

---

## S 50 Ar 2396/98

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	Berlin-Brandenburg
Sozialgericht	Landessozialgericht Berlin-Brandenburg
Sachgebiet	Arbeitslosenversicherung
Abteilung	4
Kategorie	Urteil
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 50 Ar 2396/98
Datum	23.09.1998

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 4 AL 101/98
Datum	03.11.2000

#### 3. Instanz

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

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 23. September 1998 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten hat die Beklagte dem Kläger auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist die Gewährung von Arbeitslosengeld â Alg -. Vorrangig geht es darum, ob die Anwartschaftszeit erfüllt ist.

Der 1944 geborene Kläger, ein Betriebswirt, war Gesellschafter und Geschäftsführer der T.- D., Dr. B.& Partner Gesellschaft für Beratung und Projektmanagement mbH. Am Stammkapital von 200.000,- DM war er mit 72.000,- DM entsprechend 36 v.H. beteiligt. Die übrigen Anteile hielten zu 26 v.H. der Ingenieur Dr. B. und zu je 19 v.H. der Rechtsanwalt M. und der Dipl.-Volkswirt M. Nach Â§ 1 des Gesellschaftsvertrages vom 28. Dezember 1993 war Gegenstand des Unternehmens die Beratung Dritter in Fragen der Unternehmensplanung und -organisation, der Finanzierung, des Personalwesens, der Materialwirtschaft, des Vertriebs, des Rechnungswesen und der Wirtschaftlichkeit. Nach Â§ 6 erfolgten

---

Gesellschafterbeschlüsse mit einfacher Mehrheit, wobei je 100,- DM eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährten. Die Geschäftsführung oblag einem oder mehreren Geschäftsführern, denen Einzelvertretungsbefugnis auch unter Befreiung von den Beschränkungen des [Â§ 181 BGB](#) eingeräumt werden konnte (Â§ 5 Abs. 1 und 2). Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis für aufgelistete wichtige Geschäfte waren in Â§ 5 Abs. 3 vorgesehen.

In dem Geschäftsführervertrag vom 17. Dezember 1993, den die GmbH, vertreten durch die übrigen Gesellschafter, mit dem Kläger geschlossen hatte, waren seine Rechte und Pflichten umfassend geregelt. Nach Â§ 1 war er bei der Geschäftsführung auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages der GmbH einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des [Â§ 181 BGB](#) befreit. Er hatte gemäß Â§ 2 Anspruch auf ein jährliches Festgehalt von 169.500,- DM, zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen, sowie auf eine gewinnabhängige Tantieme. Gemäß Â§ 3 stand ihm Gehaltsfortzahlung im Falle der Erkrankung oder sonstiger unverschuldeter Verhinderung für sechs Wochen und anschließend bis zum Ende des 6. Monats nach Beginn der Verhinderung ein Zuschuss zum Krankengeld in Höhe der Differenz zwischen diesem und dem zuletzt bezogenen Nettogehalt zu. Nach Â§ 5 hatte er Anspruch auf einen Jahresurlaub von 26 Arbeitstagen, wobei er die Urlaubszeit unter Berücksichtigung der Belange der GmbH bestimmte. An eine feste Arbeitszeit war er nicht gebunden, musste jedoch während der betriebsüblichen Arbeitszeit zur Verfügung stehen (Â§ 6). Die Kündigungsfrist betrug für beide Seiten zwölf Monate zum Ende eines Geschäftsjahres. Gemäß Â§ 9 sollte über alle Streitigkeiten aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag, über deren Gegenstand die Vertragsparteien einen Vergleich abschließen durften, ein Schiedsgericht nach Maßgabe eines gesonderten Schiedsvertrages vom selben Tage entscheiden.

Wegen Differenzen in der Geschäftsführung und Liquiditätsproblemen wurde das Arbeitsverhältnis am 12. Mai 1997 mit sofortiger Wirkung beendet.

Am 26. Juni 1997 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte die Gewährung von Alg. Im Fragebogen zur Feststellung der Versicherungspflicht gab er u.a. an, dass auch Dr. B. alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer gewesen sei, seine wöchentliche Arbeitszeit ohne Begrenzung gewesen sei und tatsächlich durchschnittlich 60 Stunden betragen habe, und er hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung keinen Weisungen wie ein fremder Arbeitnehmer unterworfen gewesen sei.

Vom 26. Januar bis 11. April 1998 nahm der Kläger an einer von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) gewährten stationären Rehabilitationsmaßnahme teil.

