

## L 3 AL 68/01

Land  
Freistaat Sachsen  
Sozialgericht  
Sächsisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
3  
1. Instanz  
SG Dresden (FSS)  
Aktenzeichen  
S 3 AL 639/99  
Datum  
25.01.2001  
2. Instanz  
Sächsisches LSG  
Aktenzeichen  
L 3 AL 68/01  
Datum  
24.11.2004  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 25. Januar 2001 wird zurückgewiesen.  
II. Außergerichtliche Kosten aus dem Verfahren wegen Konkursausfallgeld sind dem Kläger auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.  
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten nach Einschränkung des Klagebegehrens im Verhandlungstermin vor dem Senat noch über den Anspruch des Klägers auf Konkursausfallgeld (Kaug).

Der am ...1939 geborene, verheiratete Kläger durchlief zunächst eine Ausbildung zum Schlosser. Nach einem zwischen 1963 und 1969 durchgeführten Universitätsstudiums war er in der Folgezeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter im VVB A ... (bis 1971), bis 1989 im VEB Kombinat S ... als Verantwortlicher für Preisbildung, Leiter Finanzen und Preise, Direktor für Beschaffung und Absatz, Leiter Betriebsorganisation, Leiter Fondsökonomie und zuletzt Leiter Finanzen und Preise beschäftigt. Nach einer weiteren Tätigkeit als Geschäftsbereichsleiter bei der D ... K ...-GmbH war er schließlich vom September 1990 bis Dezember 1990 als Gesellschafter-Geschäftsführer zunächst bei der von ihm mit weiteren Gesellschaftern errichteten D ... S ... I ... GmbH (DSI) tätig. Ab dem 01.01.1991 schließlich übte er bis zu seiner Abberufung am 12.11.1994 eine Tätigkeit in der als Nachfolgegesellschaft der DSI errichteten DSIV V ...- und S ...gesellschaft mbH tätig. Bereits ab Mitte Mai 1994 übte der Kläger - zunächst gleichzeitig - eine Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer der von ihm mit dem weiteren Gesellschafter P. S ... errichteten Gesellschaft für G ... mbH (im Folgenden GfG) aus. An dem Stammkapital dieser Gesellschaft von 50.000 DM waren beide Gesellschafter mit je 50 v. H. beteiligt. Nach § 6 (Nr. 4 und 5) des notariellen Gesellschaftsvertrages vom 16.05.1994 war für Beschlussfassungen der Gesellschafterversammlungen grundsätzlich die einfache Mehrheit vorgesehen. Mit der Errichtung der Gesellschaft wurden beide Gesellschafter zu jeweils Alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 151 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) befreiten Geschäftsführern bestellt.

Mit notariellem Vertrag vom 01.10.1997 übernahm der Kläger den Kapitalanteil des bisherigen Mitgesellschafter P. S ... und war nach gleichzeitiger Abberufung des Mitgesellschafter als Geschäftsführer nunmehr alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer. Der Kaufpreis für die Übernahme des Kapitalanteils des Mitgesellschafter betrug laut notariellem Vertrag 1 DM.

Mit notariellen Verträgen vom 13.10.1997 veräußerte der Kläger mit Rückwirkung zum 01.01.1997 die nunmehr von ihm gehaltenen Kapitalanteile an seine beiden Kinder S ... B ... (S. B., geboren am ...1975, Facharbeiter für Bürokommunikation) und I ... W ... (I. W., geboren am ...1957, Dipl.-Ökonom). Die Funktion als Geschäftsführer - nunmehr ohne Kapitalbeteiligung - behielt der Kläger bis zur Kündigung des Geschäftsführerverhältnisses wegen Einstellung der Betriebstätigkeit zum 31.03.1998 bei.

Als rechtliche Grundlage für die Geschäftsführertätigkeit des Klägers in der GfG diente ab dem 01.01.1995 ein mit Wirkung zu diesem Zeitpunkt abgeschlossene Anstellungsvertrag, welcher nach den Verfahrensunterlagen, abgesehen von zwei Änderungen bezüglich der Höhe der Geschäftsführervergütung, bis zum Ende der Tätigkeit in Kraft blieb. Nach Veräußerung der Kapitalanteile an S. B. und I. W. wurde hinsichtlich der Stellung des Klägers als Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafter vom 14.10.1997 die Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) aufgehoben. Auf Grund entsprechender Meldungen der Gesellschaften an die jeweils zuständigen Beitragseinzugsstellen wurden für den Kläger ohne Durchführung einer förmlichen Prüfung der Beitragspflichtigkeit u. a. Beiträge zur Bundesanstalt für Arbeit abgeführt.

