aber von einem Steuerberater erfahren, dass es so nicht funktioniere, wie er es sich gedacht habe, weil er als Gesellschafter und Geschäftsführer nicht eigenverantwortlich tätig sein dürfe, wenn er privat insolvent sei. Da er seine Wohlverhaltensperiode auf keinen Fall aufs Spiel habe setzen wollen, habe er seinen Zwillingbruder ins Spiel gebracht. Dieser sei einverstanden gewesen sei, den Gesellschaftsanteil - und nach seiner Erinnerung auch die Geschäftsführung - zu übernehmen. Sein Zwillingbruder habe die Schwägerin auszahlen sollen. Dazu sei es aber nicht gekommen. Er habe jemanden haben wollen, der "für die Firma dachte und dem er habe vertrauen können". Sein Zwillingbruder habe zwar kein Ingenieurstudium, verstehe aber von der finanziellen Seite auch etwas. Er sei gelernter Maschinenbauer und verfüge über einen Abschluss mit Abitur und sei danach als Schweißer und Schlosser und Vermesser tätig gewesen. Mit seinem Zwillingbruder habe es keine Probleme gegeben. So sei er z. B. mit der Einstellung von Praktikanten für Auftragsspitzen einverstanden gewesen. Es sei im Prinzip alles so gewesen wie vorher bei seiner Schwägerin, d. h. auch Überweisungsträger habe er nicht selbst unterzeichnet. Gegenüber Kunden habe sich im Vergleich zu der Zeit, als er Geschäftsführer war, wenig geändert bzw. er habe ihnen schon vorher erklärt, was sich geändert habe. Seine Schwägerin habe in der Firma nichts mehr zu sagen gehabt. Auch von seinem älteren Bruder hätte er Entscheidungen nicht mehr akzeptiert. Er habe seinem Zwillingbruder Kalkulationen vorgelegt, welche dieser akzeptiert habe. Im Sommer 2003 sei es zu Differenzen mit seinem Zwillingbruder gekommen. Nach einem starken Auftragseinbruch habe er vorgeschlagen, die Firma abzuwickeln. Sein Zwillingbruder sei jedoch der Auffassung gewesen, dass man dies durchstehen könne. An andere Entscheidungen, bei denen sich sein Zwillingbruder gegen seinen Vorschlag durchgesetzt habe, könne er sich nicht erinnern. Es habe auch keine weiteren strukturell wichtigen Entscheidungen in dieser Zeit gegeben. Er habe seines Wissens in der Zeit von 2001 bis 2003 keinen richtigen Urlaub genommen. Immer, wenn er dies habe tun wollen, und es eigentlich seiner Frau versprochen habe, sei es wieder zu Auftragsspitzen gekommen. Dies sei aber auch bei seiner letzten abhängigen Beschäftigung so gewesen, wo er auch faktisch keinen (Sommer)Urlaub bekommen habe. Im Winter hingegen, insbesondere zum Jahresende, habe er Urlaub genommen.

