

L 16 (1) AL 33/09

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Gelsenkirchen (NRW)
Aktenzeichen
S 22 AL 35/08
Datum
25.08.2009
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 (1) AL 33/09
Datum
30.06.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 7 AL 16/11 R
Datum
04.07.2012
Kategorie
Urteil
Bemerkung
Rev. d.Kl. durch Urteil vom 04.07.12 zurückgewiesen.
Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 25.08.2009 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger die für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) erforderliche Anwartschaftszeit zurückgelegt hat.

Der 1948 geborene Kläger war ab dem 01.08.2004 als kaufmännischer Leiter bei der H-GmbH und Co KG (im Folgenden: KG) als kaufmännischer Leiter beschäftigt. Die Geschäftsführung der KG lag bei der alleinigen Komplementärin H Beteiligungs-GmbH, deren Geschäftsführer Herr I war. Gegenstand des Unternehmens war der Betrieb eines Großmarkts in H; der insoweit bestehende Mietvertrag wurde zum 30.09.2005 gekündigt. Die Gesellschaften hatten zunächst ihren Sitz in H, der Sitz der GmbH wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 16.01.2006 nach Q, der Sitz der KG wurde am 19.05.2006 ebenfalls dorthin verlegt. Über das Vermögen beider Gesellschaften wurde durch Beschlüsse des Amtsgerichts (AG) Ingolstadt vom 29.08.2006 (KG) bzw. 29.09.2006 (GmbH) die vorläufige Insolvenzverwaltung angeordnet. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen beider Gesellschaften lehnte das AG Ingolstadt durch rechtskräftige Beschlüsse vom 06.02.2007 mangels Masse ab. Von Amts wegen wurde die Auflösung der KG am 30.03.2007 eingetragen. Die Liquidatoren der KG meldeten am 01.06.2007 das Erlöschen der KG an; die Eintragung im Handelsregister erfolgte im Dezember 2007.

Nach dem Arbeitsvertrag stand dem Kläger ein monatliches Gehalt von 3200,- EUR sowie eine jährliche Sonderzahlung in Höhe eines Monatsgehaltes zu. Der Kläger hatte durch seine Anwälte mit Schreiben vom 28.09.2005 gegenüber der KG moniert, dass Gehaltszahlungen verzögert erfolgten und weiter ausgeführt, es sei bekannt, dass die Gesellschaft die bisherigen Geschäftsräume aufgeben müsse. Er sei aber ausschließlich für den Standort H eingestellt worden und verfüge nicht über einen Pkw. Mit einer Verlegung des Betriebssitzes nach S sei er nicht einverstanden. Mit weiterem Schreiben vom 04.10.2005 bot er weiterhin seine Arbeitskraft an. Am 20.01.2006 erhob er Klage zum Arbeitsgericht (ArbG) Gelsenkirchen (Az.: 5 Ca 138/06) und forderte die Zahlung ausstehenden Gehaltes. Bereits in der Klageschrift führte er aus, der Geschäftssitz der Firma sei aufgegeben, Zustellungen seien dort nicht mehr möglich. In dem Verfahren trug der Geschäftsführer I vor, bis zur Einstellung des Geschäftsbetriebes habe der Kläger die Gehälter bis einschließlich September 2005 erhalten. Mit Versäumnisurteil vom 24.05.2006 wurde die KG antragsgemäß zur Zahlung ausstehenden Gehalts verurteilt. Der Einspruch gegen das Versäumnisurteil wurde mit Urteil vom 12.10.2006 als unzulässig wegen Fristversäumung verworfen. Im Berufungsverfahren vor dem Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm (Az.: 4 Sa 1842/06) machte der Kläger im Wege der Anschlussberufung weitere Gehaltsbeträge geltend und beantragte zugleich die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis unverändert fortbestehe. Vor dem anberaumten Termin am 20.05.2007 teilte der Bevollmächtigte der KG mit, dass im Termin ein Versäumnisurteil ergehen könne. Das Insolvenzverfahren sei mangels Masse nicht eröffnet worden, die Liquidation sei mittlerweile beendet und es werde nunmehr das endgültige Erlöschen zum Handelsregister angemeldet. Mit Versäumnisurteil vom 25.07.2007 wurde die KG zur Zahlung des bis dahin aufgelaufenen Gehaltes verurteilt und zugleich festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis unverändert fortbestehe. Hinsichtlich der Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses legte die KG Einspruch ein und machte geltend, das bestehende Arbeitsverhältnis sei mündlich einvernehmlich aufgehoben worden. Nach Hinweis auf das Schriftformerfordernis für einen Aufhebungsvertrag nach [§ 623](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) wurde der Einspruch zurückgenommen.