Nachdem durch Beschluss des Amtsgerichts Dresden vom 26.03.1998 die Gesamtvollstreckung über das Vermögen der GfG eröffnet wurde,

beantragte der Kläger am 21.04.1998 bei der Beklagten die Bewilligung von Kaug, wegen eines ihm aus der Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH in der Zeit vom 25.12.1997 bis 25.03.1998 entstandenen Entgeltausfalls. Mit dem förmlichen Antrag legte er Ablichtungen des notariellen Gesellschaftsvertrages vom 16.05.1994, des Geschäftsführeranstellungsvertrages (ohne Datum, mit den nachfolgenden Änderungsvereinbarungen), eine Ablichtung einer Mitgliedsbescheinigung der Allgemeinen Ortskrankenkasse Sachsen (AOK) über eine Mitgliedschaft ab dem 01.01.1991 und Beitragszahlungen bis Dezember 1997 vor und machte in einem "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung" Angaben zu den vertraglichen und tatsächlichen Verhältnissen in der GmbH. Mit Bescheid vom 19.10.1998 versagte die Beklagte die Bewilligung der beantragten Leistung zunächst unter Hinweis auf eine fehlende Mitwirkung des Klägers bei der Überprüfung der Leistungsvoraussetzungen. Hiergegen legte der Kläger am 23.10.1998 Widerspruch ein und reichte in der Folgezeit weitere Unterlagen über die Entwicklungsverhältnisse an der GfG in Folge der Veräußerung seiner Kapitalanteile vor. Den Widerspruch des Klägers vom 19.10.1998 wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 20.04.1999 als unbegründet zurück.

Nach Überprüfung der gesamten Unterlagen lehnte die Beklagte schließlich mit Bescheid vom 27.01.1999 die Bewilligung von Kaug in der Sache abschließend wegen Fehlens eines Entgeltausfalls aus beitragspflichtiger Beschäftigung als Arbeitnehmer ab. Den nach Bekanntgabe dieses Bescheides am 13.04.1999 mit Schreiben vom 10.05.1999 eingelegten Widerspruch des Klägers wies sie mit Widerspruchsbescheid vom 04.06.1999 als unbegründet zurück.

Bereits am 28.04.1999 hat der Kläger gegen die vorausgegangenen Ablehnungsentscheidungen der Beklagten Klage erhoben, mit welcher er sein Begehren nach Bewilligung von Kaug weiter verfolgt hat. Auch gegen den Widerspruchsbescheid vom 04.06.1999 hat er am 15.06.1999 erneut Klage zum Sozialgericht Dresden (SG) erhoben ([S 3 AL 639/99](#)). Zur weiteren Sachaufklärung hat das SG vom Kläger Auskünfte über seine Ausbildung und seinen beruflichen Werdegang sowie die Ausbildungen und die beruflichen Qualifikationen seines Sohnes S. B. und seiner Stieftochter I. W. eingeholt. Mit Beschluss vom 22.11.1999 hat das SG den Rechtsanwalt J. G ... als Gesamtvollstreckungsverwalter über das Vermögen der GfG und die AOK Sachsen als zuständige Beitragseinzugsstelle zum Verfahren beigelegt.

Im Verhandlungstermin am 25.01.2000 hat das SG zur weiteren Klärung der Verhältnisse in der GfG den Kläger persönlich angehört sowie die Zeugen S. B. und I. W. uneidlich einvernommen. Wegen der Einzelheiten der Angaben des Klägers sowie der Bekundungen der Zeugin wird auf die Niederschrift des SG Bezug genommen.

