

L 30 AL 4/03

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
30
1. Instanz
SG Neuruppin (BRB)
Aktenzeichen
S 1 AL 555/01
Datum
30.10.2002
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 30 AL 4/03
Datum
30.11.2006
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgericht Neuruppin vom 30. Oktober 2002 wird zurückgewiesen. Die Beteiligten haben einander außergerichtliche Kosten auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zu gelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt, die Beklagte im Wege eines Überprüfungsverfahrens zur Bewilligung von Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeiten vom 10. November 1995 bis 30. November 1995, 01. Mai 1996 bis 01. September 1996 und 23. Dezember 1996 bis 26. August 1997 zu verpflichten. Der 1942 geborene Kläger ist nach eigenen Angaben Ingenieur für Automatisierungs- und Fertigungstechnik. Er war von Januar 1985 bis zum 31. Oktober 1991, zuletzt als Gruppenleiter Ratiomittelbau, bei der H F, M- und St GmbH bzw. deren Rechtsvorgängern und vom 01. November 1991 bis zum 10. Januar 1992 bei der H GmbH B als Hydraulik-Kundendienstmitarbeiter tätig.

Er meldete sich am 13. Januar 1992 arbeitslos und beantragte Alg. Das Arbeitsamt N - Dienststelle O - bewilligte ihm Alg ab 15. Januar 1992 mit einer Anspruchsdauer von 676 Tagen (Alg-Bewilligungs-Verfügung vom 20. Februar 1992), das er bis 31. Januar 1992 bezog (Restanspruch an diesem Tage: 661 Wochentage).

In der Zeit vom 03. Februar 1992 bis zum 30. April 1992 arbeitete er als technischer Kundendienstbetreuer bei der Fa. P & So HG/B. Auf die Arbeitslosmeldung und den Antrag auf Wiederbewilligung von Alg vom 30. April 1992 bewilligte die Beklagte dem Kläger ab 01. Mai 1992 erneut Alg für noch 661 Wochentage (Bewilligungsbescheid vom 05. Juni 1992), das der Kläger bis zum 31. Oktober 1992 bezog. An diesem Tage betrug der Restanspruch noch 503 Wochentage.

Ab 01. November 1992 bis zum 30. April 1993 war er als Kundendiensttechniker bei der Bund A GmbH/H tätig. Am 20. April 1993 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte die Wiederbewilligung von Alg ab 01. Mai 1993. Aufgrund Alg-Bewilligungs-Verfügung vom 17. Mai 1993 bezog der Kläger Alg ab 01. Mai 1993 mit einer Anspruchsdauer von noch 503 Tagen bis zum 31. Juli 1993 (Restanspruch: 424 Wochentage).

Der Kläger meldete sich ab 01. August 1993 aus dem Leistungsbezug ab (Beendigungsmitteilung vom 12./19. August 1993), um als Einzelunternehmer die Firma H-Sch B E (H.B.E.) zu betreiben. Die Beklagte hob die Bewilligung von Alg ab 01. August 1993 auf. Der Kläger, sein Sohn R, K-HH und T G errichteten vor dem Notar K A/Berlin am 02. Dezember 1994 die A- und H H GmbH (Ur.Nr.), wobei der Kläger seinen Sohn vertrat. Der Gesellschaftsvertrag enthielt deswegen den Hinweis, dass die Gesellschafterversammlung schwebend unwirksam sei, bis die Genehmigung des R W zugegangen sei. Von dem Stammkapital von 50.000,00 DM hielten der Kläger und K-HH jeweils 12.000,00 DM und R W sowie T G jeweils 13.000,00 DM. Zu den Geschäftsführern wurden der Kläger und K-HH bestimmt. Sie konnten die Gesellschaft allein und unter Befreiung von den Beschränkungen des [§ 181](#) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) vertreten. Nach § 7 des Gesellschaftsvertrages (Gesellschafterversammlung) gewährten je 100 DM eines Geschäftsanteils eine Stimme. Gesellschafterbeschlüsse konnten mit einfacher Mehrheit beschlossen werden. Nach § 9 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages konnte jeder Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag mit einer Frist von 12 Monaten kündigen. Nach § 9 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages war damit die Auflösung der Gesellschaft nicht verbunden. Wegen der weiteren Einzelheiten der vorgenannten notariellen Urkunde wird auf Bl. 64 bis 84 der Leistungsakten der Beklagten verwiesen. Die GmbH gelangte nicht zur Eintragung in das Handelsregister.