Der Kläger meldete sich unter Beantragung von Alg am 13.10.2005 arbeitslos unter Hinweis darauf, dass das Arbeitsverhältnis nicht

gekündigt sei. In einer von der Q-Steuerberatungsgesellschaft ausgestellten Arbeitgeberbescheinigung vom 02.11.2005 wird angegeben, eine Kündigung sei am 30.09.2005 wegen einer Betriebsaufgabe erfolgt. Gegenüber der DAK, deren Mitglied der Kläger ist, erfolgte eine Abmeldung. Die Beklagte zahlte dem Kläger ab dem 13.10.2005 Alg im Wege der Gleichwohlgewährung; die Überleitungsanzeige wegen des Gehaltsanspruchs vom 09.11.2005 konnte der KG unter dem eingetragenen Betriebssitz nicht zugestellt werden.

Am 13.10.2006 beantragte der Kläger die Gewährung von Insolvenzgeld. Der Arbeitgeber habe das geschuldete Entgelt seit Oktober 2005 nicht mehr gezahlt. Insolvenz habe der Arbeitgeber bislang nicht angemeldet, das Arbeitsverhältnis sei von ihm selbst auch nicht gekündigt worden. Mit Bescheid vom 14.06.2007 wurde dem Kläger Insolvenzgeld für die Zeit vom 06.11.2006 bis 05.02.2007 bewilligt.

Der Kläger beantragte am 05.12.2006 erneut die Gewährung von Alg. Er habe von seinem Anwalt erfahren, dass nach einem Jahr des Bestehens eines ungekündigten Arbeitsverhältnisses der Anspruch für sechs weitere Monate Alg bestehe. Auf seinen früheren Antrag habe er Arbeitslosengeld bis zum 30.05.2006 erhalten. Die Beklagte lehnte den Antrag mit Bescheid vom 07.12.2006 und Widerspruchsbescheid vom 17.01.2007 ab, da innerhalb der Rahmenfrist nicht für 12 Monate ein Versicherungspflichtverhältnis bestanden und der Kläger daher keine neue Anwartschaft erworben habe. In dem anschließenden Klageverfahren (SG Gelsenkirchen S 4 AL 9/07) erkannte die Beklagte im Erörterungstermin am 29.11.2007 nach einem Hinweis des Gerichts, dass bei rechtskräftiger Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses der Kläger "natürlich auch versicherungspflichtig" sei, den Anspruch an und bewilligte in Ausführung dieses Anerkenntnisses dem Kläger Alg für die Zeit vom 06.02. - 07.08.2007.

Am 30.11.2007 beantragte der Kläger wiederum unter Hinweis auf das ungekündigte Arbeitsverhältnis die Gewährung von Alg. Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 18.02.2008 ab, da der Kläger keine neue Anwartschaft erworben habe. Mit seinem Widerspruch machte der Kläger geltend, die Insolvenz des Arbeitgebers habe keinen Einfluss auf den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses. Somit bestehe auch das Versicherungspflichtverhältnis fort. Die Nichtzahlung der Beiträge oder die Nichterbringung der Arbeitsleistung stehe dem Erwerb der Anwartschaft nicht entgegen. Mit Widerspruchsbescheid vom 01.04.2008 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Der Kläger habe aufgrund des Antrags vom 05.12.2006 für 180 Tage Alg erhalten. Die Rahmenfrist für den neuerlichen Antrag vom 30.11.2007 laufe somit vom 05.12.2006 bis 29.11.2007. Innerhalb dieser Zeit habe nicht für 360 Tage durchgehend ein Versicherungspflichtverhältnis bestanden, da der Kläger vom 06.11.2006 bis 05.02.2007 Insolvenzgeld bezogen habe.

