

## L 16 AL 541/06

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
16  
1. Instanz  
SG Cottbus (BRB)  
Aktenzeichen  
S 9 AL 787/03  
Datum  
04.05.2006  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 16 AL 541/06  
Datum  
14.11.2007  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Cottbus vom 04. Mai 2006 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind im gesamten Verfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob dem Kläger für den Monat Dezember 2001 Insolvenzgeld (Insg) zusteht und ob der Kläger einen als Vorschuss auf das zu erwartende Insg gezahlten Betrag in Höhe von 1.225,- EUR zu erstatten hat.

Der 1961 geborene Kläger war ab 01. Juli 1999 bei der R I u U G m b H (im Folgenden: R. GmbH) als Bereichsleiter beschäftigt (Arbeitsvertrag vom 30. Juni 1999). Am Stammkapital der R. GmbH von 25.000,- EUR war der Kläger als Gesellschafter – neben vier weiteren Gesellschaftern, darunter dem seinerzeit alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer R (im Folgenden: R.), der eine Stammeinlage von 18.000,- EUR übernommen hatte – mit einer Stammeinlage von 2.500,- EUR beteiligt. Mit Gesellschafterbeschluss vom 19. November 2001 wurde die R. GmbH in "J K" G umfirmiert, der Sitz der Gesellschaft nach J verlegt, der Gegenstand des Unternehmens in "V v K" geändert und F K (im Folgenden: K.) zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt. Die diesbezügliche Handelsregistereintragung ist noch nicht erfolgt. Mit notariellem Vertrag vom 19. November 2001 veräußerten die Gesellschafter R., N, P und H ohne Beteiligung der weiteren Gesellschafterin A ihre Geschäftsanteile an A S (im Folgenden: S.).

Mit "Übernahmevertrag" vom 20. November 2001, unterzeichnet von S. und R., vereinbarten die J K G und die A- u A D G in Gründung (im Folgenden: AAD) u.a., dass sämtliche Sachanlagegüter der R. GmbH an die AAD übergehen; auf den Vertrag vom 20. November 2001 wird wegen der Einzelheiten Bezug genommen. Alleingesellschafter und Geschäftsführer der AAD war R. Mit Übernahmeverträgen vom 12. November 2001 wurden auch verschiedene Arbeitnehmer (AN) der R. GmbH von der AAD übernommen, und zwar die AN P, R, N, F, H, S, S, D und K. Mit Erklärung vom 23. Januar 2002 trat der Kläger, der mit Wirkung vom 01. Januar 2002 mit R. einen Arbeitsvertrag über eine Beschäftigung als Betriebsleiter in dessen Einzelunternehmen (R. Innovation und Umwelt) abgeschlossen hatte, seine Lohnforderungen gegenüber der J K G für die Monate Oktober und November 2001 an R. ab, da dieser die Auszahlung seines Nettoarbeitsentgelts für Oktober und November 2001 in Höhe von 5.988,34 DM übernommen habe. Mit Schreiben vom selben Tage kündigte der Kläger sein Arbeitsverhältnis mit der J K G – rückwirkend – zum 31. Dezember 2001, da seine Gehälter für die Monate Oktober bis Dezember 2001 noch nicht gezahlt worden seien.

Mit Beschluss des Amtsgerichts (AG) Cottbus vom 27. März 2002 (- 63 IN 50/02 -) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der R. GmbH eröffnet. Der zum Insolvenzverwalter ernannte Rechtsanwalt K führte in seinem Gutachten vom 25. März 2002 u.a. aus, dass die Arbeitsverhältnisse der bei der R. GmbH beschäftigten AN mit Wirkung vom 12. November 2001 von der AAD übernommen worden seien. Mit der Übernahme der bestehenden Arbeitsverhältnisse und der Übertragung von Gegenständen des beweglichen Sachanlagevermögens der R. GmbH sowie Anzeige dieser Rechtsgeschäfte gegenüber den beteiligten Auftraggebern sei der Geschäftsbetrieb der R. GmbH faktisch seit November 2001 eingestellt. Eine Auftragslage sei nicht zu verzeichnen.