Mit Bescheid des Arbeitsamtes Berlin Südwest vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 lehnte die Beklagte die Gewährung von Alg im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Kläger erfülle nicht die Anwartschaftszeit nach Â§ 104 Abs. 1 Satz 1

---

Arbeitsförderungs-gesetz - AFG -, weil er in der Rahmenfrist nicht 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der Angaben des Klägers im Feststellungsbogen vom 28. Januar 1998 sowie der im Widerspruchsverfahren eingereichten Verträge betreffend die GmbH und seine Geschäftsführertätigkeit habe er diese nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt. Aus diesem Grunde sei auch nicht die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Arbeitslosen-hilfe - ALH - erfüllt. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf Bl. 2 bis 4 des Widerspruchsbescheides Bezug genommen.

Mit der am 20. Juni 1998 erhobenen Klage hat der Kläger sein Begehren weiterverfolgt und im Wesentlichen geltend gemacht, dass er bei einem Geschäftsanteil von nur 36 v.H. keinen maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft habe ausüben können. Jeder leitende Angestellte habe einen größeren Entscheidungsspielraum als untergeordnete Beschäftigte und sei trotzdem weisungsabhängig, weil er an die Beschränkungen des Gesellschaftsvertrages und an die Entscheidungen der Gesellschafterversammlung gebunden sei. Hieraus ergebe sich ohne weiteres auch seine von der Beklagten in Abrede gestellte Weisungsgebundenheit. Er habe während seiner gesamten Tätigkeit unbeanstandet Sozialversicherungsbeiträge abgeführt, u.a. für die Beklagte. Die BfA habe seinen Antrag, ihn als Geschäftsführer von der Rentenversicherungspflicht zu befreien, unter dem 16. Dezember 1994 mit Hinweis auf seine gesetzliche Sozialversicherungspflicht abgelehnt.

Die vom Kläger begehrte Gewährung von Alg im Wege einstweiligen Rechtsschutzes hat das Sozialgericht Berlin mit Beschluss vom 8. Juli 1998 - S 50 Ar-E /98 - abgelehnt.

Das Sozialgericht hat den Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 23. September 1998 persönlich angehört, wobei er u.a. angegeben hat, dass er bis zu seinem Ausscheiden als Geschäftsführer mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH haftet und zusammen mit dem anderen Geschäftsführer Dr. B. eine gesamtschuldnerische Bürgerschaft in Höhe von 300.000,- DM übernommen habe. Mit Urteil vom selben Tag hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen und in den Entscheidungsgründen, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird, im Wesentlichen sinngemäß ausgeführt, die zulässige Klage sei nicht begründet. Der angefochtene Bescheid vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 sei rechtmäßig, denn der Kläger habe keinen Anspruch auf Gewährung von Alg. Nach [§ 100 Abs. 1 AFG](#) habe Anspruch auf Alg, wer u.a. die Anwartschaftszeit erfüllt habe, d.h. in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Beschäftigt sei nach § 7 Sozialgesetzbuch - SGB - IV, wer unselbständige Arbeit leiste, d.h. von einem Arbeitgeber persönlich abhängig sei und seinem Weisungsrecht insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer, Art und Ort der Tätigkeit unterliege. Die Weisungsgebundenheit könne zwar bei Diensten höherer Art erheblich eingeschränkt sein, dürfe aber nicht vollständig entfallen. Der Kläger habe

---

seine Tätigkeit im Wesentlichen frei gestalten können, ein Direktionsrecht sei tatsächlich nicht ausgeübt worden. Er habe seine Tätigkeit hinsichtlich Art und Weise der Ausführung im Wesentlichen an den Notwendigkeiten der Gesellschaft ausgerichtet. Dabei habe er ein erhebliches Unternehmensrisiko mitgetragen. Zum einen habe er sich mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der GmbH bis zur Höhe von 300.000,- DM verbürgt, zum anderen habe er Anspruch auf eine gewinnabhängige Tantieme gehabt, wobei unbeachtlich sei, dass diese wegen Liquiditätsproblemen der Gesellschaft tatsächlich nicht zur Auszahlung gelangt sei.

Ab dem 12. April 1998 habe der Kläger im übrigen auch deshalb keinen Anspruch auf Alg, weil er für das Arbeitsamt nicht verfügbar gewesen sei, denn er habe der Beklagten zwar den Beginn, aber nicht das Ende der Reha-Maßnahme mitgeteilt.

Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass die BfA nicht über die Versicherungspflicht des Klägers entschieden, sondern ihn an die nach dem SGB IV zuständige Einzugsstelle verwiesen habe.

Gegen das seinen Bevollmächtigten am 28. Oktober 1998 zugestellte Urteil hat der Kläger am 25. November 1998 Berufung eingelegt. Zur Begründung hat er sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft und ergänzend noch vorgetragen, dass er sehr wohl weisungsabhängig gewesen sei. Bezüglich des Erholungsurlaubes habe er sich mit dem zweiten Geschäftsführer abstimmen müssen. In den Gesellschafterversammlungen, die ca. vierteljährlich abgehalten worden seien, seien u.a. die aktuellen Aufträge und deren Abarbeitung durch die beiden Geschäftsführer besprochen worden, wobei es auch Einzelanweisungen hinsichtlich der Priorität und Art der Erledigung einzelner Aufträge gegeben habe. Mangels einer Sperrminorität habe er sich gegen diese bindende Verteilung der Arbeit nicht wehren können. Seine Mitgliedschaft für die Verbindlichkeiten der GmbH sei weniger Zeichen einer willentlichen Übernahme eines Unternehmerrisikos als vielmehr ein Zugeständnis zum Zwecke des Erhalts seines Arbeitsplatzes gewesen, weil eine GmbH heutzutage ohne Übernahme einer persönlichen Haftung durch die Gesellschafter bzw. die Geschäftsführer bei keiner Bank einen Kredit erhalte. Er habe sich nur für 100.000,- DM verbürgt, der früher angegebene Betrag von 300.000,- DM betreffe den Kreditrahmen. Die Beklagte verstoße gegen Treu und Glauben, wenn sie ihm nach jahrelanger Beitragsentrichtung nunmehr die gesetzlichen Leistungen verweigere und ihn auf die Möglichkeit der Beitragserstattung verweise. Die von ihm 1994 beantragte Befreiung von der Rentenversicherungspflicht sei von der BfA unter dem 16. Dezember 1994 mit Hinweis auf die Sozialversicherungspflichtigkeit seiner Tätigkeit abgelehnt worden. Am 11. November 1998 habe die BfA eine Betriebsprüfung nach [§ 28 p Abs. 1 SGB IV](#) durchgeführt, die für den Zeitraum vom 1. Dezember 1993 bis 31. Dezember 1997 zu keinen Beanstandungen geführt habe.

Das Sozialgericht sei schließlich zu Unrecht von seiner mangelnden Verfügbarkeit ab dem 12. April 1998 ausgegangen. Zum einen sei er vom

---

Arbeitsamt nach August 1997 zu keiner weiteren persönlichen Meldung aufgefordert worden, zum anderen habe er sich mit Schreiben vom 24. September 1998 rückwirkend ab dem 11. April 1998 bei der Beklagten wieder als verfügbar gemeldet. Jedenfalls ab dem Zeitpunkt dieser Erklärung stehe ihm Alg zu.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 23. September 1998 sowie den Bescheid der Beklagten vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm Alg für die Zeit vom 26. Juni 1997 bis 25. Januar 1998 sowie ab dem 12. April 1998, hilfsweise ab 24. September 1998, zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die von den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.

Die den Kläger betreffende Leistungsakte der Beklagten zur Stamm-Nr. 100 100 und die Akten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens S 50 Ar-E 1/98 100 haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige, weil nicht durch Tatbestände des [Â§ 144 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz SGG ausgeschlossen Berufung ist nicht begründet.

Der angefochtene Bescheid vom 3. März 1998 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 10. Juni 1998 ist rechtmäßig, wie das Sozialgericht zutreffend entschieden hat, denn der Kläger kann von der Beklagten die Gewährung von Alg nicht beanspruchen.

Gemäß [Â§ 100 Abs. 1 AFG](#) hat Anspruch auf Alg, wer u.a. die Anwartschaftszeit des [Â§ 100 AFG](#) erfüllt, d.h. in der dreijährigen Rahmenfrist vor dem Eintritt der übrigen Anspruchsvoraussetzungen 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat. Beitragspflichtig sind nach [Â§ 168 Abs. 1 AFG](#) Arbeitnehmer, also als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt Beschäftigte; zum Begriff der Beschäftigung verweist [Â§ 173 a AFG](#) auf die insoweit grundlegende Vorschrift des [Â§ 7 Sozialgesetzbuch SGB IV](#).