Zur Begründung der am 29.04.2008 erhobenen Klage hat der Kläger vorgetragen, die Arbeitgeberin habe zwar aufgrund finanzieller Schwierigkeiten ihre Geschäftsräume in H bereits im September 2005 aufgegeben. Seit dieser Zeit sei ihm auch weder Arbeit zugewiesen noch Gehalt gezahlt worden. Jedoch sei das Arbeitsverhältnis weder durch Kündigung noch auf anderem Wege beendet worden. Nach dem Urteil des LAG Hamm vom 25.05.2007 bestehe das Arbeitsverhältnis unverändert fort. Der Umstand, dass die Firmen mittlerweile aus dem Handelsregister gelöscht worden seien, ändere am rechtlichen Fortbestand der Arbeitgeberin nichts. Es sei allgemeine Meinung, dass selbst bei Löschung einer Gesellschaft diese noch fortbestehe, wenn noch Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend gemacht würden, für deren Erfüllung Vermögen nicht erforderlich sei. Dies gelte insbesondere für den Fall, dass ein Arbeitnehmer die Erteilung eines Arbeitszeugnisses verlange. Der Bezug von Insolvenzgeld stehe einem Versicherungspflichtverhältnis nicht entgegen. Selbst wenn man aber davon ausgehe, dass eine neue Rahmenfrist erst ab dem 06.02.2007 begonnen habe, sei jedenfalls ein neuer Alg-Anspruch am 06.02.2008 entstanden. Die Beklagte hat dem gegenüber geltend gemacht, die Anspruchsvoraussetzungen für einen Alg-Anspruch seien nicht bereits am 05.12.2006 erfüllt gewesen, sondern erst am 06.02.2007. Der Kläger könne auch nicht geltend machen, er habe dann jedenfalls im Februar 2008 einen neuen Leistungsanspruch erworben. Das vom Gesetz eingeräumte Dispositionsrecht könne nur bis zur Entscheidung über den Antrag ausgeübt werden. Es sei daher nicht mehr möglich, nach der erfolgten Ablehnung des Antrags vom 30.11.2007 diesen in einen Antrag ab 06.02.2008 umzudeuten.

Das Sozialgericht hat den früheren Geschäftsführer der GmbH I um Auskunft gebeten, ob eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt sei. Er hat mitgeteilt, nach negativem Ausgang des Verfahrens wegen der Kündigung des Mietvertrages sei klar gewesen, dass der Großmarktbetrieb eingestellt werden müsse. Der Kläger habe Anweisung bekommen, für sich und den Marktmeister "die Kündigung zu schreiben". Er sei immer über den laufenden Mietprozess informiert gewesen und habe gewusst, dass die KG "zu machen" müsse, wenn sie den Prozess verliere. Wegen Einzelheiten wird auf das Antwortschreiben vom 06.07.2009 (Bl. 70/71 der Gerichtsakte) Bezug genommen. Die Beklagte hat daraufhin geltend gemacht, angesichts der Kündigung der Geschäftsräume zum 30.09.2005 habe der Kläger gewusst, dass der Arbeitsplatz weggefallen sei und er sich eine andere Arbeit suchen solle. Der ehemalige Arbeitgeber habe den Kläger somit nach dem 30.09.2005 von der Arbeit freigestellt, so dass die Beschäftigung geendet habe. Da der Kläger sich arbeitslos gemeldet habe, sei davon auszugehen, dass er auch das Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht mehr anerkenne.

Während des erstinstanzlichen Verfahrens erhob der Kläger mit Schriftsatz vom 14.05.2009 Klage vor dem ArbG Gelsenkirchen (Az.: 1 Ca 1358/09) und beantragte die Erteilung eines Zwischenzeugnisses und die Zahlung des ausstehenden Gehaltes (während des Verfahrens im Wege der Klageerweiterung bis einschließlich Februar 2010) sowie die Feststellung, dass ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht. Durch Versäumnisurteil vom 13.04.2010 erfolgte eine entsprechende Verurteilung der KG. Nachdem mit Schreiben vom 31.07.2009 "aus reiner anwaltlicher Vorsicht" durch den Bevollmächtigten der KG die fristlose bzw. ordentliche Kündigung eines etwaigen bestehenden Arbeitsverhältnisses erfolgt war, erhob der Kläger vor dem ArbG Gelsenkirchen (Az.: 1 CA 2063/09) Klage mit dem Antrag, festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nur durch die Kündigung nicht aufgelöst und er als kaufmännischer Leiter weiter zu beschäftigen sei. Insoweit erfolgte mit Versäumnisurteil vom 08.10.2009 eine entsprechende Verurteilung der KG. Auf deren Einspruch nahm der Kläger in der Sitzung vom 13.04.2010 den Weiterbeschäftigungsanspruch zurück; mit zweitem Versäumnisurteil vom 13.04.2010 stellte das ArbG fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst ist und unverändert weiter besteht.