Auf den Antrag des Klägers vom 31. Januar 2002, mit dem dieser die Zahlung von Insg für die Zeit vom 01. Dezember 2001 bis 31. Dezember 2001 in Höhe von 3.072,17 DM (= 1.570,78 EUR) geltend machte, gewährte die Beklagte mit Bescheid vom 20. Februar 2002 einen Vorschuss auf das zu erwartende Insg in Höhe von 1.225,- EUR nach § 186 Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung – (SGB III). Nachdem der Insolvenzverwalter mit Schreiben vom 07. Mai 2003 mitgeteilt hatte, dass mit dem Übergang der materiellen und immateriellen Betriebsmittel auf die AAD ein Betriebsübergang iS von § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) spätestens mit Wirkung zum 19. November 2001 stattgefunden habe, lehnte die Beklagte mit Ablehnungs- und Erstattungsbescheid vom 15. Juli 2003 in der Gestalt des

Widerspruchsbescheides vom 09. Oktober 2003 den Insg-Antrag ab und forderte die Erstattung des gezahlten Vorschusses von 1.225,- EUR.

Im Klageverfahren hat das Sozialgericht (SG) Cottbus Beweis erhoben durch uneidliche Vernehmung des K., des R. und der Zeugin R; auf die Anlagen zu den Sitzungsniederschriften vom 09. März 2006 und 04. Mai 2006 wird Bezug genommen. Das SG hat die Beklagte mit Urteil vom 04. Mai 2006 unter Aufhebung des Bescheides vom 15. Juli 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09. Oktober 2003 antragsgemäß verurteilt, dem Kläger für Dezember 2001 weiteres Insg in Höhe von 315,78 EUR zu gewähren. Zur Begründung ist ausgeführt: Die Klage sei begründet. Der Kläger habe über den bereits gewährten Vorschuss von 1.225,- EUR hinaus für den Monat Dezember 2001 gegen die Beklagte einen weiteren Anspruch auf Insg in Höhe von 315,78 EUR gemäß [§ 183 Abs. 1 SGB III](#). Maßgebliches Insolvenzereignis sei vorliegend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der R. GmbH am 27. März 2002. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei das zwischen dem Kläger und der R. GmbH bestehende Arbeitsverhältnis weder durch einen Übernahmevertrag noch nach [§ 613a BGB](#) auf die AAD vor dem 31. Dezember 2001 übergegangen. Ein entsprechender Übernahmevertrag liege nicht vor. Auch ein Betriebsübergang nach [§ 613a BGB](#) sei nicht festzustellen. Die Übernahme einzelner Anlagen und Maschinen sowie einiger Mitarbeiter von der R. GmbH auf die AAD reichten hierfür nicht aus. Dies folge auch aus dem Ergebnis der zeugenschaftliche Vernehmung von K. und R. Aus der vorliegenden Lohnabrechnung für den Monat Dezember 2001 ergebe sich ein Nettoentgelt des Klägers von 1.570,78 EUR, sodass abzüglich des bereits gezahlten Vorschusses (1.225,- EUR) noch ein Restbetrag von 345,78 EUR verbleibe. Da der Kläger über den gewährten Vorschuss hinaus lediglich noch Insg in Höhe von 315,78 EUR beantragt habe, sei antragsgemäß entschieden worden.

Mit ihrer Berufung wendet sich die Beklagte gegen dieses Urteil. Sie trägt vor: Entgegen der Auffassung des SG sei weiterhin davon auszugehen, dass im November 2001 ein Betriebsübergang auf die AAD stattgefunden habe und der Kläger daher keinen Anspruch auf Insg habe. Sie stütze sich insoweit auf die Feststellungen des Insolvenzverwalters, an die sie gebunden sei. Der R. habe seinerzeit auch ein Einzelunternehmen unter der Anschrift betrieben, unter der auch die AAD tätig gewesen sei. Obwohl die R. GmbH ihren Sitz nach den vorliegenden Gesellschafterbeschlüssen vom 19. November 2001 nach J verlegt habe, würden die von dem R. vorgelegten Meldungen zur Sozialversicherung und die Lohnsteuerbescheinigung für das Jahr 2001 als Anschrift der R. GmbH weiterhin die S in C ausweisen. R. habe auch die ausgefallenen Arbeitsentgelte des Klägers für Oktober und November 2001 gezahlt. Der Insolvenzverwalter habe diese Abtretung als Befriedigung der Entgeltforderungen gewertet.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Cottbus vom 04. Mai 2006 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise für den Nachweis des Zugangs des Kündigungsschreibens jedenfalls im Januar 2002 Beweis zu erheben durch Vernehmung des Zeugen D P, Z, C.