Nach [Â§ 104 Abs. 2 AFG](#) geht die Rahmenfrist dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen des [Â§ 100 AFG](#) für den Anspruch auf Alg erfüllt sind. Die Rahmenfrist umfasst hier den

---

Zeitraum vom 26. Juni 1994 bis zum 25. Juni 1997. In diesem gesamten Zeitraum  
â□□ bis auf die letzten Wochen seit dem 12. Mai 1997 â□□ war der KlÃ¤ger  
Gesellschafter-GeschÃ¤ftsfrÃ¼hrer der Tausend-Delsa, Dr. Bohm & Partner  
Gesellschaft fÃ¼r Beratung und Projektmanagement mbH. Dass er wÃ¤hrend dieser  
TÃ¤tigkeit fÃ¼r die GmbH BeitrÃ¤ge u.a. zur Arbeitslosenversicherung an die  
Einzugsstelle entrichtet hat, ist fÃ¼r seinen Anspruch auf Alg unerheblich. Nach den  
[Ã§ 100, 104 AFG](#) hÃ¤ngt der Anspruch auf Alg allein von einer beitragspflichtigen  
BeschÃ¤ftigung wÃ¤hrend der Anwartschaftszeit ab, nicht dagegen von der  
Entrichtung von BeitrÃ¤gen, die die Einzugsstelle vom abfÃ¼hrenden Arbeitgeber  
regelmÃ¤Ãig ungeprÃ¼ft entgegennimmt (vgl. Urteile des BSG vom 29. Oktober  
1986 â□□ [7 RAr 43/85](#) â□□ und vom 18. April 1991 â□□ [7 RAr 32/90](#) -). Zu Unrecht  
entrichtete BeitrÃ¤ge sind nach MaÃgabe des [Ã§ 185 a AFG](#) dem KlÃ¤ger auf  
Antrag zu erstatten, worauf ihn die Beklagte im angefochtenen Bescheid vom 3.  
MÃ¤rz 1998 zutreffend hingewiesen hat.

Ersetzt die Beitragsentrichtung eine fehlende beitragspflichtige abhÃ¤ngige  
BeschÃ¤ftigung nicht, kann auch ein Vertrauen des Betroffenen, aufgrund der  
Beitragsentrichtung bzw. der widerspruchslosen Entgegennahme der BeitrÃ¤ge  
durch die Einzugsstelle fÃ¼r den Fall der Arbeitslosigkeit versichert zu sein, nicht  
geschÃ¤tzt sein. Es ist daher unerheblich, ob der KlÃ¤ger darauf vertraut hat,  
aufgrund der von ihm und der GmbH entrichteten BeitrÃ¤ge zur  
Arbeitslosenversicherung im Falle der Arbeitslosigkeit Anspruch auf Alg zu haben  
(BSG a.a.O.). Etwas anderes ergibt sich hier auch nicht aus den vom KlÃ¤ger  
vorgelegten Schreiben der BfA. Diese hat, worauf das Sozialgericht bereits  
zutreffend hingewiesen hat, keineswegs verbindlich die Sozialversicherungspflicht  
des KlÃ¤gers festgestellt. Vielmehr hat sie ihm mit Schreiben vom 16. Dezember  
1994 lediglich mitgeteilt, dass eine Befreiung von der Rentenversicherungspflicht  
fÃ¼r seine BeschÃ¤ftigung als GeschÃ¤ftsfrÃ¼hrer gesetzlich nicht vorgesehen und  
daher nicht mÃ¶glich sei. Ferner hat sie ausdrÃ¼cklich darauf hingewiesen, dass  
gemÃ¤Ã [Ã§ 28 h SGB IV](#) die zustÃ¤ndige Einzugsstelle (Krankenkasse) darÃ¼ber  
zu entscheiden habe, ob er der Rentenversicherungspflicht unterliege. Eine solche  
Entscheidung hat der KlÃ¤ger aber nach Aktenlage offenbar nicht herbeigefÃ¼hrt.  
Aus der PrÃ¼fmitteilung der BfA vom 11. November 1998, derzufolge die  
durchgefÃ¼hrte PrÃ¼fung fÃ¼r den Zeitraum vom 1. Dezember 1993 bis zum 31.  
Dezember 1997 â□□keine Feststellungen ergebenâ□□ habe, kann der KlÃ¤ger schon  
deshalb keinen Vertrauensschutz im Hinblick auf seine geltend gemachte  
Versicherungspflicht herleiten, weil die BetriebsprÃ¼fung erst 1 1/2 Jahre nach  
seinem Ausscheiden als GeschÃ¤ftsfrÃ¼hrer vorgenommen worden ist.