Mit Urteil vom 25.08.2009 hat das Sozialgericht die Beklagte verurteilt, dem Kläger ab dem 05.12.2007 Alg für 6 Monate zu gewähren. Die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Alg sei erfüllt. Ausgehend von dem Beginn der Rahmenfrist am 05.12.2006 habe der Kläger daher bis zum 04.12.2007 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden, da das Arbeitsverhältnis mangels ausgesprochener Kündigung weiter fortbestanden habe. Der Bezug von Arbeitslosengeld stehe der gleichzeitigen Zurücklegung einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung nicht entgegen. Die Zahlung von Arbeitslosengeld nach [§ 143 Abs. 3 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) setze im Gegenteil voraus, dass das Arbeitsverhältnis und somit auch der Anspruch auf Arbeitsentgelt weiter bestehe. Der Kläger habe zwar nicht bereits bei Antragstellung am 30.11.2007 einen Anspruch auf Alg erworben gehabt. Der Antrag wirke jedoch über diesen Tag hinaus, da die Beklagte ihn nicht bereits vor dem 05.12.2007 abgelehnt gehabt habe.

Die Beklagte hat fristgerecht Berufung eingelegt. Entgegen der Annahme des Sozialgerichts habe kein Versicherungspflichtverhältnis bestanden. Zwar sei einzuräumen, dass die hier vorliegende spezielle Konstellation noch nicht durch die Rechtsprechung abschließend geklärt sei. "In speziellen Ausnahmesituationen" könne der Mechanismus, dass das Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses zwangsläufig für alle Zeiten ein Versicherungspflichtverhältnis aufrecht erhalte, nicht greifen. Es sei festzustellen, dass nach dem 30.09.2005 die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung in einem "allmählich auslaufenden Arbeitsverhältnis" sprechen könnten, spürbar rückläufig gewesen seien. Die Anerkennung des Anspruchs ab 05.12.2006 lasse sich noch damit rechtfertigen, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht mangels Masse abgelehnt gewesen sei. Nach dem Beschluss des AG Ingolstadt vom 06.02.2007 hätten tatsächlich keine Aktivitäten in der Gesellschaft mehr stattgefunden. Für die Zeit nach Ablehnung des Insolvenzantrags könne von einem Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinne nicht mehr gesprochen werden, es habe nur noch eine "leere Hülse" bestanden. Die Aktivitäten des Prozessbevollmächtigten hätten lediglich das Ziel gehabt, die Gesellschaft "künstlich am Leben zu erhalten", indem er einerseits nicht vermögenswerte Ansprüche und andererseits Arbeitsentgeltansprüche geltend gemacht habe. Es liege auf der Hand, dass es nicht um diese Ansprüche selbst gegangen sei, weil insbesondere die Arbeitsentgeltansprüche nicht mehr zu realisieren seien. Es sei tatsächlich nur darum gegangen, die Argumentation zu untermauern, dass noch der Arbeitgeber existent sei, um hieraus ein Beschäftigungsverhältnis konstruieren zu können. Für das Sozialrecht seien jedoch die tatsächlichen Verhältnisse maßgebend.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Gelsenkirchen vom 25.08.2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält an seiner Auffassung fest, dass aufgrund des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses auch ein Versicherungspflichtverhältnis bestanden hat. Durch die Klagen sei nicht die (frühere) Arbeitgeberin künstlich am Leben erhalten, sondern lediglich verdeutlicht worden, dass diese rechtlich noch fortbestehe.

Seit dem 01.11.2009 bezieht der Kläger Altersrente.

Von der DAK ist eine Auskunft zu den Versicherungszeiten des Klägers eingeholt worden; insoweit wird auf Bl. 203 der Gerichtsakte verwiesen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der Verwaltungsakte der Beklagten und der Streitakten des ArbG Gelsenkirchen 5 Ca 138/06, 1 Ca 1358/09, 1 Ca 2063/09 verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist auch begründet. Das Sozialgericht hat die Beklagte zu Unrecht zur Gewährung von Alg verurteilt, denn der Kläger hat die für den Anspruch auf Alg erforderliche Anwartschaftszeit nicht erfüllt.