Nach dem Gutachten des Insolvenzverwalters Rechtsanwalt P. im Insolvenzverfahren über das Vermögen der A. GmbH i. G. sei der Kläger seit 25. Oktober 2000 der alleinvertretungsberechtigte und von den Beschränkungen nach [§ 181 BGB](#) befreite Geschäftsführer gewesen. Er habe die Gesellschaft gesetzlich vertreten. Zur Handelsregistereintragung sei es bislang deshalb nicht gekommen, weil die Handwerkskammer die Erteilung der erforderlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung verweigert habe. Auch in den entsprechenden Vorortterminen mit Vertretern der Handwerkskammer sei dem Geschäftsführer dargelegt worden, dass die Eintragung der Gesellschaft in die Handelsrolle erfolgen müsse. Hierzu vertrete der Kläger eine andere Auffassung. Der Beschluss über die Abberufung von Frau M. A. als Geschäftsführerin und die Bestellung des Klägers als Geschäftsführer sei entgegen der Auffassung des Klägers für dessen wirksame Bestellung als Geschäftsführer ausreichend. Die Gesellschaft sei aus der insolventen Einzelfirma des Klägers hervorgegangen. Ende 2000 habe sie ihren Sitz in die Thüringer Straße 30 verlegt. Krankenversicherungsbeiträge seien nach Auskunft der Techniker Krankenkasse seit März 2002 rückständig. Die Gründe für die Insolvenz lägen in einem Mangel an Aufträgen. Zudem hätten sich kaufmännische Defizite des Geschäftsführers (des Klägers) negativ auf die wirtschaftliche Entwicklung ausgewirkt. Die Übergabe des Anlagevermögens habe der Kläger zunächst verweigert und erst nach Unterredungen mit seinem Rechtsanwalt habe eine Übergabe am 5. März 2004 erfolgen können. Der Kläger habe mit mehreren Arbeitnehmern als auch mit Krankenkassen und anderen Gläubigern diverse Zahlungsvereinbarungen abgeschlossen. Seine Ehefrau, Frau B. A., habe der Gesellschaft am 11. Februar 2002 ein Darlehen in Höhe von insgesamt 17.000,00 EUR gewährt und hierauf am 17. Dezember 2003 eine Zahlung in Höhe von 1.000,00 EUR erhalten. Darüber hinaus habe Herr H. A. der Gesellschaft ein Darlehen in Höhe von 5.000,00 EUR im September 2002 gewährt.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung am 18. März 2011 die Zeugen H. A. und H.-G. A. sowie die Zeugin M. A. wegen der Stellung des Klägers in der A. GmbH i. G. vernommen. Wegen des Ergebnisses wird auf die Niederschrift verwiesen.

Die Gerichtsakte und die Verwaltungsakte der Beklagten haben vorgelegen und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. Wegen

der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Sachvortrages der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der Verwaltungsakte ergänzend verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist erfolgreich. Sie ist nach Maßgabe der [§§ 143, 144 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zulässig sowie gemäß [§ 151 Abs. 1 SGG](#) frist- und formgerecht erhoben. Die Berufung ist auch begründet.

Die Beklagte hat die Gewährung von Arbeitslosengeld mit dem hier angefochtenen Verwaltungsakt vom 2. Juli 2004 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Januar 2005 zu Recht abgelehnt. Die vor Arbeitslosmeldung und dem Eintritt der Beschäftigungslosigkeit ausgeübten Tätigkeiten des Klägers für die A. GmbH i.G. begründen keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld.

Anspruch auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit haben nach [§ 118](#) des Sozialgesetzbuches Drittes Buch – Arbeitsförderung (SGB III), hier in der Fassung durch das Dritte Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23. Dezember 2003, Arbeitnehmer, die arbeitslos sind, sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt haben.

Der Kläger war unabhängig davon, ob seine Tätigkeit für die A. GmbH i.G. versicherungspflichtig und damit anwartschaftsbegründend für das Arbeitslosengeld war, zum 1. März 2004 arbeitslos und hatte sich auch arbeitslos gemeldet. Er stand nicht mehr in einem Tätigkeitsverhältnis, obwohl der Anstellungsvertrag noch bis 30. April 2004 fortbestand. So war der Geschäftsbetrieb eingestellt und der Kläger unwiderruflich von der Arbeitsleistung freigestellt. Insofern unterlag er nicht mehr der Weisungsbefugnis des früheren Arbeitgebers. Er bemühte sich die Beschäftigungslosigkeit zu beenden und stand den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung.

Die Tätigkeit des Klägers für die A. GmbH i.G. begründete allerdings nicht die erforderliche Anwartschaftszeit für den Bezug von Arbeitslosengeld.

Nach [§ 123 SGB III](#) erfüllt die Anwartschaftszeit, wer in der Rahmenfrist mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat. Die Rahmenfrist beträgt nach [§ 124 Abs. 1 SGB III](#) (nach der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung) drei Jahre. Nach [§ 434j Abs. 3 SGB III](#) findet diese Fassung des [§ 124 SGB III](#) auf Ansprüche auf Arbeitslosengeld, die bis zum 31. Januar 2006 entstanden sind, weiter Anwendung. Danach endet die Rahmenfrist am 30. April 2004 und begann am 1. Mai 2001. Nach [§ 124 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 SGB III](#) a. F. werden Zeiten einer mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassenden selbständigen Tätigkeit nicht mit in die Rahmenfrist gerechnet. Diese endet jedoch spätestens fünf Jahre seit ihrem Beginn ([§ 124 Abs. 3 Satz 2 SGB III](#) a. F.).