Am 10. November 1995 meldete sich der Kläger bei der Beklagten persönlich, die ihm einen Alg-Antrag ausgehändigte. In dem BewA-Vermerk vom selben Tage hielt die Beklagte fest, seine Verfügbarkeit sei noch offen, da eine Gewerbeabmeldung noch nicht vorliege. In einem weiteren BewA-Vermerk vom 06. Dezember 1995 wurde festgehalten: ".LE tel. gem., Ille an III, seit 011295 Wiederaufnahme seines

Betriebes " Die Fa. HBE wurde nach den in den Leistungsakten vorliegenden Gewerbean- bzw. -abmeldungen bereits zum 01. Juli 1993 vom Kläger als Einzelunternehmen (selbständiger Betrieb) angemeldet und zum 30. April 1996 bei dem Gewerbeamt S abgemeldet.

Am 02. Mai 1996 meldete sich der Kläger bei dem Arbeitsamt N - Dienststelle O - arbeitslos und beantragte Alg ab 01. Mai 1996. Wegen der in diesem Zusammenhang gemachten Angaben des Klägers vom 15. Mai 1996 in einem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH mit einem Kapital-/Stimmanteil von weniger als 50 v.H. wird auf Bl. 53 - 56 der Leistungsakten der Beklagten verwiesen.

Das Arbeitsamt Neuruppin lehnte die Bewilligung von Alg ab 01. Mai 1996 durch Bescheid vom 08. Juli 1996 ab. Der Kläger habe seit Erfüllung der letzten Anwartschaft nicht erneut 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden und er habe daher keine neue Anwartschaft erworben.

Am 25. Juli 1996 erklärte der Kläger nach einem Aktenvermerk der Beklagten, sein Antrag auf Wiederbewilligung von Alg ab 01. Mai 1996 sei zu Unrecht abgelehnt worden, er bitte um eine Überprüfung durch das Landesarbeitsamt.

Der Kläger zeigte der Beklagten an, ab 02. September 1996 bei der MGmbH (richtig wohl: MMGmbH) wieder zu arbeiten.

Der Kläger meldete sich am 23. Dezember 1996 bei dem Arbeitsamt N - Dienststelle O - arbeitslos und beantragte die Bewilligung von u. a. Alg. Nach einer Arbeitsbescheinigung der M M GmbH/K vom 09. Januar 1997 war der Kläger vom 02. September 1996 bis zum 20. Dezember 1996 als Maschinenbau-Ingenieur bei der Fa. H in den N tätig. Er erzielte in diesem Zeitraum ein Bruttoarbeitsentgelt von 20.402,00 DM bei 720 Arbeitsstunden. Die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit habe 40 Stunden betragen. Nach einer weiteren Arbeitsbescheinigung der M M GmbH/K - ohne Datum - Eingang bei der Beklagten am 16. März 1999 erzielte der Kläger in der Zeit vom 02. September 1996 bis zum 20. Dezember 1996 ein Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von 22.514,08 DM bei einer durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 43,97 Stunden.

Durch Bescheid vom 06. Februar 1997 lehnte die Beklagte die Bewilligung von Alg auf den Antrag des Klägers vom 23. Dezember 1996 ab, weil er innerhalb der Rahmenfrist von drei Jahren vor der Arbeitslosmeldung nicht mindestens 360 Tage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe.