Nach [§ 118 Abs. 1 SGB III](#) haben Arbeitnehmer Anspruch auf Alg, die

1. arbeitslos sind
2. sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und
3. die Anwartschaftszeit erfüllt haben.

1. Die Voraussetzungen der Nr. 1, 2 liegen vor, denn der Kläger war im Zeitraum nach dem 05.12.2007 arbeitslos ([§ 119 Abs. 1 SGB III](#)) und hatte sich auch arbeitslos gemeldet ([§ 122 Abs. 1 SGB III](#)). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen wird - zu Recht - von der Beklagten auch nicht in Frage gestellt.

2. Entgegen der Ansicht des Sozialgerichts hat der Kläger aber nicht die erforderliche Anwartschaftszeit erfüllt. Die Anwartschaftszeit hat zurückgelegt, wer in der Rahmenfrist von zwei Jahren ([§ 124 Abs. 1 SGB III](#)) mindestens 12 Monate (360 Tage, [§ 339 Satz 2 SGB III](#)) in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat ([§ 123 Abs. 1 S. 1 SGB III](#)). Unabhängig davon, wie die Rahmenfrist zu bestimmen ist, hat der Kläger die Anwartschaftszeit deshalb nicht erfüllt, weil spätestens seit Juni 2007 keine Versicherungspflicht mehr bestand, so dass der Kläger in keinem Fall die erforderlichen 360 Tage Versicherungszeiten zurückgelegt hat.

a) In einem Versicherungspflichtverhältnis im Sinne des [§ 24 Abs. 1 SGB III](#) stehen unter anderem Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt ([§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV)) sind ([§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB III](#)). Der Annahme des Bestehens einer versicherungspflichtigen Beschäftigung steht der Umstand, dass der Kläger seit dem 13.05.2005 arbeitslos gemeldet ist und (zuletzt) Alg vom 06.02. - 07.08.2007 bezogen hat, nicht entgegen, da im Rahmen des SGB III zwischen dem leistungsrechtlichen und dem beitragsrechtlichen Beschäftigungsbegriff zu unterscheiden ist (s. nur [BSGE 73, 126](#), 128; LSG Rheinland Pfalz, Breithaupt 2008, 61, 63 m.w.N.; Lütke in: LPK - SGB III, § 123 Rdnr. 8). Beschäftigungslos in leistungsrechtlichem Sinne ist, wer ungeachtet des fortbestehenden Arbeitsverhältnisses tatsächlich seine Arbeitsleistung nicht mehr erbringt, weil der Arbeitgeber auf die Verfügungsbefugnis verzichtet hat oder weitere Dienste des Arbeitnehmers nicht mehr annimmt. Eine mit Versicherungspflicht verbundene Beschäftigung kann somit auch während eines Zeitraums bestehen, in der der Arbeitnehmer leistungsrechtlich als arbeitslos gilt und Alg bezieht (vgl. BSG [SozR 4 - 4300 § 123 Nr. 2](#) Rdnr. 16).

b) Während leistungsrechtlich die tatsächliche Nichterbringung der Arbeitsleistung zum Ende der Beschäftigung führt, kann die versicherungsrechtliche Beschäftigung ungeachtet der tatsächlichen Einstellung der Arbeit bis zum rechtlichen Ende des Arbeitsverhältnisses fortbestehen, sofern vertragliche oder gesetzliche Ansprüche auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts bestehen. Insoweit ist

der rechtliche Fortbestand des Arbeitsverhältnisses maßgebend für die Dauer der versicherungspflichtigen Beschäftigung ([BSGE 52,152](#), 156; [59, 183](#), 186; [SozR 4 - 4300 § 123 Nr. 2](#) Rdnr. 16). In der Rechtsprechung ist ferner trotz Nichterbringung der Arbeit eine Beschäftigung bejaht worden, wenn einvernehmlich am Arbeitsverhältnis festgehalten wird und die Arbeitsleistung nach einer (kurzen) Unterbrechung wieder aufgenommen werden soll (vgl. [BSGE 41, 24](#), 26; [65, 266](#), 269; [68, 236](#), 240). Diese Anbindung des versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses an den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses insbesondere in den Fällen, in denen der Arbeitgeber einseitig den Arbeitnehmer von der Arbeit freistellt, ist durch die Schutzfunktion der Sozialversicherung rechtfertigt. Der Arbeitgeber soll nicht einseitig durch Verweigerung der Annahme angebotener Dienst über den Bestand des Sozialversicherungsschutzes "disponieren" dürfen; das typischerweise mit der Ausübung unselbständiger Tätigkeit verbundene Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers verringert sich nicht dadurch, dass der Arbeitgeber sich weigert, während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses die Arbeitskraft in Anspruch zu nehmen (vgl. zu den Motiven der Rechtsprechung Boecken in: GK-SGB VI § 1 Rdnr. 67).

