
S 4 AL 173/96

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Freistaat Bayern
Sozialgericht	Bayerisches Landessozialgericht
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	9
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 4 AL 173/96
Datum	15.06.1998

2. Instanz

Aktenzeichen	L 9 AL 227/98
Datum	12.07.2001

3. Instanz

Datum	-
-------	---

- I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Augsburg vom 15. Juni 1998 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist ein Anspruch auf Konkursausfallgeld.

Der 1948 geborene Kläger, gelernter Kellner, war seit September 1994 Geschäftsführer der P. Immobilien GmbH mit Sitz in Salzgitter.

Die P. Immobilien GmbH war im Mai 1990 mit einem Stammkapital von 50.000,00 DM gegründet worden. Ursprünglicher Geschäftszweck war der "Vertrieb, die Verwaltung und Bewirtschaftung von Wohnungen, Verwaltung und Vermittlung von Versicherungen und Finanzierungen für Immobilien und Gewerbeobjekte einschließlich aller artverwandten Geschäfte". Alleiniger Gesellschafter und ursprünglich auch Geschäftsführer war der Bruder des Klägers, Michael B.

Nach anfänglicher Tätigkeit als Bauträger und gelegentlicher Maklertätigkeit übernahm die P. Immobilien GmbH ab Juni 1994 als Pächterin das Restaurant "F." im gleichnamigen Hotel im Sigmaringen. Sonstige wesentliche Geschäftstätigkeiten entfaltete die GmbH seither nicht mehr.

Am 10.05.1994 wurde der bisherige Geschäftsführer Michael B. abberufen und der Kläger zum allein vertretungsberechtigten Geschäftsführer der GmbH mit Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181 BGB](#) bestellt.

Am 25.05.1994 schloss die GmbH mit dem Kläger einen Anstellungsvertrag. Darin wurden die genehmigungsbedürftigen Geschäfte festgelegt wie folgt:

5.000,00 DM im Einzelfall, Aufnahme von Krediten, die Eingehung von Wechselverbindlichkeiten, Übernahme von Bürgschaften, Errichtung und Aufgabe von Zweigniederlassungen, Einstellung und Entlassung von Chefkoch und Restaurantleiter, Beteiligung an anderen Unternehmen und Aufgabe solcher Beteiligungen, Abschluss, Kündigung oder Veränderung von Pachtverträgen, Grundstücksgeschäfte jeder Art.

Der Geschäftsführer erbringe seine Leistung in Sigmaringen mit der Bewirtschaftung des Restaurants im Hotel "F.". Er sei nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden. Seine Wochenarbeitszeit verteile sich auf sechs Tage und sei abhängig vom Betriebsablauf.

Er habe seine ganze Arbeitskraft dem Unternehmen gewissenhaft zu widmen.

Der Urlaub betrage pro Kalenderjahr maximal 30 Arbeitstage. Urlaubsgewährung und Urlaubsdauer seien vom Betriebsablauf abhängig und an die Öffnungszeiten des Restaurantbetriebs gebunden. Der Gesellschafter sei rechtzeitig von der Dauer des Urlaubs zu informieren.

In Krankheitsfällen werde das Gehalt als Fixum bis zur Dauer von sechs Wochen weiterbezahlt.

Der Geschäftsführer erhalte ein monatliches Fixum von 4.000,00 DM zuzüglich einer Umsatzbeteiligung von 2,5 %, des Weiteren eine Tantieme von 40 % des Gewinns vor Steuern, fällig mit Feststellung des Jahresabschlusses.

Der Anstellungsvertrag könne von beiden Seiten mit einer Frist von sechs Monaten zum 31.12. und 01.07. eines jeden Kalenderjahres gekündigt werden, jedoch erstmals am 01.12.1998 zum 31.05.1999. Der Geschäftsführer könne aus wichtigem Grund abberufen werden. Er seinerseits könne sein Amt aus wichtigem Grund abgeben. Ein auf Dauer mit Verlust geführter Restaurantbetrieb sei ein wichtiger Grund für die Abberufung.