Mit Urteil vom 25.01.2001 hat das SG die Klage als unbegründet abgewiesen. Die Ablehnung der Bewilligung von Kaug durch die Beklagte sei rechtmäßig. Der Kläger habe im maßgeblichen Zeitraum keinen Arbeitsentgeltausfall erlitten, da er in der Zeit vom 26.12.1997 bis 25.03.1998 die Tätigkeit als Geschäftsführer der GfG nicht als Arbeitnehmer ausgeübt habe. Ungeachtet der Übertragung seiner Geschäftsanteile auf seinen Sohn S. B. und seine Stieftochter I. W. habe er tatsächlich weiterhin maßgeblich die Geschicke des Unternehmens bestimmt. Nach dem Ergebnis der Befragung des Klägers und der vom Gericht angehörten Zeugen habe er auch als so genannter Fremdgeschäftsführer seine bis-herige Tätigkeit ohne wesentliche Veränderungen fortgesetzt. Er selbst habe als früher gleichberechtigter Gründungsmitgesellschafter und Geschäftsführer die Gesellschaft mit aufgebaut, persönlich mitgeprägt und zur Grundlage seiner Existenz gemacht. Bis zum Ausscheiden des früheren Mitgesellschafters hätten die späteren Gesellschafter S. B. und I. W. keinerlei gesellschaftsrechtlichen Einfluss auf das Unternehmen gehabt. Auch nach Veräußerung und Übertragung der Gesellschafteranteile sei kein neuer Geschäftsführervertrag mit dem Kläger abgeschlossen worden. Dieser allein habe auf Grund der bisherigen Tätigkeit die für das Unternehmen maßgeblichen geschäftlichen und Branchenkenntnisse mitgebracht. Nach den Gesamtverhältnissen gehe die Kammer davon aus, dass die Gesellschafter ungeachtet der bei ihnen auf Grund der Ausbildungen vorliegenden Kenntnisse auf EDV-technischem bzw. kaufmännischem Gebiet diese nicht in dem Umfang in das Geschäft eingebracht hätten, dass sie das Unternehmen nunmehr wesentlich geprägt hätten. Auch wären beide bereits durch ihre beruflichen Tätigkeiten beim S ... L ... in K ... gebunden gewesen, was ihren konkreten Einfluss auf die laufenden Geschäfte begrenzt habe. Schließlich sei der Kläger auf Grund der zu Gunsten der Gesellschaft übernommenen Bürgschaften von insgesamt 300.000 DM, von denen er bei der Veräußerung der Kapitalanteile nicht freigestellt worden sei, der Gewährsträger für die Ausstattung des Unternehmens gewesen und habe ein besonderes persönliches Interesse an dem wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft gehabt und damit ein eigenes unternehmerisches Risiko getragen. Die Übertragung der Gesellschafteranteile im Zeitpunkt ihrer Veräußerung habe nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen. Insbesondere zeige die Aufrechterhaltung der Bürgschaften des Klägers die geringe Bereitschaft der (neuen) Gesellschafter, das Unternehmensrisiko persönlich zu tragen. Damit stehe der Annahme eines maßgeblichen Einflusses des Klägers auf die Geschicke des Unternehmens auch in dieser Zeit nicht entgegen, dass er als Geschäftsführer abberufen und entgegen seinem Willen die Liquidation der Gesellschaft eingeleitet worden sei. Auch die Aufhebung der Befreiung von dem Verbot der Beschränkungen des [§ 151 BGB](#) durch die neuen Gesellschafter führe bei Berücksichtigung der Gesamtverhältnisse nicht zu einer Abhängigkeit des Klägers als Gesellschafter, zumal dieser Gesellschafterbeschluss nicht in das Handelsregister eingetragen worden sei und deshalb keine Wirkung nach außen erhalten habe.