c) Aus dieser Rechtsprechung lässt sich aber entgegen der Annahme des Klägers nicht ableiten, dass in jedem Fall allein der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zur Annahme des Bestehens einer Beschäftigung im Sinne des [§ 7 SGB IV](#) führt. In den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fallkonstellationen ging es um die zeitlich begrenzte Fortsetzung der Beschäftigung in Übereinstimmung mit dem Arbeitsverhältnis. In diesen Fällen mag es zur Gewährleistung des Versicherungsschutzes in der Sozialversicherung gerechtfertigt sein, die Bewertung der Beschäftigung weitgehend an dem Bestand des Arbeitsverhältnisses auszurichten (vgl. [BSGE 73, 126](#), 128f; KSW/Berchtold, [§ 7 SGB IV](#) Rdnr. 30). Das schließt aber nicht aus, in einer Fallkonstellation wie der vorliegenden ungeachtet des rechtlichen Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses das Ende der Beschäftigung anzunehmen.

aa) Zugunsten des Klägers kann davon ausgegangen werden, dass sein Arbeitsverhältnis mit der KG entsprechend den rechtskräftigen arbeitsgerichtlichen Entscheidungen vom 27.05.2007 und 13.04.2010 noch fortbesteht (s. aber auch [BAGE 80, 363](#), wonach sich ein Arbeitnehmer gemäß [§ 242 BGB](#) nicht auf das Fehlen einer Kündigung berufen kann, wenn der Vertrag gegenstandslos geworden ist). Gerade das Urteil des ArbG Gelsenkirchen vom 13.04.2010 zeigt aber deutlich, dass arbeitsgerichtliche Entscheidungen - die zudem allein auf der Säumnis des Arbeitgebers beruhen - nicht in jedem Fall vorgreiflich sein können, denn dieses Urteil ist zu einem Zeitpunkt ergangen, als der Kläger längst Altersrente (seit dem 01.11.2009) bezog. Ob daher überhaupt noch ein auch im Rahmen eines Versäumnisurteils zu prüfendes Rechtsschutzinteresse für die erwirkte Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses bestand, erscheint mehr als zweifelhaft, da spätestens mit Inanspruchnahme der Altersrente der Kläger deutlich gemacht hatte, dass er die frühere Vollzeitbeschäftigung nicht fortführen wollte. Diese Frage kann jedoch dahinstehen.

bb) Das BSG hat im Urteil vom 03.06.2004 ([SozR 4 - 4300 § 123 Nr. 2](#) Rdnr. 16) angedeutet, dass bei missbräuchlichem Verhalten der Arbeitsvertragsparteien im Kündigungsschutzprozess in Ausnahmefällen ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses zu verneinen sein kann. In diesem Sinne hätte es sicher als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden müssen, wenn der Kläger und die KG sich im Oktober 2005 im Bewusstsein um die Einstellung der Geschäftstätigkeit der KG und die - wegen deren Vermögenslosigkeit - Uneinbringlichkeit von Gehaltszahlungen auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bis zum Bezug der Rente geeinigt hätten, weil offensichtlich das einvernehmlich bestätigte Arbeitsverhältnis sich nur als leere Hülle dargestellt hätte und für die beiderseitige Erfüllung der Hauptpflichten dieses Arbeitsverhältnisses keine Grundlage mehr bestand. Nicht anders liegt es aber, wenn der Arbeitgeber untätig bleibt und ihm der formale Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gleichgültig ist. Die KG hat hier - sei es, weil sie rechtsirrig ([§ 623 BGB](#)) von einer mündlichen einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen ist, sei es, weil ihr angesichts der Aufgabe des Großmarktbetriebs und des Fehlens einer für die Durchsetzung von Arbeitsentgeltansprüchen erforderlichen Vermögensmasse schlicht gleichgültig war, ob noch arbeitsvertragliche Beziehungen bestanden - die mögliche betriebsbedingte Kündigung unterlassen. In den Arbeitsgerichtsprozessen hat sie Versäumnisurteile gegen sich ergehen lassen. Aus dem Schreiben vom 27.05.2007 an das LAG, es könne ein Versäumnisurteil ergehen, da die Liquidation beendet sei, wird deutlich, dass die Verurteilung zu Gehaltszahlungen für die KG angesichts ihrer Vermögenslosigkeit irrelevant war und sie sich letztlich um den formalen Bestand der Arbeitsverhältnisse nicht kümmerte. Sie hat somit durch ihr prozessuales Verhalten nicht anders als durch eine vertragliche Abrede dem Kläger zu einem - inhaltsleeren - Arbeitsverhältnis "verholfen". In einer solchen Situation kann der Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht maßgebend für die Beurteilung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung sein. Werden rechtliche Bindungen allein äußerlich aufrecht erhalten, ohne sie hinsichtlich der Hauptpflichten in Vollzug zu setzen, endet auch die Beschäftigung (Berchtold, a.a.O.).