Die GmbH entrichtete Lohnsteuer, Sozialversicherungsbeiträge und Arbeitslosenversicherungsbeiträge für den Kläger.

Am 13.10.1994 wurde der Anstellungsvertrag des KlÄgers ergÄnzt. Das Fixum des KlÄgers wurde mit Wirkung ab 01.01.1995 auf 5.000,00 DM angehoben zuzÄglich der bisherigen Umsatzbeteiligung von monatlich 2,5 %, mindestens 1.000,00 DM, bei Weitergeltung der sonstigen Vertragsbedingungen.

Am 28.02.1995 wurde der Restaurantbetrieb eingestellt. SÄmtlichen Arbeitnehmern wurde zum 28.02.1995 gekÄndigt. Die GmbH und der KlÄger hoben das AnstellungsverhÄltnis mit Aufhebungsvertrag vom 28.02.1995 ab 01.03.1995 auf.

Der KlÄger stellte fÄr die GmbH am 02.03.1995 Antrag auf KonkursÄffnung beim Amtsgericht Salzgitter.

Am 06.03.1995 beantragte er beim Arbeitsamt Braunschweig fÄr sich Konkursausfallgeld fÄr die LohnabrechnungszeitrÄume Januar und Februar 1995. Er reichte eine Verdienstbescheinigung ein, die das ab 01.01.1995 vereinbarte monatliche Fixum von 5.000,00 DM zuzÄglich der Provisionsvorauszahlung von 1.000,00 DM sowie eine Urlaubsabgeltung von 4.984,20 DM auswies.

Das Amtsgericht Salzgitter erÄffnete mit Beschluss vom 14.03. 1995 den Konkurs Äber das VermÄgen der GmbH.

Das Arbeitsamt Braunschweig lehnte den Kaug-Antrag des KlÄgers mit Bescheid vom 16.05.1995 ab. Konkursausfallgeld kÄnne nur Arbeitnehmern gewÄhrt werden. Beim KlÄger ÄberwÄgen jedoch die fÄr eine selbstÄndige TÄtigkeit sprechenden UmstÄnde, nÄmlich:

- â Alleinvertretungsberechtigung,
- â Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des [Â§ 181 BGB](#),
- â Fehlen einer festen Arbeitszeitregelung,
- â Kennzeichnung des InnenverhÄltnisses zwischen dem KlÄger und dem Alleingesellschafter Michael B. durch ein familienhaftes, gleichberechtigtes Nebeneinander statt durch den typischen Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Der KlÄger erhob Widerspruch: Seine Alleinvertretungsberechtigung als GeschÄftsfÄhrer werde im Anstellungsvertrag vom 25.05.1994 mit der dort festgelegten ZustimmungsbÄrtigkeit fÄr wesentliche GeschÄfte stark eingeschrÄnkt. Eine Befreiung von Selbstkontrahierungsverbot gebe es auch bei Arbeitnehmern. Besondere Regelungen zur Arbeitszeit seien nicht notwendig gewesen, da diese ohnehin durch die Äffnungszeiten des Restaurants vorgegeben gewesen sei. Eine ParallelitÄt der Interessenlage sei durchaus normal im VerhÄltnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern, unabhÄngig davon, ob sie familiÄr miteinander verbunden seien. FÄr ihn sei Lohnsteuer geleistet worden und seien Sozialabgaben abgefÄhrt worden. Er habe wie ein Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gehabt, somit kein unternehmerisches Risiko getragen. Auch habe er seine ganze Arbeitskraft dem Restaurantbetrieb widmen mÄssen.

Das Arbeitsamt wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 29.02.1996 als unbegründet zurück. In der Führung des Restaurants "F." sei der Kläger offensichtlich keinem persönlichen Weisungsrecht unterlegen gewesen, welches Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung umfasst habe. Auch habe er durch seine Umsatzbeteiligung von 2,5 % sowie die Gewinnbeteiligung von 40 % am unternehmerischen Risiko teilgenommen.