Den hiergegen von dem Kläger am 20. Februar 1997 mit der Begründung eingelegten Widerspruch, er habe 445 Arbeitstage innerhalb von drei Jahren erzielt - vom 01. Januar 1995 bis zum 30. November 1995 in der Ausbau und H H GmbH i.G. (334 Tage) und vom 01. September 1996 bis zum 20. Dezember 1996 in der MFM FK(111 Tage) -, wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 10. Februar 1998 zurück. Innerhalb der Rahmenfrist vom 23. Dezember 1993 bis zum 22. Dezember 1996 habe der Kläger "nur" vom 02. September 1996 bis zum 22. Dezember 1996 in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden (111 Tage). Die Zeit vom 23. Dezember 1993 bis zum 31. Oktober 1995 könne nicht als Anwartschaftszeit begründende Zeit berücksichtigt werden, weil der Kläger während dieser Zeit selbständig erwerbstätig gewesen sei. Ferner bestehe kein Anspruch aus dem ab 13. Januar 1992 begründeten Alg-Anspruch, weil dieser Anspruch nach Ablauf von vier Jahren (12. Januar 1996) erloschen sei. Der Widerspruchsbescheid vom 10. Februar 1998 wurde von dem Kläger nicht mit der Klage angefochten.

Der Kläger zeigte der Beklagten mit Veränderungsmitteilung vom 15. August 1997 an, er arbeite wieder ab 25. August 1997.

Mit einem Schreiben vom 05. April 2001 - Eingang nicht vermerkt - beantragte der Kläger die Überprüfung der Ablehnung von Alg unter Berücksichtigung der "Reanimationszeiten" vom 01. Dezember 1995 bis zum 06. September 1996 und 21. Dezember 1996 bis zum 27. August 1997. Sein eigener Betrieb, die Fa. H.B.E., habe vom 01. August 1993 bis zum 19. April 1994 existiert. Als Angestellter habe er vom 20. Dezember 1994 bis zum 30. November 1995 bei der Fa. A - H H GmbH gearbeitet. Der Kläger übersandte der Beklagten in diesem Zusammenhang Kopien eines zwischen ihm und der Fa. A - H H GmbH geschlossenen Anstellungsvertrages für kaufmännische Angestellte vom 02. November 1992 über eine Tätigkeit als Kundendienstmitarbeiter, eines mit der A- H H GmbH geschlossenen Geschäftsführervertrages - ohne Angabe von Zeiten -, eines Arbeitsvertrages vom 06. September 1996 (Zusatzvereinbarung) mit der M M GmbH/K und eines Arbeitsvertrages mit der S M GmbH D vom 27. August 1997 über eine Tätigkeit als mitarbeitender Ingenieur.

Mit einem Schreiben vom 10. Mai 2001 ohne Rechtsmittelbelehrung erläuterte die Beklagte zum Schreiben des Klägers vom 05. April 2001, dass der am 13. Januar 1992 entstandene Alg-Anspruch am 14. Januar 1996 erloschen sei. Er habe sich zwar am 10. November 1995 bei ihr gemeldet. Zu diesem Zeitpunkt sei aber noch keine Verfügbarkeit gegeben gewesen, weil er noch nicht sein Gewerbe abgemeldet gehabt habe. Am 01. Dezember 1995 habe er vielmehr angezeigt, sein Gewerbe weiter zu betreiben. Vor der Arbeitslosmeldung am 02. Mai 1996 und seit Entstehung des letzten Anspruchs am 13. Januar 1992 habe er nicht mindestens 360 Tage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden.

Den vom Kläger hiergegen am 01. Juni 2001 eingelegten Widerspruch wies die Beklagte durch Widerspruchsbescheid vom 05. Oktober 2001 zurück. Soweit mit dem Schreiben vom 05. April 2001 die Überprüfung der Bescheide vom 08. Juli 1996 bzw. 06. Februar 1997, mit denen die Bewilligungen von Alg abgelehnt worden seien, beantragt worden sei, seien diese Entscheidungen nicht zu beanstanden. Der Kläger habe seinerzeit keine Anwartschaft erzielt. Im Übrigen sei sein am 13. Januar 1992 entstandener Alg-Anspruch erloschen. Der Arbeitsvertrag bei der A - H H GmbH enthalte weder einen Tag der Arbeitsaufnahme noch eine Beschreibung der Arbeitsaufgaben, Gehaltsangaben, Kündigungsfristen.