Gegen die ihm mit Schreiben vom 22.02.2001 zugestellte Entscheidung hat der Kläger am 22.03.2001 Berufung eingelegt und zur Begründung im Wesentlichen auf sein Vorbringen im Klageverfahren verwiesen. Das SG gehe zwar im Ansatz zutreffend davon aus, dass ein Geschäftsführer, der nicht Mitgesellschafter ist, in der Regel (in der Gesellschaft) auch als Angestellter in leitender Stellung abhängig beschäftigt sei. Durch eine fehlerhafte Gesamtwürdigung der Indizien sowie der Zeugenaussagen sei das SG aber fehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, dass beim Kläger in der maßgeblichen Zeit vom 13.10.1997 bis 31.03.1998 keine abhängige Beschäftigung vorgelegen habe. Die Tätigkeit des Klägers sei nicht in einer "Familien-GmbH im klassischen Sinne" ausgeübt worden, da jedenfalls zur Stieftochter des Klägers "zunächst keine familienrechtlichen Bindungen" bestünden. Entgegen der Annahme des SG habe der Kläger auch nicht die alleinige Branchenkenntnis gehabt und bereits aus diesem Grund einen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausgeübt. Auch das SG räume insoweit ein, dass die Gesellschafter auf Grund ihrer Ausbildung über Kenntnisse und Fertigkeiten auf EDV-technischem bzw. kaufmännischem Gebiet verfügten, mit welchen sie einen eigenständigen Beitrag zur Förderung des Unternehmenszwecks leisten könnten. Schließlich hätten die Gesellschafter entgegen der Meinung des SG das ihnen zustehende Weisungsrecht (gegenüber dem Kläger) auch tatsächlich umfassend in Anspruch genommen. Eine Einschränkung des Weisungsrechtes könne auch nicht darin gesehen werden, dass der Kläger auch nach der Übertragung der Geschäftsanteile nicht von den durch ihn übernommenen Bürgschaften zu Gunsten der GmbH in Höhe von insgesamt 300.000 DM freigestellt worden sei. Insoweit habe vielmehr lediglich ein erweitertes Haftungsrisiko des Klägers vorgelegen, ohne dass dies zu einem weitgehenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft seinerseits geführt bzw. das Weisungsrecht der Gesellschafter eingeschränkt habe. Die Nichtübernahme der Bürgschaften durch die Gesellschafter sei - andererseits - noch kein gewichtiges Indiz dafür, dass letztlich das Unternehmensrisiko beim Kläger habe verbleiben sollen. Bezüglich des Kaufpreises für die

übertragenen Gesellschaftsanteile habe der Kläger durch die vorgelegten Einzahlungsbelege nachgewiesen, dass diese auf sein Privatkonto überwiesen wurden und weiterhin glaubhaft dargelegt, dass die Zahlungen zur Deckung seines Lebensunterhaltes verwandt worden sei. Durch die Aussage der Zeugen, dass die Geldbe-träge "letztlich eine betriebliche Verwendung gefunden hätten", seien die Angaben des Klägers nicht widerlegt. Soweit es für das SG nicht nachvollziehbar sei, aus welchem Grunde die Geschäftsanteile veräußert worden seien und daraus letztlich folgere, dass der Kläger seine zuvor selbstän-dige Tätigkeit ohne Unterbrechung unverändert fortgesetzt habe, sei ein solcher Rück-schluss nicht zwingend. Hintergrund der Übertragung sei gewesen, dass der Kläger den Kindern, welche in ihrer bisherigen Stellung unzufrieden gewesen seien, eine "neue per-spektivische Existenz durch die Führung des Unternehmens" habe aufbauen wollen. Er selbst habe sich im Hinblick auf sein Lebensalter langsam aus dem aktiven Geschäft zu-rückziehen und nur noch eine Beraterfunktion wahrnehmen wollen.

Die Beklagte hat sich in ihrer Berufungserwiderung vom 27.06.2001 dem angefochtenen Urteil angeschlossen und zur Stützung ihrer Auffassung noch einmal eingehend die Ent-wicklung der Gesellschaftsverhältnisse bei der Gründung der GfG mbH im Jahre 1994 dargestellt.

Auf Anforderung des Senats haben die Prozessbevollmächtigten des Klägers Ablichtungen von Protokollen über Gesellschafterversammlungen der GfG mbH sowie eine Auflistung der Gesellschafter und der Mitarbeiter der GmbH (mit Angabe der beruflichen Qualifikati-on) eingereicht. Nach Anhörung der Beteiligten hat der Senat mit Beschluss vom 13.09.2004 den Beiladungsbeschluss des SG vom 22.11.1999 über die Beiladung des Vermögensverwalters Rechtsanwalt J. G ... sowie der AOK Sachsen als Einzugsstelle aufgehoben.

Im Verhandlungstermin vom 24.11.2004 hat der Senat zur weiteren Klärung der tatsächli-chen und rechtlichen Verhältnisse ergänzend den Kläger selbst befragt sowie die Zeugen P ... E ..., G ... B ..., U ...G. und D ... G ..., sämtlich ehemalige Mitarbeiter der GfG GmbH, uneidlich befragt. Wegen der Einzelheiten der Angaben des Klägers und der Bekundungen der Zeugen wird auf den Inhalt der Niederschrift Bezug genommen.