Dagegen hat der Kläger Klage zum Sozialgericht Augsburg erhoben. Durch die Öffnungszeiten des Restaurants sei er hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort sehr wohl gebunden gewesen. Auch sei die getroffene Vergütungsregelung nicht untypisch für einen Arbeitnehmer.

In der mündlichen Verhandlung am 15.06.1998 hörte das SG den Bruder und alleinigen Gesellschafter der GmbH, Michael B., uneidlich als Zeugen an, welcher u.a. ausführte:

Wenn es im Arbeitsvertrag heiÙe, dass der Geschäftsführer nicht an bestimmte Arbeitszeiten gebunden sei, so sei dies nicht so zu verstehen gewesen, dass der Kläger habe frei entscheiden können, ob und wann er zur Arbeit erschien. Es habe damit nur zum Ausdruck gebracht werden sollen, dass es sich bei der Arbeitszeit des Klägers nicht um eine klassische tarifvertragliche Arbeitszeit handle. Die Arbeitszeit des Klägers sei naturgemäß durch den Betriebsablauf des Restaurants vorgegeben gewesen. Letztlich habe der Kläger, obwohl das Restaurant einen Ruhetag in der Woche gehabt habe, an sieben Tagen präsent sein müssen.

Einfaches Personal habe der Kläger selbst einstellen und entlassen dürfen. Die Einstellung und Entlassung leitender Positionen habe seiner, des Zeugen, Genehmigung bedurft. Desgleichen hätten Investitionen über einen Betrag von 5.000,00 DM hinaus seiner Genehmigung bedurft. Darüber hinaus habe der Kläger auch monatlich einen sogenannten Budgetplan vorlegen müssen. Der Kläger sei auch verpflichtet gewesen, seinen Urlaub bei ihm, dem Zeugen, zu beantragen und genehmigen zu lassen.

Richtig sei, dass der Kläger über die Sachkompetenz zur Führung eines Restaurantbetriebes verfügt habe, so dass er, der Zeuge, keine Weisungen erteilen müssen. Die kaufmännische Leitung der Gesellschaft habe hingegen bei ihm, dem Zeugen, gelegen.

Außer dem Kläger habe kein anderer Mitarbeiter des Restaurants "F." Tantiemen erhalten. Das im Arbeitsvertrag des Klägers vorgesehene Fixum sei für ein Restaurant der Klasse des "F." sicher an der unteren Grenze angesiedelt gewesen, wie daraus zu erkennen sei, dass auch der Küchenchef ein gleiches oder gar höheres Fixum gehabt habe. Zum Ausgleich bzw. als Leistungsanreiz sei dem Kläger die Umsatzbeteiligung und die 40 %-ige Tantieme eingeräumt worden.

Er, der Zeuge, sei in der Zeit, als der Kläger das Restaurant in Sigmaringen geführt habe, überwiegend in Salzgitter gewesen und sei nur hin und wieder zur

Kontrolle und Abstimmung nach Sigmaringen gekommen. Allerdings sei er in ständigem telefonischen Kontakt mit dem Kläger gestanden.

Das SG hat die Beklagte mit Urteil vom 15.06.1998 verurteilt, dem Kläger für Januar und Februar 1995 Konkursausfallgeld in gesetzlicher Höhe zu gewähren. Nach den Ausführungen des Bruders des Klägers sei der Kläger in der Gestaltung von Zeit, Dauer, Ort und Art seiner Arbeitsleistung nicht frei gewesen. Er habe auch nicht ohne Zustimmung des Gesellschafters Entscheidungen von weitreichender Bedeutung bzw. finanziell erheblicher Tragweite treffen können. Die Umsatz- und Gewinnbeteiligung des Klägers sei nicht als Beteiligung am unternehmerischen Risiko, sondern als Ausgleich für das vergleichsweise niedrige Gehaltsfixum und als Leistungsanreiz anzusehen.