Er hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Die Kündigung vom 23. Januar 2002 sei der GmbH jedenfalls vor Ende Januar 2002 zugegangen. Hinsichtlich des Vorbringens des Klägers zu Inhalt und Umständen der von ihm im Dezember 2001 erbrachten Arbeitsleistungen im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 14. November 2007 wird auf die Sitzungsniederschrift Bezug genommen.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf deren vorbereitende Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Die Insg- und Betriebsakten der Beklagten (305338), die Insolvenzakten des AG Cottbus – 63 IN 50/02 – (3 Bände) und die Gerichtsakte haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist begründet.

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Gewährung von Insg für die Zeit vom 01. Dezember 2001 bis 31. Dezember 2001; er ist daher verpflichtet, der Beklagten den ihm gewährten Vorschuss in Höhe von 1.225,- EUR zu erstatten.

Der Kläger verfolgt im Berufungsverfahren seine erstinstanzlich erhobene und statthafte kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage auf Gewährung von Insg für Dezember 2001 weiter und wendet sich zudem gegen den von der Beklagten in dem angefochtenen Bescheid vom 15. Juli 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09. Oktober 2003 geltend gemachten Erstattungsanspruch von 1.225,- EUR. Da dem Kläger für Dezember 2001 kein Insg-Anspruch zusteht, richtet sich die Rückabwicklung des von der Beklagten gewährten Vorschusses nicht nach § 45 Sozialgesetzbuch – Sozialverfahren und Sozialdatenschutz – (SGB X), sondern nach [§ 186 Satz 4 SGB III](#). Nach der genannten Vorschrift ist ein Vorschuss zu erstatten, soweit ein Anspruch auf Insg – wie hier – nicht zuzuerkennen ist. Es bedurfte somit keiner gesonderten Aufhebung des Vorschussbescheides vom 20. Februar 2002; dieser hat sich vielmehr mit Erteilung des angefochtenen Ablehnungs- und Erstattungsbescheides vom 15. Juli 2003 ohne weiteres im Sinne von [§ 39 Abs. 2 SGB X](#) erledigt (vgl. zur Rückabwicklung von Vorschussleistungen allgemein: BSG, Urteil vom 26. Juni 2007 – [B 2 U 5/06 R](#) – veröffentlicht in juris).

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Insg für die Zeit vom 01. Dezember 2001 bis 31. Dezember 2001.

Nach [§ 183 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) in der vorliegend anwendbaren Fassung des Gesetzes vom 10. Dezember 2001 ([BGBl. I 3443](#)) haben AN Anspruch auf Insg, wenn sie bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihres Arbeitgebers (Insolvenzereignis) für die vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt haben. Zu den Ansprüchen auf Arbeitsentgelt gehören grundsätzlich alle Ansprüche auf Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis ([§ 183 Abs. 1 Satz 3 SGB III](#)). Maßgebendes Insolvenzereignis ist vorliegend die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der R. GmbH mit Beschluss des AG Cottbus vom 27. März 2002 (- 63 IN 50/02 -), und zwar ungeachtet dessen, ob es möglicherweise bereits im November 2001 zu einer vollständigen Beendigung der Betriebstätigkeit der R. GmbH gekommen war. Denn selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, hat sich durch das bei unveränderter

Sachlage am 27. März 2002 eröffnete Insolvenzverfahren gezeigt, dass ein Anschein für Masseunzulänglichkeit seinerzeit objektiv nicht bestanden hatte und somit die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Insolvenzereignisses nach [§ 183 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB III](#) nicht erfüllt sein können (vgl. hierzu Niesel, SGB III, § 183 Rz. 47). Es bedarf daher keiner Feststellungen des Senats dazu, ob es bereits im November 2001 bzw. zu irgendeinem anderen Zeitpunkt bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu einer vollständigen Einstellung des Geschäftsbetriebs der R. GmbH bzw. der J K G gekommen war.