BeschÃ¤ftigter bzw. Arbeitnehmer ist nach [Ã§ 7 Abs. 1 SGB IV](#), wer unselbstÃ¤ndige  
Arbeit leistet, d.h. von einem Arbeitgeber persÃ¶nlich abhÃ¤ngig ist. PersÃ¶nliche  
AbhÃ¤ngigkeit setzt die Eingliederung in den Betrieb und eine Unterordnung unter  
das Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, insbesondere in Bezug auf Zeit, Dauer,  
Art und Ort der TÃ¤tigkeit. Die Weisungsgebundenheit kann bei Diensten hÃ¶herer  
Art erheblich eingeschrÃ¤nkt sein, darf aber nicht vollstÃ¤ndig entfallen; es muss  
eine fremdbestimmte Dienstleistung erfolgen, diese also zumindest in einer von  
anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein  
Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine TÃ¤tigkeit also



---

wesentlich frei gestalten, insbesondere  $\frac{1}{4}$ ber die eigene Arbeitskraft,  $\frac{1}{4}$ ber Arbeitsort und Arbeitszeit frei verf $\frac{1}{4}$ gen, oder f $\frac{1}{4}$ gt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abh $\frac{1}{4}$ ngige, sondern eine selbst $\frac{1}{4}$ ndige T $\frac{1}{4}$ tigkeit vor, die zus $\frac{1}{4}$ tzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (st $\frac{1}{4}$ ndige Rechtsprechung des BSG, vgl. z.B. Urteil vom 8. August 1990  $\hat{=}$  [11 RAr 77/89](#)  $\hat{=}$  [SozR 3-2400 Â§ 7 Nr. 4](#) sowie Urteil vom 6. Februar 1992  $\hat{=}$  [7 RAr 134/90](#)  $\hat{=}$  [SozR 3-4100 Â§ 104 Nr. 8](#) jeweils m.w.N.).

Nach diesen Grunds $\frac{1}{4}$ tzen ist auch zu beurteilen, ob ein Gesellschafter-Gesch $\frac{1}{4}$ ftsfr $\frac{1}{4}$ hrer Arbeitnehmer ist, also ob er sich in der Position pers $\frac{1}{4}$ nlicher Abh $\frac{1}{4}$ ngigkeit von der Gesellschaft befindet. F $\frac{1}{4}$ r GmbH-Gesellschafter, die  $\frac{1}{4}$ ber mindestens die H $\frac{1}{4}$ lfte des Stammkapitals der Gesellschaft verf $\frac{1}{4}$ gen und damit einen ma $\frac{1}{4}$ gebenden Einfluss auf deren Entscheidung besitzen, hat die Rechtsprechung grunds $\frac{1}{4}$ tzlich ein abh $\frac{1}{4}$ ngiges Besch $\frac{1}{4}$ ftungsverh $\frac{1}{4}$ ltnis verneint. Reicht die Kapitalbeteiligung des Gesch $\frac{1}{4}$ ftsfr $\frac{1}{4}$ hrers an der GmbH f $\frac{1}{4}$ r deren Beherrschung nicht aus, kann die Arbeitnehmereigenschaft gleichwohl fehlen, wenn er nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages (dennoch) mit seinem Anteil alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern kann, etwa bei einer vorgesehenen Sperrminorit $\frac{1}{4}$ t.

Dar $\frac{1}{4}$ ber hinaus ist in F $\frac{1}{4}$ llen wie dem vorliegenden, in denen die Beteiligung unter 50 % liegt, die einfache Mehrheit der Stimmen zur Beschlussfassung der Gesellschaft grunds $\frac{1}{4}$ tzlich gen $\frac{1}{4}$ gt und dem Gesch $\frac{1}{4}$ ftsfr $\frac{1}{4}$ hrer auch sonst keine rechtlichen M $\frac{1}{4}$ glichkeiten zur Verf $\frac{1}{4}$ gung stehen, Weisungen zu verhindern, eine versicherungspflichtige Besch $\frac{1}{4}$ ftung des Gesch $\frac{1}{4}$ ftsfr $\frac{1}{4}$ hrers dann zu verneinen, wenn er nach der Gestaltung seiner vertraglichen Beziehung zur GmbH bzw. nach der tats $\frac{1}{4}$ chlichen Durchf $\frac{1}{4}$ hrung des Vertrages hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Art der T $\frac{1}{4}$ tigkeit im Wesentlichen weisungsfrei ist. Die gesellschaftsrechtliche Abh $\frac{1}{4}$ ngigkeit kann n $\frac{1}{4}$ mlich auch durch den tats $\frac{1}{4}$ chlich einger $\frac{1}{4}$ umten Einfluss aufgehoben werden.