Die Beklagte trägt mit der Berufung vor: Die Bindung des Klägers an die Sachverhalte eines Restaurantbetriebs bedeute keine Abhängigkeit von persönlichen Weisungen eines Arbeitgebers. Soweit der Anstellungsvertrag bei wichtigen geschäftlichen Entscheidungen die Zustimmungspflicht des Gesellschafters vorsehe, müsse man aufgrund der familiären Verhältnisse eher von einvernehmlichen Regelungen ausgehen. Die vereinbarte Tantieme mit 40 v.H. des Gewinns vor Steuern sei außerordentlich hoch. Im Verhältnis zu dem vergleichsweise niedrigen Fixum drücke sich hierin ein typisches unternehmerisches Risiko aus.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts vom 15.06.1998 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung als unbegründet zurückzuweisen.

Er hält die Ausführungen im Urteil des SG für zutreffend.

Der Senat hat die Gerichtsakten erster Instanz sowie die bei der Beklagten geführten Kaug- und Alg-Akten des Klägers und Betriebsakten der P. Immobilien GmbH und des Weiteren die Konkursakten des Amtsgerichts Salzgitter beigezogen, außerdem den Kläger selbst ausführlich im Erörterungstermin vom 01.06. 2001 angehört. Bezüglich der Ausführungen des Klägers im Erörterungstermin wird auf die Sitzungsniederschrift vom 01.06. 2001 verwiesen, im Übrigen zur Ergänzung des Tatbestandes im Einzelnen auf den Inhalt der gesamten Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, insbesondere statthafte und form- wie fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist auch begründet. Die Klage war abzuweisen. Die Beklagte hat den Antrag des Klägers auf Konkursausfallgeld anlässlich des

Konkurses der P. Immobilien GmbH zu Recht abgelehnt.

Maßgeblich für die Beurteilung des Anspruchs des Klägers sind noch die Bestimmungen des AFG. Nach [§ 141b Abs.1 AFG](#) hatte ein Arbeitnehmer Anspruch auf Konkursausfallgeld, der bei Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen seines Arbeitgebers für die letzten der Eröffnung des Konkursverfahrens vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt hat.

Der Kläger hat die in der Person des Antragstellers verlangte Voraussetzung nicht erfüllt. Er war kein Arbeitnehmer der P. Immobilien GmbH.

Die Rechtsprechung grenzt den Arbeitnehmer vom Selbständigen durch die den Arbeitnehmer kennzeichnende "persönliche Abhängigkeit" von Weisungen hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und -dauer sowie Art der Arbeit ab. Ein wesentliches Merkmal des Selbständigen sieht sie im Tragen eines unternehmerischen Risikos. Diese Gesichtspunkte lassen sich dadurch verbinden, dass bei Tragen eines unternehmerischen Risikos eine Selbständigeneigenschaft dann, aber auch nur dann angenommen werden kann, wenn dem unternehmerischen Risiko eine adäquate unternehmerische (Mit-)Gestaltungsmacht entspricht, was sich in der Regel auch durch weitgehende Freiheit von Vorgaben hinsichtlich der äußerlichen Gestaltung einer Tätigkeit ausdrückt (ausführlich zur Entwicklung der Rechtsprechung Urteil des Senats vom 16.03. 2000, Az.: [L 9 AL 279/97](#), Breithaupt 2001, 383).

Danach war der Kläger eindeutig Selbständiger, aber nicht Arbeitnehmer der P. Immobilien GmbH.