Der Kläger hat am 12. November 2001 Klage vor dem Sozialgericht Neuruppin erhoben, mit der er sein Begehren weiterverfolgt hat. In der mündlichen Verhandlung vor dem Sozialgericht vom 30. Oktober 2002 hat der Kläger die Kopie eines Antrages auf Wiederbewilligung von Alg vom 10. November 1995 überreicht.

Das Sozialgericht hat durch Urteil vom 30. Oktober 2002 die Klage abgewiesen. Der Alg-Anspruch des Klägers vom 13. Januar 1992 sei erloschen. Zum Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung am 11. November 1995 sei der Kläger nicht verfügbar gewesen, weil er sein Gewerbe noch nicht abgemeldet habe. Ein neuer Anspruch auf Alg sei am 02. Mai 1996 nicht entstanden.

Gegen das dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 16. Dezember 2002 zugestellte Urteil hat der Kläger am 13. Januar 2003 Berufung eingelegt und die Bewilligung von Alg u. a. unter Bezugnahme auf den Restanspruch des im Jahr 1992 entstandenen Alg-Anspruchs begehrt. Vom 10. November 1995 bis zum 30. November 1995 habe er sich arbeitslos gemeldet, wofür er auch Alg beanspruche. Vom 01. Dezember 1995 bis zum 01. Mai 1996 sei er selbstständig tätig gewesen. Die Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer bei der A - H H GmbH sei eine abhängige Beschäftigung gewesen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Neuruppin vom 30. Oktober 2002 sowie den Bescheid der Beklagten vom 10. Mai 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05. Oktober 2001 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, die Bescheide vom 08. Juli 1996 und 06. Februar 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Februar 1998 zurückzunehmen und dem Kläger Arbeitslosengeld für die Zeit vom 10. November 1995 bis 30. November 1995, 01. Mai 1996 bis 01. September 1996 und 23. Dezember 1996 bis 26. August 1997 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Prozessbevollmächtigte hat zum Verfahren Beschäftigungsnachweise für die Jahre 1991 bis 1996 gereicht. Wegen der Einzelheiten hierzu wird auf Bl. 108 - 136 der Gerichtsakten genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Vorbringen der Beteiligten und wegen des Verfahrens wird auf den übrigen Inhalt der Gerichtsakten sowie zwei Bände Leistungsakten der Beklagten (Kundennummer:) Bezug genommen. Die Akten haben vorgelegen und sind Gegenstand der Beratung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig. Sie ist ohne weitere Zulassung nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes 500 EUR übersteigt.

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klage ist zulässig, jedoch unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 10. Mai 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 05. Oktober 2001 ist nicht aufzuheben und die Beklagte ebenso nicht zu verpflichten gewesen, die Bescheide vom 08. Juli 1996 und 06. Februar 1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 10. Februar 1998 zurückzunehmen. Der Kläger hat für die streitgegenständlichen Zeiten vom 10. November 1995 bis zum 30. November 1995 (siehe 1.), 01. Mai 1996 bis zum 01. September 1996 (siehe 2.) und vom 23. Dezember 1996 bis zum 26. August 1997 (siehe 3.) keinen Anspruch auf Alg.

Nach [§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) ist ein unanfechtbar gewordener Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass des Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht nicht erbracht worden sind. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Dabei ist unerheblich, dass es hinsichtlich des Bescheides vom 08. Juli 1996 an einem Widerspruchsbescheid fehlt (vgl. Steinwedel in Kasseler-Kommentar, [§ 44 SGB X](#), Rnr. 8).

1. Nach [§ 100 Abs. 1 AFG](#) in der bis zum 31. Dezember 1997 geltenden und hier anzuwendenden Fassung hat Anspruch auf Arbeitslosengeld, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Arbeitslosengeld beantragt hat.