Auch bei Zugrundelegung einer auf fünf Jahre erweiterten Rahmenfrist war der Kläger neben seiner selbständigen Tätigkeit in seiner eigenen Einzelfirma ausschließlich für die A. GmbH i. G. tätig. Diese Tätigkeit im Zeitraum vom 1. März 2000 bis 30. April 2004 ist nicht für mindestens zwölf Monate als versicherungspflichtige Beschäftigung zu qualifizieren.

Gemäß [§ 24 Abs. 1 SGB III](#) stehen Personen in einem Versicherungspflichtverhältnis, die als Beschäftigte oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind.

Mithin kommt es nicht darauf an, ob für den Kläger Sozialversicherungsbeiträge auch zur Arbeitslosenversicherung abgeführt worden sind. Einen Anspruch aus der Arbeitslosenversicherung kann nur ein tatsächlich versicherungspflichtig Beschäftigter geltend machen.

Gemäß [§ 25 Abs. 1 SGB III](#) sind solche Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (versicherungspflichtige Beschäftigung). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1](#) des Sozialgesetzbuches Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften über die Sozialversicherung (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Eine Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.

Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen.

Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag (ständige Rechtsprechung, u.a. BSG vom 22. Juni 2005 – [B 12 KR 28/03 R](#) – zitiert nach juris). Ein maßgeblicher rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft aufgrund der Gesellschafterstellung schließt ein Beschäftigungsverhältnis in diesem Sinne aus, wenn der Gesellschafter damit Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könnte (BSG vom 23. Juni 1994 – [12 RK 72/92](#), USK 9448 = [NJW 1994, 2974](#)).

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ist bei Geschäftsführern regelmäßig dann auszuschließen, wenn der Geschäftsführer aufgrund seiner Gesellschafterstellung die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis typische Weisungsunterworfenheit vermeiden und ihm nicht genehme Beschlüsse verhindern kann. Der Kläger ist allerdings nicht am Gesellschaftskapital beteiligt. Er konnte allein aus seiner Gesellschafterstellung keinen maßgebenden Einfluss ableiten.

Bei einem Geschäftsführer, der am Kapital der Gesellschaft nicht oder nur mit einem geringen Anteil beteiligt ist, wird in der Regel ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen, wenn – wie auch bei sonstigen Beschäftigten – das die abhängige Beschäftigung prägende Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung gegeben ist; d. h. die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes erfolgt (vgl. ständige Rechtsprechung z. B. BSG vom 18. Dezember 2001 – [B 12 KR 10/01 R](#) – juris, BSG vom 8. Dezember 1987 – 7 Rar 25/86 – juris). Insbesondere in einer sog. "Familiengesellschaft" kann auch das nicht am Stammkapital beteiligte Familienmitglied tatsächlich eine beherrschende Stellung einnehmen und "Kopf und Seele der Gesellschaft sein". Dies gilt etwa dann, wenn die familiären

Beziehungen die Geschäftsführertätigkeit prägen und ein Weisungsrecht tatsächlich nicht ausgeübt wird. Ein Indiz für eine solche beherrschende Stellung ist es, wenn der Geschäftsführer als einziger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse verfügt.