Der Kläger trug ein erhebliches unternehmerisches Risiko. Er hat angegeben, dass bei der Pacht des Restaurants 60.000,00 DM Ablöse zu zahlen gewesen seien, außerdem hätten 30.000,00 DM Kautions hinterlegt werden müssen, und es seien noch mehrere Tausend DM Ausgaben für Inventar angefallen. Das Geld sei von seinem Bruder Michael B. gekommen. Dieser habe auch ein Bankdarlehen über die 60.000,00 DM Ablöse aufgenommen. Jedoch hätten er selbst und sein Vater eine gesamtschuldnerische Bürgerschaft für die 60.000,00 DM gegenüber der Bank unterschrieben. Der Kläger ist demnach bereits bei den Anfangsinvestitionen ein erhebliches finanzielles Risiko eingegangen. Des Weiteren war sein Fixum, auch nach Aussage des Bruders Michael B. als Zeuge vor dem SG, an der unteren Grenze für eine Geschäftsführerposition in einem Restaurant von der Art des "F." angesiedelt. Die vereinbarte Tantieme mit 40 v.H. des Gewinns vor Steuern ist demgegenüber außerordentlich hoch und keineswegs typisch für einen Arbeitnehmer. Wie der Zeuge vor dem SG bekundet hat, hat auch kein sonstiger Mitarbeiter des Restaurants eine Tantieme erhalten.

Der Kläger hatte auch eine, seinem unternehmerischen Risiko entsprechende Sachkompetenz und unternehmerische Gestaltungsmacht, soweit die Sachzwänge des Restaurantbetriebes und der bereits vorgegebenen Umstände hierfür einen Spielraum ließen.

Der bisherige berufliche Lebensweg des KlÄggers war derjenige eines SelbstÄndigen in der Gastronomie gewesen, wie er gegenÄber dem Senat angegeben hat: Bis 1990 hÄtten er und seine Ehefrau 20 Jahre ein Hotel betrieben. Dort habe er u.a. auch die kaufmÄnnischen TÄtigkeiten versehen, wohingegen seine Ehefrau mehr im hauswirtschaftlichen Bereich tÄtig gewesen sei. In der anschlieÄenden Zeit bis zur Äbernahme des Restaurants "F." hÄtten seine Frau und er als Betriebsleiter im AngestelltenverhÄltnis ein Hotel fÄr einen Steuerberater aufgebaut. Die Hotels hÄtten jeweils auch einen Restaurantbetrieb gehabt. Er sei mit seiner letzten TÄtigkeit nicht zufrieden gewesen. Er und seine Familie hÄtten etwas fÄr ihn und seine Frau gesucht.

Der VerpÄchter S. sei EigentÄmer des Hotels wie des Restaurants "F." gewesen. Die GmbH sei lediglich PÄchterin des Restaurants gewesen. Dieses habe vor der Äbernahme durch ihn und seine Ehefrau geruht.

Er und seine Frau hÄtten das gesamte sonstige Personal, einen Restaurantober, einen Ober an der Bar, den Koch und eine KÄchenhilfe neu eingestellt. Er und seine Frau hÄtten die Leute ausgesucht. Das gelte fÄr die Ober und die KÄchenhilfe uneingeschrÄnkt. FÄr diese sei auch das Gehalt tariflich festgelegt gewesen. Mit dem Koch mÄsse man in Restaurants eine Sondervereinbarung treffen, die sich nach der QualitÄt des Betreffenden richte. Er und seine Frau hÄtten aufgrund von Anzeigen den Koch ausgesucht, der dann seine Gehaltsvorstellungen prÄsentierte habe. Zur Einstellung des Kochs einschlieÄlich des Gehalts habe sein Bruder seine Zustimmung geben mÄssen, was er auch getan habe.

Bestimmte Unkosten (Pacht, Äffentliche Nebenkosten) lÄgen bei einem Restaurantbetrieb fest. Im Äbrigen erfordere ein Restaurant eine Kalkulation zwischen den Ausgaben fÄr z.B. EinkÄufe an Lebensmitteln, GetrÄnken, ergÄnzende Anschaffungen von Inventar oder auch fÄr Werbeaktionen sowie andererseits Einnahmen. Die Preise mÄsstest so gestaltet sein, dass das Publikum, fÄr welches man das Lokal im Wesentlichen vorsehe, diese Preise auch bezahlen wolle und kÄnne. Insgesamt solle sich dabei auch noch ein Gewinn ergeben.