Der Kläger stellt den Antrag,

das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 25.01.2001 sowie den Bescheid vom 27.01.1999 und den Widerspruchsbescheid vom 04.06.1999 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Konkursausfallgeld für den Zeitraum vom 26.12.1997 bis 24.03.1998 zu gewähren.

Die Beklagte stellt den Antrag,

die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden zurückzuweisen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf den Inhalt der zum Verfahren beigezogenen Leistungsunterlagen der Beklagten sowie der Verfahrensakten aus beiden Rechtszügen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) im Hinblick auf die Höhe des streitigen Anspruchs statthafte Berufung ist form- und fristgemäß eingelegt wor-den und somit zulässig. In der Sache ist die Berufung jedoch unbegründet. Das Sozialgericht Dresden (SG) hat die Klage gegen die Ablehnungsbescheide der Beklagten zu Recht abgewiesen.

Gemäß §§ 141a, 141b, 249c Abs. 21 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG - in der hier noch maßgeblichen Fassung des Gesetzes vom 21.12.1993, [BGBl. I 2353 - § 430 Abs. 5 SGB III](#)) haben A r b e i t e m e r bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers Anspruch auf Ausgleich ihres ausgefallenen Arbeitsentgelts (Konkursausfallgeld) nach den weiteren Maßgaben der Bestimmungen des 3. Unterabschnittes dieses Gesetzes. Die Vorschriften über das Kaug in §§ 141a bis 141n AFG beinhalten keine eigene Be-stimmung des Begriffs des Arbeitnehmers. Nach ständiger obergerichtlicher Rechtspre-chung sind daher für die Prüfung des Arbeitnehmerstatus und insbesondere für die Ab-grenzung zwischen einer Beschäftigung als Arbeitnehmer und einer selbständigen Er-werbstätigkeit die zu der Feststellung der Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung heranzuziehenden Merkmale und Grundsätze maßgeblich (vgl. so etwa bereits BSG SozR 4100 § 141b Nr. 41, 156; BSG vom 30.01.1997 -[10 RAR 6/95-](#), [NZS 1997, 432](#) m. w. N.). Danach ist Arbeitnehmer, wer als Arbeiter oder Angestellter gegen Entgelt eine nicht selbständige Arbeit, insbesondere im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses verrichtet (vgl. BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#) m. w. N., ständige Rechtsprechung). Nach den durch Rechtsprechung und Verwaltungspraxis hierzu aufgestellten Kriterien ist demnach Arbeit-nehmer, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist, was insbesondere dadurch gekennzeichnet ist, dass er in den Betrieb eingegliedert und dem Weisungsrecht des Ar-beitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitstätigkeit unterworfen ist. Demgegenüber ist die selbständige, nicht der Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit (BfA) unterliegende Erwerbstätigkeit durch das Recht und die tatsächliche Möglich-keit bestimmt, im Wesentlichen über die eigene Arbeitskraft, den Arbeitsort und die Arbeitszeit frei zu verfügen, andererseits aber grundsätzlich einem unternehmerischen Risiko ausge-setzt zu sein. Maßgeblicher Ausgangspunkt für die Prüfung und Bewertung der konkreten Verhältnisse einer Tätigkeit an Hand dieser Kriterien ist die zwischen den Beteiligten ge-troffene (arbeits-)vertragliche Regelung, welche allerdings zurücktritt, wenn die tatsächli-che Gestaltung der Verhältnisse in der praktischen Durchführung entscheidend davon ab-weicht. Im Zweifel ist darauf abzustellen, welche Merkmale der Tätigkeit überwiegen (vgl. BSG vom 30.01.1997 - [10 RAR 6/95-](#), a. a. O.).

In Anwendung der maßgeblichen Vorschriften und unter Berücksichtigung dieser Grund-sätze hat das SG zu Recht in Übereinstimmung mit den angegriffenen Bescheiden der Be-klagten einen Anspruch des Klägers auf Kaug verneint. Durch die vom Senat im Beru-fungsverfahren durchgeführten ergänzenden Ermittlungen haben sich die vom SG zugrun-de gelegten tatsächlichen Feststellungen und deren rechtliche Bewertung im vollen Um-fang bestätigt.