Der Kläger hatte sich am 10. November 1995 arbeitslos im Sinne des [§ 105 Satz 1](#) des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) in der im Jahr 1995 geltenden und hier anzuwendenden Fassung gemeldet, denn er war an diesem Tage persönlich auf dem Arbeitsamt erschienen und hatte einen Antrag zur Bewilligung des Alg ausgehändigt erhalten.

Über die Arbeitslosmeldung hinaus setzt die Bewilligung von Alg aber u. a. die Verfügbarkeit des Antragstellers voraus. Nach [§ 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AFG](#) in der im Jahr 1995 geltenden und hier anzuwendenden Fassung steht der Arbeitsvermittlung zur Verfügung, wer eine zumutbare, nach [§ 168 AFG](#) die Beitragspflicht begründende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarkts ausüben kann und darf. Diese Voraussetzung hat der Kläger nicht erfüllt. Der Senat hält die Voraussetzungen der Verfügbarkeit nicht für bewiesen. Im November 1995 hatte der Kläger das ihm ausgehändigte Antragsformular für eine damals zeitnahe Prüfung seiner Arbeitslosigkeit ab 10. November 1995 nicht zurückgereicht. Nach dem BewA-Vermerk vom 10. November 1995 hatte der Kläger, anders als nach seiner Erklärung in der mündlichen Verhandlung, seinen Betrieb, die Fa. H.B.E., auch nicht zunächst als Gewerbe abgemeldet, um ihn später wieder anzumelden. Der Kläger konnte sich in der mündlichen Verhandlung auch nicht genau daran erinnern, dass er erst im Dezember 1995 das Gewerbe wieder angemeldet hatte, wenn hierbei die Richtigkeit dieser Erklärung unterstellt wird. Denn nach den Gewerbeauskünften wurde die Fa. H.B.E. am 01. Juli 1993 an- und erst am 30. April 1996 abgemeldet, ohne dass aus diesen Meldungen eine Unterbrechung der Gewerbetätigkeit ersichtlich wird. Die Erklärung des Klägers in der letzten mündlichen Verhandlung, er "glaube" das Gewerbe wieder im Dezember 1995 angemeldet zu haben, lässt nicht den sicheren Schluss zu, dass dies erst zu dem vom Kläger genannten Zeitpunkt der Fall war. Der Kläger hat zudem in dem (späteren) Antrag auf Bewilligung von Alg ab 01. Mai 1996 für den Zeitraum "1.11.1995 - 1.12.1995" den Vermerk des Antragsannehmers "o. Nachweis" als richtig durch eigene Unterschrift am 03. Mai 1996 gegengezeichnet, was auch für eine fehlende Verfügbarkeit spricht. Damit steht aber keinesfalls fest, dass der Kläger ab 10. November 1995 bis zum 30. November 1995 verfügbar iSd [§ 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AFG](#) gewesen ist.

2. Ein Anspruch auf Alg für die Zeit vom 01. Mai 1996 bis zum 01. September 1996 scheidet sowohl daran, dass die Anwartschaftszeit im Sinne des [§ 104 AFG](#) nicht erfüllt ist (zu a.) bzw. der am 15. Januar 1992 begründete Alg-Anspruch bereits erloschen war ([§ 125 AFG](#)) (zu b.).

a. Nach § 104 Abs. 1 AFG i. d. F. des 1. Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 ([BGBl. I S. 2353](#); [BGBl. I 1994 S. 72](#)) hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat (§ 104 Abs. 1 AFG). Die Rahmenfrist geht dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld erfüllt sind oder nach § 105 AFG als erfüllt gelten (Satz 2). Die Rahmenfrist beträgt 3 Jahre; sie reicht nicht in eine vorangegangene Rahmenfrist hinein, in der Arbeitslose eine Anwartschaftszeit erfüllt hatte (§ 104 Abs. 3 AFG).