Schon die Gesamtbetrachtung der Umstände lässt für den Senat den Schluss zu, dass trotz der Gründung einer GmbH im Grunde genommen nur das Einzelhandelsunternehmen des Klägers in veränderter rechtlicher Hülle fortgeführt wurde, ohne dass es zu einer strukturellen Änderung der Hierarchien kam. Dafür spricht, dass der Kläger immer Geschäftsführer der Gesellschaft blieb und deren Geschicke im Wesentlichen allein bestimmte. Entsprechend trat der Kläger nach außen beispielsweise gegenüber dem Insolvenzverwalter auf. Im Verwaltungsverfahren konnte der Kläger nicht angeben, wer statt seiner Person die Geschäfte geführt haben soll. Zudem war der Kläger vom Selbstkontrahierungsverbot befreit. Ein weiteres Indiz für eine selbständige Tätigkeit des Klägers ist das von ihm gewährte Darlehen an die Gesellschaft, wodurch er arbeitnehmeruntypisch eigene wirtschaftliche Risiken einging. Ebenfalls spricht für eine faktische Stellung als Alleininhaber, dass der Kläger später sein Privatkonto als Firmenkonto nutzte. Auch die Angabe des Klägers im Verwaltungsverfahren, dass Weisungen faktisch nicht erteilt wurden, spricht gegen eine abhängige Beschäftigung. Nach seinen Angaben im Bogen über die Beurteilung der versicherungsrechtlichen Voraussetzungen hat er zudem angegeben, dass nur er über die erforderlichen Branchenkenntnisse verfügt habe.

Nach der Beweisaufnahme ist der Senat schließlich davon überzeugt, dass der Kläger über die gesamte Dauer seiner Tätigkeit für die A. GmbH i. G. eine beherrschende Stellung in der Gesellschaft gehabt hat und nicht wie ein Arbeitnehmer weisungsgebunden tätig geworden ist. Aus der Beweisaufnahme ist deutlich geworden, dass der Kläger lediglich die Meinung des Unternehmensberaters hören wollte und zwar die Unterstützung, nicht aber die Einmischung der Familie wünschte und diese auch weitestgehend unterbunden hat. Die Einzelfirma des Klägers konnte nur deshalb nicht durch den Kläger als Gesellschafter/Inhaber fortgeführt werden kann, weil er Privatinsolvenz angemeldet hatte und sich in der Wohlverhaltensphase befand.

Die Tätigkeit des Klägers für die A. GmbH i.G. in der Zeitspanne, als die Schwägerin des Klägers sowohl Gesellschafterin als auch Geschäftsführerin war, würde wegen ihrer kurzen Dauer schon nicht genügen, eine Anwartschaft für das Arbeitslosengeld zu begründen. Diese Tätigkeit betrifft nur einen weniger als zwölf Monate andauernden Zeitraum vom 1. März 2000 bis zum 31. Oktober 2000. Letztlich unterlag der Kläger aber auch in dieser Zeit faktisch keinen Weisungen der Schwägerin oder ihres Mannes H. G. A. ... Zwar gibt der Kläger an, er habe der Zeugin und deren Mann regelmäßig berichten müssen und habe selbst keine Überweisungsträger zeichnen können. Der Zeuge H. A. bestätigt, dass Überweisungsträger von seiner Ehefrau unterschrieben wurden. Allerdings habe der Kläger nicht ihm und seiner Frau, sondern dem Unternehmensberater Herrn Dr. S. Bericht erstattet und der Kläger habe zusammen mit Dr. S. das Unternehmen geleitet. Herr Dr. S. habe auch den Kontakt zu ihnen gehalten. Diese Aussage erscheint glaubhaft, wenn der Zeuge zudem angibt, dass seine Frau und er nach dem Tod des Herrn Dr. S. so schnell als möglich "aus der GmbH heraus" wollten. Dies wäre nicht nachvollziehbar, wenn sie und nicht Herr Dr. S. zuvor einen bestimmenden Einfluss in der Gesellschaft hätten ausüben können. Zudem gibt der Zeuge an, dass der Kläger sich in geschäftlichen Dingen keine Weisungen habe erteilen lassen und stützt dies mit einem Hinweis auf den erfolglosen Versuch seiner Ehefrau, überhaupt etwas Genaueres über den Geschäftsablauf zu erfahren. Diese in sich schlüssige Aussage des im Übrigen glaubwürdig erscheinenden Zeugen wird durch die von ihm in der mündlichen Verhandlung übergebenen Unterlagen zu Zahlungsvorgängen gestützt. Die übergebenen Zettel belegen im Wesentlichen nur die Auszahlungssumme und den Verwendungszweck Kasse bzw. Lohn, so dass die Verwandten des Klägers im Grunde nur einen groben Überblick über die Auszahlungen hatten. Diese Belege sprechen daher wie die Aussage des Zeugen H.-G. A. dafür, dass der Kläger allein bestimmenden Einfluss auf die Geschäftsführung und auch auf die Gestaltung seiner Tätigkeit hatte.