Es kann auch dahinstehen, ob und wann das auf der Grundlage des Arbeitsvertrages vom 30. Juni 1999 begründete Arbeitsverhältnis des Klägers mit der in J K G umfirmierten R. GmbH endete. Denn ungeachtet dessen, ob und gegebenenfalls wann genau dieses Arbeitsverhältnis endete und über welche Zeit sich infolge dessen der Insg-Zeitraum erstreckt, scheidet ein Anspruch des Klägers auf Insg jedenfalls schon deshalb aus, weil nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens zur Überzeugung des Senats nicht festgestellt werden konnte, dass der Kläger in der Zeit vom 01. Dezember 2001 bis 31. Dezember 2001 gegenüber seiner Arbeitgeberin Arbeitsentgeltansprüche erarbeitet hatte. Es ist nicht mit der für den Vollbeweis erforderlichen Sicherheit feststellbar, dass der Kläger im Dezember 2001 Arbeitsleistungen als Gegenleistung für einen Entgeltanspruch gegenüber der R. GmbH bzw. der J K G erbracht hatte (vgl. zum Erarbeitungsprinzip: BSG, Urteil vom 25. Juni 2002 – [B 11 AL 90/01 R](#) = [SozR 3-4100 § 141b Nr. 24](#) m. w. Nachw.; BSG, Urteil vom 23. März 2006 – [B 11a AL 65/05 R](#) – veröffentlicht in juris – m. w. Nachw.). Aus diesem Grund bedarf es keiner Entscheidung, ob und gegebenenfalls zu welchem Zeitpunkt aufgrund des Übernahmevertrags vom 20. November 2001 ein Betriebsübergang im Sinne von [§ 613a BGB](#) auf die AAD stattgefunden hatte, mit dem die Beklagte ihre Verwaltungsentscheidungen begründet hatte. Gegen einen Betriebsübergang spricht allerdings, dass die R. GmbH bzw. die J K G nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens spätestens am 19. November 2001 ihre Betriebstätigkeit eingestellt hatte, sodass aufgrund des Übernahmevertrags mit der AAD vom 20. November 2001 ein Betriebsübergang wegen der Beendigung der Betriebstätigkeit nicht mehr stattfinden konnte (siehe dazu Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Auflage, [§ 613a BGB](#) Rn 56).

Nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens, insbesondere unter Berücksichtigung des Vorbringens des Klägers im Termin zur mündlichen Verhandlung am 14. November 2007, lässt sich indes schon nicht zweifelsfrei feststellen, dass dieser im Dezember 2001 für die R. GmbH bzw. die J K G Arbeitsleistungen als Voraussetzung für entsprechende Arbeitsentgeltansprüche gemäß [§ 611 Abs. 1 BGB](#) erbracht hatte. Die Entgeltzahlungspflicht steht aber als Hauptleistungspflicht des Arbeitgebers im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Arbeitspflicht des AN und entsteht daher grds. nur dann, wenn der AN seiner Pflicht zur Arbeitsleistung nachkommt (vgl. im Einzelnen dazu: Preis aaO [§ 611 BGB](#) Rn 389 ff. m. w. Nachw.). Das Vorbringen des Klägers, der im Termin zur mündlichen Verhandlung zu den von ihm im Dezember 2001 erbrachten Arbeitsleistungen eingehend gehört worden ist, hat sich indes im Wesentlichen darin erschöpft, dass er nach der ihm bekannt gewordenen Umfirmierung der GmbH, des Verkaufs der Geschäftsanteile und der Einsetzung des K. als Geschäftsführer "so weiter gemacht habe wie bisher". Der Kläger hat zwar konkret ein Kläranlagenbauprojekt in B benannt, wo er als Vorgesetzter von drei AN mit diesen gearbeitet habe. Er hat indes nicht näher zu begründen vermocht, warum es sich bei den von ihm angeführten Tätigkeiten um Arbeitsleistungen "für" (vgl. [§ 183 Abs. 1 Satz 1 SGB III](#)) die R. GmbH bzw. die J K G handelte. Soweit der Kläger darauf verwiesen hat, dass sich auch nach der Umfirmierung der GmbH und der Bestellung des K. zum Geschäftsführer die Betriebsstätte und Art und Inhalt der zu erbringenden Arbeitstätigkeiten nicht geändert hätten, vermochte er jedenfalls nicht anschaulich und damit für den Senat nachvollziehbar darzulegen, welcher Person bzw. welchen Personen die Ausübung des arbeitgeberseitigen Direktionsrechts oblag. Dies erhellt insbesondere daraus, dass der Kläger erklärt hat, ab 24. Dezember 2001 bis zum Jahresende 2001 Urlaub genommen zu haben; Angaben dazu, bei wem er diesen Urlaub beantragt und wer diesen Urlaub bewilligt hatte, konnte er nicht machen. Seine Antwort auf die entsprechende Frage des Gerichts lautete allein: "Gute Frage".