Vorab ist in Ergänzung der Ausführungen des SG festzustellen, dass der vom Kläger ver-folgte Kaug-Anspruch nicht bereits darauf gestützt werden kann, dass nach Sachlage auch im hier maßgeblichen Zeitraum zwischen Dezember 1997 und März 1998 für ihn tatsäch-lich Beiträge zur BA entrichtet worden sind. Die durch § 141a AFG statuierten materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen konnten durch

diesen Umstand nicht herbeigeführt werden. Auch die Beitragspflicht gemäß § 168 Abs. 1 Satz 1 AFG setzte eine Beschäftigung als Arbeitnehmer voraus. Ob eine solche kraft Gesetzes eintretende Beitragspflichtigkeit besteht, richtet sich allein nach den hierfür maßgeblichen Bestimmungen und ist den Gestaltungsmöglichkeiten der Beteiligten entzogen. Entgegen diesen Regelungen zu Unrecht entrichtete Beiträge vermögen daher nach ständiger Rechtsprechung des BSG jedenfalls für den Bereich des Arbeitsförderungsrechts nicht -in Gestalt einer so genannten Formalversicherung - Leistungsansprüche zu begründen. Dies gilt selbst dann, wenn die Beitragsabführung auf einer förmlichen Entscheidung der zuständigen Einzugsstelle beruhte (vgl. dazu etwa BSG vom 06.02.1992 [SozR 3-4100 § 104 Nr. 8](#) m. w. N.). Im vorliegenden Fall hat der Beitragsabführung im maßgeblichen Zeitraum eine konkrete Überprüfung der Beitragspflichtigkeit durch die hierfür zuständigen Stellen unter Berücksichtigung der seit 1994 und insbesondere seit dem 01.10.1997 eingetretenen Änderungen in den Kapitalbeteiligungsverhältnissen mangels entsprechender Meldungen seitens der GmbH gerade nicht zu Grunde gelegen.

Die für den streitigen Anspruch gesetzlich geforderte Arbeitnehmereigenschaft des Klägers scheidet andererseits allerdings nicht bereits allein auf Grund seiner Stellung als Geschäftsführer der GmbH aus. Zwar ist grundsätzlich eine Weisungsgebundenheit und somit Abhängigkeit eines Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern dann zu verneinen, wenn er auf Grund einer Mehrheitsbeteiligung am Stammkapital oder wenigstens auf Grund einer so genannten Sperrminorität maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft ausüben und somit ihm nicht genehme Weisungen vermeiden kann. Wer - allein schon - kraft seiner Gesellschafterrechte die für den Arbeitnehmerstatus typische Weisungsabhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann, kann grundsätzlich nicht Arbeitnehmer dieser Gesellschaft sein. Ein derartiger Fall liegt beim Kläger, welcher jedenfalls im hier maßgeblichen Zeitraum ab dem 26.12.1997 nicht mehr an dem Stammkapital der GmbH beteiligt war, jedoch nicht vor. Auch allein auf Grund seiner Organstellung als Geschäftsführer der GmbH war eine Abhängigkeit des Klägers nicht zu verneinen. Auch wenn er schon als solcher gegenüber den Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausüben durfte, ist damit nicht in jedem Fall ausgeschlossen, dass er als Geschäftsführer selbst gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern weisungsabhängig und damit bei diesen als Arbeitnehmer beschäftigt sein konnte (vgl. etwa BSG SozR - 4100 § 168 Nr. 18 m. w. N.).