Die Rahmenfrist bemisst sich im Hinblick auf den von dem Kläger ab 1. Mai 1996 geltend gemachten Alg-Anspruch vom 01. Mai 1993 bis zum 30. April 1996. Entscheidungserheblich ist, ob der Kläger in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung im Sinne des § 168 AFG gestanden hat. Hier ist zunächst festzustellen, dass der Kläger noch für die Zeit vom 01. Mai 1993 bis zum 31. Juli 1993 Alg bezog und schon deswegen kein die Beitragspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 168 AFG ausgeübt hatte. Im Ergebnis kann an dieser Stelle (siehe unten zu 3.) zum Begehren des Klägers, ob ihm für die Zeit vom 01. Mai 1996 bis zum 01. September 1996 Alg zu bewilligen ist, offen bleiben, ob die Gesellschafter-Geschäftsführer-Tätigkeit vom 01. Januar 1995 bis zum 30. Oktober 1995 eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung ausgeübt worden ist, weil dieser Zeitraum "nur" 305 Kalendertage (§ 104 AFG) umfasst.

b. Eine Wiederbewilligung von Alg ab 01. Mai 1996 aufgrund eines am 31. Juli 1993 noch bestehenden Restanspruchs des Klägers von 424 Wochentagen scheidet daran, dass dieser Restanspruch nach § 125 Abs. 2 AFG erloschen war. Danach kann ein Anspruch auf Alg nicht mehr geltend gemacht werden, wenn nach seiner Entstehung vier Jahre verstrichen sind. Das ist der Fall gewesen. Der Alg-Anspruch war am 15. Januar 1992 entstanden. Mit Ablauf des 14. Januar 1996 war dieser Alg-Anspruch erloschen. Der Antrag auf Bewilligung von Alg ab 01. Mai 1996 ist erst nach Fristablauf erfolgt und stellt keine Geltendmachung dar.

3. Schließlich besteht für den Kläger auch kein Alg-Anspruch für die Zeit vom 23. Dezember 1996 bis zum 26. August 1997.

Die Rahmenfrist nach § 104 AFG für diesen Anspruch bestimmt sich hier vom 23. Dezember 1993 bis zum 22. Dezember 1996. Innerhalb dieser Rahmenfrist hat der Kläger in der Zeit vom 02. September 1996 bis zum 20. Dezember 1996 bei der Fa. M M GmbH/K eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigungszeit ausgeübt, was zwischen den Beteiligten nicht streitig ist. Insoweit stellt sich für die Erfüllung der Anwartschaft allein die Frage, ob der Kläger als Gesellschafter-Geschäftsführer der Fa. A - H H GmbH vom 01. Januar 1995 bis zum 30. Oktober 1995 in einem die Beitragspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 168 AFG gestanden hat.

Nach § 168 Abs. 1 Satz 1 AFG in der bis zum 31. Dezember 1997 geltenden und hier anzuwendenden Fassung sind beitragspflichtig Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer). Zum Begriff der Beschäftigung verweist § 173 a AFG auf die grundlegende Vorschrift des [§ 7](#) des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV). Nach [§ 7 SGB IV](#) ist "Beschäftigung" die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (vgl. BSG SozR 3-4100 § 141 b Nr. 17 m. w. N.). Arbeitnehmer ist hiernach, wer unselbständige Arbeit leistet, d. h. von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung. Das Weisungsrecht kann zwar, insbesondere bei Diensten höherer Art, erheblich eingeschränkt sein, vollständig entfallen darf es jedoch nicht. Es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung bleiben. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden oder wird von ihm tatsächlich keinerlei Gebrauch gemacht, kann der Betreffende also seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt. In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, jedoch zurück tritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend hiervon abweichen (vgl. u.a. BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 8](#) m.w.N.; SozR 3-4100 § 141 b Nr. 17; BSG USK 9347 m.w.N.).