cc) Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Erforderlich ist daher stets der Vollzug eines Rechtsverhältnisses wie des exemplarisch genannten Arbeitsverhältnisses. Der für die Annahme einer Beschäftigung im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) und deren Fortbestand erforderliche "Vollzug" liegt idealtypisch in der realen Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung; die tatsächliche Arbeitsleistung kann allerdings durch andere Umstände ersetzt werden (BSG [SozR 4 - 2400 § 7 Nr. 9](#) Rdnr. 13; Nr. 10 Rdnr. 17). Das BSG hat in den genannten Entscheidungen bei einer einvernehmlichen unwiderruflichen Freistellung von der Arbeit bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses das Fortbestehen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung bejaht. Der Arbeitsvertrag bestehe fort und solle nach dem Willen der Parteien mit den jeweiligen Pflichten - zeitlich begrenzt - grundsätzlich fortbestehen. Das sozialversicherungsrechtliche Schutzbedürfnis sei nicht geringer als bei tatsächlicher Erfüllung der arbeitsrechtlichen Hauptpflichten des Arbeitnehmers und dem rechtlich hierdurch begründeten Erwerb von Arbeitsentgeltansprüchen. Ferner finde in dieser Lage die Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers und dessen Eingliederung in einen ihm vorgegebenen Arbeitsablauf noch hinreichend Ausdruck (a.a.O. Rdnr. 20 bzw. Rdnr. 23).

Von dem "Vollzug" eines Arbeitsverhältnisses in einem vergleichbaren Sinne lässt sich hier aber nicht sprechen. Die KG ging nicht nur - dokumentiert durch die gegenüber der DAK als Einzugsstelle erfolgte Abmeldung ([§ 28 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB IV](#)) - von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.09.2005 aus und hatte auf ihre Verfügungsbefugnis verzichtet. Vor allem war auch keine Betriebsorganisation mehr vorhanden, in die der Kläger hätte eingegliedert werden können. Der alleinige Geschäftsgegenstand der KG war der Betrieb des Großmarkts H. Mit der Kündigung des Mietvertrages zum 30.09.2005 entfiel die Grundlage für die betriebliche Tätigkeit der KG. Soweit der Kläger seine Dienstbereitschaft erklärt hat, stellten sich diese Erklärungen als bloße verbale Bekundungen ("leere Hülle") dar, weil keinerlei realistische Möglichkeit zur Fortsetzung der Beschäftigung mehr bestand. Dies war auch dem Kläger bewusst, der schon im Schreiben vom 28.09.2005 an die KG erklärt hatte, dass er nur für H eingestellt worden sei und nicht bereit sei, in S zu arbeiten. In der Klageschrift hat der Kläger auch dargelegt, die Gesellschaft habe die Geschäftsräume in H im September 2005 aufgegeben, seit dieser Zeit sei ihm keine Arbeit mehr zugewiesen worden. Da somit keinerlei den Betriebszwecken dienende Arbeiten mehr verrichtet werden konnten, war die erklärte Dienstbereitschaft letztlich ohne Inhalt.

d) Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe spricht schon viel dafür, dass bereits im Oktober / November 2005 die Beschäftigung beendet war. Der Mietvertrag für den Großmarkt in H bestand nicht mehr, die Geschäftstätigkeit war offensichtlich schon eingestellt, denn der KG konnte noch nicht einmal an dem im Handelsregister eingetragenen Sitz die Überleitungsanzeige der Beklagten zugestellt werden. Das kann hier offen bleiben, denn jedenfalls endete die Beschäftigung mit der Abwicklung der Geschäfte der KG nach der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG und der Komplementär GmbH. Mit der Ablehnung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG mangels Masse war die KG aufgelöst, [§ 161 Abs. 1](#) in Verbindung mit [§ 131 Abs. 2 Nr. 1](#) Handelsgesetzbuch (HGB). Gemäß [§ 145 Abs. 1 HGB](#) war die KG zu liquidieren; nach [§ 149 HGB](#) oblag den Liquidatoren die Abwicklung der Geschäfte. Nach Beendigung der Liquidation war nach [§ 157 Abs. 1 HGB](#) das Erlöschen der Firma zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden. Diese Anmeldung erfolgte durch die Liquidatoren unter dem 01.06.2007. Zwar mag mangels Kündigung des mit dem Kläger bestehenden Arbeitsverhältnisses formal die Liquidation noch nicht beendet gewesen sei. Jedoch steht aufgrund der Erklärung der Liquidatoren fest, dass es (endgültig) keine Geschäftstätigkeit der KG und damit auch keinerlei Grundlage für eine irgendwie geartete Tätigkeit des Klägers mehr gab. Eine realistische Möglichkeit zur Fortsetzung der Beschäftigung bestand nicht mehr. Das fortbestehende Arbeitsverhältnis stellte sich nur noch als inhaltsleere Hülle dar, da die Grundlage für den Austausch von Arbeitsleistungen und -vergütungen vollständig entfallen war. Unter solchen Umständen kann auch keine Rede davon sein, dass der Arbeitnehmer in eine ihm fremde Organisation eingegliedert ist und der Arbeitgeber über die Arbeitskraft des Arbeitnehmers verfügt. Wesentliche Elemente einer Beschäftigung liegen dann nicht mehr vor.

Auch der Schutzzweck der Sozialversicherung erfordert hier nicht die "strikte" Anbindung der Beschäftigung an das Arbeitsverhältnis. Für ein mit der Verrichtung abhängiger Arbeit typischerweise verbundenes Schutzbedürfnis ist nichts mehr ersichtlich, wenn das Arbeitsverhältnis nur noch formal weiter besteht, es aber für die Beschäftigung des Arbeitnehmers tatsächlich an jeglichem Substrat fehlt. Der Kläger wusste, dass keinerlei Betriebstätigkeit mehr stattfand. Er hat nach der tatsächlichen Beendigung der Arbeit - aus nachvollziehbaren Gründen - keinen ernsthaften Versuch unternommen, den arbeitsrechtlichen Beschäftigungsanspruch durchzusetzen. Seit Oktober 2005 war er arbeitslos gemeldet. In dieser Situation ist nicht erkennbar, warum allein das formale Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Schutz durch die Sozialversicherung führen muss.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger offensichtlich selbst nicht vom Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) ausgegangen ist, da er andernfalls nicht außerhalb der Zeiten des Leistungsbezuges bei der DAK die Familienversicherung ([§ 10 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch \(SGB V \)](#)) beansprucht hätte. Die Familienversicherung ist nach [§ 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V](#) bei Bestehen von Versicherungspflicht ausgeschlossen. Für die Versicherungspflicht als abhängig Beschäftigter nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) gelten die gleichen Maßstäbe wie für die Versicherungspflicht nach [§ 25 Abs. 1 S. 1 SGB III](#), d.h. der Kläger wäre unter Zugrundelegung seiner Auffassung versicherungspflichtiges Mitglied der DAK geblieben.

Nach alledem war der Kläger ungeachtet des rechtlichen Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses spätestens seit dem 01.06.2007 nicht mehr versicherungspflichtig beschäftigt, so dass er die Anwartschaftszeit für einen weiteren Anspruch auf Alg nicht erfüllt hat.

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

Der Senat hat die Berufung zugelassen, da er dem Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung beimisst ([§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2012-10-02