Auf der Grundlage der dargelegten materiell-rechtlichen Bestimmungen kann jedoch bei der Beurteilung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung als Arbeitnehmer dann nicht entscheidend auf die Gestaltung der Beteiligung am Stammkapital der Gesellschaft abgestellt werden, wenn der Geschäftsführer infolge der für seine Tätigkeit maßgeblichen Regelungen im Gesellschaftsvertrag, einer Satzung und /oder einem Geschäftsführervertrag sowie schließlich auch auf Grund der tatsächlichen Ausgestaltung seiner Stellung im Verhältnis zu den Gesellschaftern in der Lage ist, die Geschäftsführertätigkeit im Wesentlichen frei und nicht beschränkt durch Weisungen der Gesellschaft bzw. der Gesellschafter auszuüben. Hierzu hat der erkennende Senat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BSG vielmehr bereits bisher entschieden, dass auch bei einem Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung (sog. Fremdgeschäftsführer) eine abhängige Beschäftigung als Arbeitnehmer nur angenommen werden kann, wenn seine Tätigkeit durch das Merkmal der Unterordnung unter das Weisungsrecht eines Arbeitgebers insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung geprägt war. Das setzt voraus, dass seine Dienstleistung "in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes" zu erbringen war. Dies ist nicht bereits gegeben, wenn der Geschäftsführer "überhaupt an Weisungen irgendwelcher Art gebunden" war, denn "auch wer sich als Selbständiger zur entgeltlichen Geschäftsbesorgung verpflichtet, muss grundsätzlich Weisungen des Dienstberechtigten beachten" (vgl. dazu BSG vom 08.12.1987 - [7 RA R 25/86](#) m. w. N.), ohne dass dadurch ein Beschäftigungsverhältnis als Arbeitnehmer begründet wird.

Hiervon ausgehend hat das SG zutreffend in Übereinstimmung mit der Beklagten das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen auf Kaug verneint, weil der Kläger im maßgeblichen Zeitraum in der GmbH keine Beschäftigung als Arbeitnehmer ausgeübt hat. Die Richtigkeit dieser rechtlichen Wertung der Ausgestaltung der Geschäftsführertätigkeit in dieser Zeit (ab Dezember 1997) hat sich nach Überzeugung des Senats durch die im Berufungsverfahren durchgeführte ergänzende Beweisaufnahme im vollen Umfang bestätigt. Aus den Bekundungen der vom Senat im Entscheidungstermin gehörten Zeugen, der Sekretärinnen P. E ... und I. G ..., sowie G. B ..., für Verkauf und Werbung zuständige Mitarbeiterin, geht nach Überzeugung des Senats mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass sich - auch - nach den Änderungen in den Beteiligungen am Gesellschaftskapital im Jahr 1997, insbesondere auch nach der Kapitalübernahme durch den Sohn und die Stieftochter des Klägers im Oktober 1997, in der Gesellschaft und konkret auch in der Betriebsleitung nichts Wesentliches geändert hat. Die Zeugin P. E ... hat zwar bestätigt, dass die beiden Kinder des Klägers "ab und zu mal im Betrieb anwesend" waren, wobei der Sohn des Klägers sich dabei sehr viel mit dem Computer bzw. der Vernetzung der Anlage befasst haben soll. Demgegenüber hat die Zeugin I. G ..., Sekretärin des Klägers, lediglich angegeben, dass der Sohn des Klägers "ab und zu mal etwas an den Computern gemacht" hat. Die Stieftochter des Klägers kannte sie nur aus gelegentlichen Telefonaten und nicht auf Grund einer Anwesenheit oder gar Mitwirkung im Betrieb. Die Zeugin G. B ... hat schließlich hierzu bekundet, dass die Kinder des Klägers, welche sie bereits - von früher - persönlich kannte, "nicht häufig" im Betrieb anwesend gewesen sind und sich daran auch "ab Oktober 1997 nichts geändert" hat. Zu der vom Kläger ausdrücklich geltend gemachten Mitwirkung des Sohnes bei der Gestaltung von Werbeaktionen hat die Zeugin G. B ... lediglich die Möglichkeit einer einmaligen Unterstützung seitens des Sohnes des Klägers bei einer Aktion bestätigen können. Unter Berücksichtigung der vom Kläger gegenüber dem Senat eingeräumten Tatsache, dass seine Stieftochter im hier maßgeblichen Zeitraum bereits eine feste Vollzeitbeschäftigung in Luxemburg ausgeübt und dort auch ihren Hauptwohnsitz hatte, sind nach Überzeugung des Senats die Aussagen der Zeuginnen G ... und B ... als glaubwürdig und sachlich zutreffend anzusehen. Hinreichende Anhaltspunkte für eine konkrete und effektive Einflussnahme der beiden Kinder des Klägers als Gesellschafter auf die Betriebsleitung im Sinne von Anweisungen an den Geschäftsführer sind damit nicht feststellbar. Auf der Grundlage der Bekundungen der Zeugen und der erst im Berufungsverfahren getroffenen Feststellungen über den Beschäftigungs- und Wohnort der Stieftochter des Klägers folgt zur Überzeugung des Senats darüber hinaus, dass die Angabe des Sohnes des Klägers als Zeuge vor dem SG, es hätten regelmäßig alle 14 Tage oder einmal im Monat Gesellschafterversammlungen in den Räumlichkeiten der GmbH stattgefunden, an welchen auch seine Schwester teilgenommen habe, als nicht zutreffend angesehen werden kann. Das Gleiche gilt dann auch für seine Aussage, seine Schwester habe sich um Fragen des Baus, der Bauträgerschaft, der Bilanzangelegenheiten und sogar um den Umgang mit dem Personal gekümmert. Über die tatsächliche wirtschaftliche Lage der GmbH war dieser Zeuge ausweislich seiner Aussage offenbar nicht voll im Bilde, da er bekundet hat, von der Existenz von Bürgschaften, die der Kläger übernommen hatte, nichts gewusst zu haben. Eine als Weisungerteilung an den Geschäftsführer zu bewertende Einflussnahme der Gesellschafter auf den Geschäftsbetrieb wurde nach Überzeugung des Senats schließlich vom Kläger selbst im Verhandlungstermin vor dem Senat mit der ausdrücklichen Feststellung verneint, dass er einer Zeugenaussage, dass die Gesellschafter "im Betrieb etwas entschieden (hätten)" glatt widersprochen hätte, vielmehr hätte er sich "das nicht gefallen lassen, dass die Gesellschafter da hineingeredet hätten".