Nach dem Ergebnis der letzten mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat, zu der der Kläger zugegen war, steht zur Überzeugung des Senats fest, dass er in der Zeit vom 01. Januar 1995 bis zum 30. Oktober 1995 als selbständiger Gewerbetreibender zusammen mit dem weiteren Hauptgesellschafter K-HH sowie seinem Sohn RW und T G in der Rechtsform einer BGB-Gesellschaft die A - H H "GmbH" führte. Obwohl die Firma durch den Zusatz "GmbH" darauf schließen lässt, dass das Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH betrieben wurde, ist dies zu keinem Zeitpunkt der Fall gewesen. Konstituierende Voraussetzung für die Entstehung einer GmbH ist die Eintragung im Handelsregister ([§ 13 Abs. 1](#) GmbH-Gesetz - GmbHG). Nach der Aussage des Klägers in der letzten mündlichen Verhandlung ist die GmbH nicht ("niemals") zur Eintragung in das Handelsregister gelangt. Hieraus erklären sich auch die vergeblichen Versuche des Senats, Handelsregisterakten betreffend die "Fa. A - H H GmbH" beizuziehen. Nehmen die Gesellschafter bereits vor Eintragung der GmbH gemeinsame Geschäftstätigkeiten auf, so sind die allgemeinen Merkmale einer (Außen-)Gesellschaft im Sinne einer BGB-Gesellschaft ([§ 705 BGB](#)) erfüllt; vgl. Roth/Altmeppen, GmbH, Kommentar, 5. Aufl., zu § 11 Rnr. 38. Deswegen gilt für die Zeit vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister, dass die persönliche Haftung des Klägers ein starkes Indiz dafür ist, dass dieser wirtschaftlich gesehen im eigenen Unternehmer und nicht in einem fremden beschäftigt war. Als Mitgesellschafter der Vor-GmbH in der Zeit vom Abschluss des Gesellschaftsvertrages bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister haftet der Kläger nämlich persönlich nach [§ 735 BGB](#) bzw. aus [§ 11 Abs. 2](#) GmbH-Gesetz für die von der Gesellschaft begründeten Verbindlichkeiten. Auf die Frage, ob die Tätigkeit eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers, dessen Organstellung allein eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern nicht ausschließt, eine abhängige und deshalb beitragspflichtige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit ist, kommt es hier deswegen nicht an.

Auch die tatsächlichen Gegebenheiten hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit in der A - H H "GmbH" lassen nicht darauf schließen, dass der Kläger in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gearbeitet hat. Hiergegen spricht die Regelung zur Befreiung von der Selbstkontrahierung im Gesellschaftsvertrag. Im Feststellungsbogen gab er ferner an, dass er keinen Weisungen unterworfen gewesen sei und er als einziger über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen Branchenkenntnisse verfügt hat. Das ist auch nach dem eigenen Vortrag des Klägers nachvollziehbar, denn der Kläger hatte schon im Schreiben vom 20. Juni 1996 selbst erklärt, dass die Fa. A - H H GmbH aus der Fa. H.B.E. hervorgegangen ist und in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht, dass er sein gesamtes Umlaufvermögen der Fa. H.B.E. in die A - H H "GmbH" eingebracht hatte. Im Übrigen hat er darauf hingewiesen, dass er mit dem weiteren Hauptgesellschafter K-HH in etwa gleichberechtigt tätig war. Die beiden weiteren Gesellschafter RW und T G hatten nach den

Erklärungen des Klägers keinen bestimmenden Einfluss, weil sie sich in der Ausbildung befunden hatten. Ist danach der Zeitraum vom 01. Januar 1995 bis zum 30. Oktober 1995 keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung gewesen, sind die Voraussetzungen zur Erfüllung der Rahmenfrist nach § 104 AFG nicht gegeben.

Nach alledem bleibt die Berufung mit Kostenfolge aus § 193 Abs. 1 Sozialgesetzbuch (SGG) ohne Erfolg.

Die Revision ist nicht zuzulassen gewesen, weil die Voraussetzungen von [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#) nicht vorgelegen haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2007-02-23