Nachdem der Kläger einen Kaufvertrag über den Erwerb sämtlicher Gesellschaftsanteile abgeschlossen hatte, der aber nur für den Fall der Eintragung der Gesellschaft wirksam geworden wäre, war er auch nach seiner eigenen Darstellung der "allein bestimmende Kopf" in der Gesellschaft. Der Kläger hat schon im Termin zur Erörterung anschaulich geschildert, wie erleichtert er war, wieder selbst und ohne Rücksicht auf die Schwägerin bzw. seinen Bruder entscheiden zu können. Gerade dies zeigt, dass er in dieser Zeit jedenfalls nicht weisungsabhängig tätig war.

Eine abhängige weisungsgebundene Beschäftigung nach dem Zeitpunkt, als am 30. August 2001 die Gesellschaftsanteile an den Zwillingbruder des Klägers verkauft wurden, liegt nach Ansicht des Senats ebenfalls nicht vor.

Gegen eine weisungsgebundene Tätigkeit spricht noch nicht, dass dieser Kaufvertrag und die damit zusammenhängende Abtretung der Gesellschaftsanteile nicht wirksam geworden ist, weil das Geschäft unter dem Vorbehalt der Eintragung der GmbH stand und die GmbH nicht eingetragen wurde. Gleichwohl könnte eine abhängige Beschäftigung vorliegen, wenn der Kläger nach dem Verkauf an seinen Bruder an Weisungen gebunden war und die Tätigkeit nicht mehr in eigener Verantwortung wahrgenommen hat, sondern sich in einen vorgegebenen Ablauf eingefügt hat. Insofern wäre es nicht beachtlich, dass die wirkliche Gesellschafterin, Frau M. A., sich nicht mehr als Gesellschafterin sah bzw. ihre Weisungsbefugnisse nicht ausübte. Der Kläger wäre auch dann weisungsgebunden tätig gewesen, wenn er die Weisungen eines vermeintlichen Gesellschafters zu beachten gehabt hätte. Für die abhängige Beschäftigung eines Arbeitnehmers ist es unbeachtlich, wem gegenüber er sich verantworten muss und ob die Weisungsbefugnis rechtlich wirksam begründet ist.

Aus den Bekundungen des Zeugen H. A. ergibt sich aber nach der Überzeugung des Senats gerade nicht, dass er als Gesellschafter die Bedingungen des Beschäftigungsverhältnisses des Klägers diktierte bzw. ihm Weisungen gab. Der Zeuge hat ausgesagt, dass es ihm mit seiner Beteiligung um den Erhalt des Unternehmens ging. Nach seiner Kenntnis sei es nicht zur echten Gründung einer GmbH gekommen, d.h. dass er auch nicht Inhaber des Unternehmens geworden sei. Er habe damals Überweisungsträger gezeichnet und sei dabei auch davon ausgegangen, dass er Inhaber geworden ist. Er habe aber weder die Geschäfte leiten können noch habe er Einfluss auf Personalentscheidungen genommen. Daraus folgt nach Überzeugung des Senats, dass der Zeuge als Bruder des Klägers sich in dessen Interesse als Gesellschafter zur Verfügung stellte, aber weder auf die Geschäfte noch auf die Umstände der Tätigkeit des Klägers in einer Weise Einfluss nahm, dass dieser seine Tätigkeit nicht selbst bestimmt ausübte.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 Satz 1 SGG](#).

Die Revision wird nicht gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) zugelassen, weil es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt, die auf einer bereits durch

Rechtsprechung hinreichend geklärten Rechtslage beruht.

Rechtskraft

Aus

Login

SAN

Saved

2012-10-01