Das SG ist im Ergebnis zutreffend auch davon ausgegangen, dass auch nach der Übernahme der Kapitalanteile der GmbH durch die beiden Kinder des Klägers dieser selbst weiterhin ein erhebliches Unternehmerrisiko getragen hat. Hierbei geht der Senat auf Grund des Ergebnisses der ergänzenden Beweisaufnahme davon aus, dass von den beiden Kindern der im notariellen Kaufvertrag ausgewiesene Kaufpreis von jeweils 25.000 DM tatsächlich aufgebracht und gezahlt worden ist. Allerdings hat die weitere Prüfung durch den Senat bestätigt, dass diese Kaufsumme effektiv nicht dem Kläger selbst sondern der GmbH zugeflossen ist. In Übereinstimmung mit der von den Kindern des Klägers als Zeugen vor dem SG gemachten Angabe, der Kaufpreis sei "auf Geschäftskonten eingezahlt" bzw. "in die Firma geflossen", hat der Kläger selbst angegeben, diese Zahlungen seien "teilweise von der Gesellschaft als Lohnzahlung" für ihn verwendet und so verbucht worden. Dies bedeutet letztlich, dass der Kläger aus der Veräußerung des Stammkapitals an seine Kinder wirtschaftlich keinen Erlös erzielt oder allenfalls einen solchen in Form eines zinslosen Kredits bzw. einer Schenkung an die GmbH abgegeben hat, und somit im Ergebnis auch die Vergütung für seine Geschäftsführertätigkeit nach der Veräußerung der Kapitalanteile aus eigenen Geldmitteln finanziert wurde. Mit einer solchen Verwendung der Kaufpreissumme neben den unstreitig aufrechterhaltenen persönlichen Bürgschaften in Höhe von insgesamt 300.000 DM lag darüber hinaus das Unternehmerrisiko für die GmbH auch nach der Änderung der Kapitalbeteiligung faktisch allein beim Kläger selbst und nicht bei den neuen Gesellschaftern.

Bei der Gesamtwürdigung der somit getroffenen Feststellungen zur tatsächlichen Gestaltung der Betriebsleitung und des Unternehmerrisikos war schließlich in Übereinstimmung mit dem SG zu berücksichtigen, dass es sich bei dem vorliegenden Fall um eine Art von Familiengesellschaft handelte, welche nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ganz wesentlich durch familienhafte Rücksichtnahme geprägt war, so dass insgesamt eine einer Weisungsunterworfenheit eines Arbeitnehmers im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses vergleichbare abhängige Stellung des Klägers als Geschäftsführer verneint werden musste.

Nach alledem war die Berufung gegen das Klage abweisende Urteil des SG als unbegründet zurückzuweisen.

Die Entscheidung über die Kosten beruht unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs auf [§ 193 SGG](#).

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 und 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSS

Saved

2005-05-18