Diese eigentliche unternehmerische Kalkulation und Gestaltung des Restaurants sei in den HÄnden von ihm selbst und seiner Ehefrau gelegen. So hÄtten auch er und seine Frau, nachdem der Auslastungsgrad des Hotels und damit auch des Restaurants weitaus geringer gewesen sei, als S. zugesichert habe, sich etwas einfallen lassen mÄssen. Sie hÄtten umliegenden Firmen Angebote fÄr Essen der Mitarbeiter zu ermÄÄigten Preisen gemacht oder auch mittags oder abends GeschÄftssessen angeboten, desgleichen Werbeaktionen gestartet.

Die ÄuÄere Gestaltung seiner TÄtigkeit, insbesondere hinsichtlich Arbeitszeit und Urlaub habe sich naturgemÄÄ aus den BetriebszwÄngen bzw. dem Betriebsablauf ergeben. Bei Kollisionen sich wohl mit seinem Bruder als dem Alleingesellschafter der GmbH abstimmen mÄssen. Es sei jedoch in der Zeit des Betriebes niemals zu einer solchen RÄckfrage gekommen.

Seine Ehefrau und er hätten in Sigmaringen laufend mit der dortigen Hohenzollern-Bank zusammengearbeitet. Die GmbH habe dort ihr Geschäftskonto gehabt. Er selbst habe Vollmacht bis zu bestimmten Beträgen besessen, um etwa die Rechnungen von Lieferanten zu bezahlen. Ab 5.000,00 DM habe sein Bruder zustimmen müssen. Er könne sich nicht erinnern, ob ein solcher Betrag einmal angefallen sei. Die Einnahmen seien aus der Kasse zur Bank gebracht worden, wo sie dem Geschäftskonto gutgeschrieben worden seien. Was sein Bruder als Zeuge in erster Instanz zum monatlichen Budgetplan gesagt habe, treffe zu. Irgendwelche Schwierigkeiten habe es dabei nicht gegeben. Es habe sich mehr um eine Benachrichtigung gehandelt, damit sein Bruder Bescheid wisse, was an Belastungen auf das Geschäftskonto zukomme. Der Bruder habe sich nicht in die einzelnen Posten eingemischt. Es habe lediglich die Kontrollgrenze von 5.000,00 DM gegeben.

Sein Bruder habe ursprünglich Industriekaufmann gelernt und sei immer kaufmännisch tätig gewesen. Er habe die ganzen Jahre, auch neben der Tätigkeit für die GmbH, auch während des Zeitraums, um den es hier gehe, hauptberuflich als Prokurist für eine große Firma in Salzgitter gearbeitet.

Nach seinen eigenen Ausführungen trug der Kläger danach nicht nur ein erhebliches unternehmerisches Risiko, sondern hatte auch eine dem adäquate unternehmerische Gestaltungsmacht. Als jahrzehntelanger Selbständiger in der Gastronomie hierzu kompetent, hat er in den Bereichen, in denen die eigentlichen unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten eines Restaurantbetreibers liegen, zusammen mit seiner Ehefrau völlig selbständig gehandelt. Er konnte kein einziges Beispiel nennen, in dem sich sein Bruder in die Geschäftspolitik eingemischt hätte. Insbesondere auch Ort, Art und Dauer seiner Arbeit ergaben sich nicht aus persönlichen Weisungen, sondern aus den betrieblichen Sachverhältnissen der Gaststätte, die er aber selbst organisierte und gestaltete.

Das Urteil des SG war demnach aufzuheben und die Klage abzuweisen.

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

Ein Anlass, die Revision nach [Â§ 160 Abs.2 Nr.1 oder Nr.2 SGG](#) zuzulassen, bestand nicht. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung. Das Urteil weicht nicht von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshäufige des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts ab und beruht auf dieser Abweichung.

Erstellt am: 20.09.2003

Zuletzt verändert am: 22.12.2024