Dass sich die von dem Kläger im Dezember 2001 erbrachten Arbeitsleistungen der R. GmbH bzw. der J K G nicht zweifelsfrei zuordnen lassen, folgt zudem daraus, dass der Kläger nach seinem Vorbringen im Monat Januar 2002 im Rahmen desselben Bauvorhabens in dem Forsthaus in B weiter gearbeitet hatte, obwohl er ab 01. Januar 2002 nachweislich (vgl. den Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und R. vom 19. Dezember 2001) in einem Arbeitsverhältnis zu R. stand, das ihn zu einer vollschichtigen Arbeitsleistung als Betriebsleiter für R. verpflichtete. Auch hierzu hat der Kläger keine konkreten und plausiblen Angaben machen können ("Ich habe nur meine Arbeit gemacht"). Es lässt sich somit weder sicher beurteilen, ob der Kläger im Dezember 2001 überhaupt noch Arbeitsleistungen für die R. GmbH bzw. die J K G erbracht hatte, noch welchen zeitlichen Umfang diese Arbeitsleistungen gegebenenfalls im Einzelnen hatten. Hinzu kommt, dass der als Insolvenzverwalter eingesetzte Rechtsanwalt K in seinem Gutachten vom 25. März 2002 darauf hinweist, dass der Geschäftsbetrieb der R. GmbH bzw. der J K G faktisch seit November 2001 eingestellt und eine Auftragslage nicht zu verzeichnen war. Mangels feststellbarer Ansprüche auf Arbeitsentgelt gegenüber der R. GmbH bzw. der J K G für den Monat Dezember 2001 kann für diesen Zeitraum ein Insg-Anspruch somit nicht begründet werden.

Der erhobene Anspruch auf Insg lässt sich auch nicht aus einem Annahmeverzug der R. GmbH bzw. der J K G herleiten. Zwar sind auch Ansprüche des AN aus Annahmeverzug des Arbeitgebers nach [§ 615 BGB](#) Arbeitsentgeltansprüche, die, wenn sie im Insg-Zeitraum anfallen, geschützt sind. Insoweit sind jedoch Tatsachen, aus denen sich ein Annahmeverzug der R. GmbH bzw. der J K G in dem streitigen Zeitraum ergäbe, vom Kläger nicht vorgebracht worden und im Übrigen auch nicht zu ersehen. Denn nach dem Vorbringen des Klägers besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass er der R. GmbH bzw. der J K G eine vertraglich vereinbarte Leistung tatsächlich angeboten hätte (vgl. [§ 294 BGB](#)). Ein derartiges Arbeitsangebot liegt grds. (nur) dann vor, wenn der AN dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft in eigener Person, zur rechten Zeit, am rechten Ort und in der rechten Weise anbietet (vgl. Preis aaO [§ 615 BGB](#) Rn 17 ff. m. w. Nachw. zur Rechtsprechung des BAG). Das tatsächliche Angebot der geschuldeten Arbeitsleistung war als jeweils kalendarisch bestimmte Mitwirkungshandlung nach [§ 296 BGB](#) auch nicht im Hinblick auf eine arbeitgeberseitige Kündigung entbehrlich (vgl. hierzu BAG [NZA 2006, 314](#); BAG [NZA 2005, 1384](#)). Denn eine arbeitgeberseitige Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der R. GmbH bzw. der J K G ist zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Da das Arbeitsverhältnis des Klägers im Dezember 2001 nicht gekündigt worden war, war ein tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung durch den Kläger, das vorliegend nicht feststellbar ist, vielmehr in jedem Fall erforderlich (vgl. BAG [NZA 2006, 435](#)).

Da im Ergebnis somit nicht feststeht, dass der Kläger im Dezember 2001 einen Anspruch auf Arbeitsentgelt gegenüber der R. GmbH bzw. der J K G erarbeitet hatte, kann deren Zahlungsunfähigkeit auch keinen Anspruch des Klägers auf Insg für den Monat Dezember 2001 begründen.

Dem Beweisantrag des Klägers, den Zeugen P zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 23. Januar 2002 zu hören, war nicht zu entsprechen. Selbst wenn die Kündigung des Klägers der R. GmbH bzw. der J K G noch im Januar 2002 zugegangen wäre mit der Folge, dass

der gesamte Monat Dezember 2002 in den Insg-Zeitraum fiel, fehlt es nämlich, wie dargelegt, an einem durch die Zahlung von Insg auszugleichenden ausgefallenen Arbeitsentgeltanspruch des Klägers für Dezember 2001 gegenüber seiner damaligen Arbeitgeberin.

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

Gründe für eine Zulassung der Revision nach [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2008-01-11