Pr $\frac{1}{4}$ fungsm $\frac{1}{4}$ stab sind dabei zun $\frac{1}{4}$ chst die im Anstellungs- bzw. Gesellschaftsvertrag zur Rechtstellung des Gesellschafter-Gesch $\frac{1}{4}$ ftsfr $\frac{1}{4}$ hrers getroffenen Regelungen. Weichen die tats $\frac{1}{4}$ chlichen Verh $\frac{1}{4}$ ltnisse hiervon entscheidend ab, ist auf die tats $\frac{1}{4}$ chlichen Umst $\frac{1}{4}$ nde des Einzelfalles abzustellen, so auch dann, wenn der Vertrag keine oder nur unzureichende Bestimmungen  $\frac{1}{4}$ ber die Gestaltung des Gesellschafts- und Anstellungsverh $\frac{1}{4}$ ltnisses trifft. Es kommt mithin auf die Umst $\frac{1}{4}$ nde des Einzelfalles an. In Zweifelsf $\frac{1}{4}$ llen ist entscheidend, welche Merkmale  $\frac{1}{4}$ berwiegen (vgl. zu alledem BSG a.a.O. m.w.N.).

Nach den hier bekannten Umst $\frac{1}{4}$ nden sind die Beklagte und das Sozialgericht zu Recht davon ausgegangen, dass der Kl $\frac{1}{4}$ ger als Selbst $\frac{1}{4}$ ndiger zu behandeln ist. F $\frac{1}{4}$ r die Annahme eines abh $\frac{1}{4}$ ngigen Besch $\frac{1}{4}$ ftungsverh $\frac{1}{4}$ ltnisses gen $\frac{1}{4}$ gt n $\frac{1}{4}$ mlich nicht, dass der zu Dienstleistungen Verpflichtete  $\frac{1}{4}$ berhaupt an Anweisungen irgendwelcher Art gebunden ist; denn auch wer sich als Selbst $\frac{1}{4}$ ndiger zur entgeltlichen Gesch $\frac{1}{4}$ ftsbesorgung verpflichtet, muss grunds $\frac{1}{4}$ tzlich Weisungen des Dienstberechtigten beachten. Es kommt deshalb darauf an, welcher Art die Weisungsgebundenheit ist. Nach Â§ 5 Abs. 5 des

---

Gesellschaftsvertrages waren die Geschäftsführer zwar verpflichtet, die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu beachten. In Abs. 3 S. 2 waren darüber hinaus bestimmte Geschäfte aufgeführt, die der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedurften. Es handelt sich dabei um Rechtshandlungen von besonderer Bedeutung wie z.B. den Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken und Grundstücksrechten, die Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen, die Aufnahme eines neuen Geschäftszweiges, die Anstellung und Entlassung von Mitarbeitern mit Jahresbegehren über 52.000,- DM, die Übernahme von Bauschuldverbindlichkeiten sowie sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die außerhalb des normalen Geschäftsbetriebes liegen. Diese Beschränkungen grenzten indes nur die Sachentscheidungsbefugnis des Klägers ein, der ansonsten nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Weisungen unterlag, soweit es sich um die Gestaltung und Ausführung seiner Geschäftsführung im normalen Geschäftsverkehr handelte (vgl. § 5 Abs. 3 S. 1). Derartige Beschränkungen der Sachentscheidungsbefugnis hat das BSG nicht als ausreichend angesehen, um eine abhängige Beschäftigung zu begründen (vgl. Urteil vom 29. Oktober 1986 [7 RAr 43/85](#) -).

Regelungen, aus denen auf eine Weisungsabhängigkeit des Klägers im hier relevanten Sinne geschlossen werden könnte, enthält auch der Geschäftsführervertrag nicht.

An eine bestimmte Arbeitszeit war er ausdrücklich nicht gebunden, wengleich erwartet wurde, dass er während der betriebsüblichen Arbeitszeit zur Verfügung stand. Auch war ein konkreter Aufgabenbereich vertraglich nicht festgelegt. Soweit in § 1 betreffend Stellung/ Aufgabengebiet geregelt war, dass der Geschäftsführer die verantwortliche Leitung des Geschäftsbetriebes gemäß einer internen Absprache ausübt, war damit ersichtlich keine Weisungsabhängigkeit im Einzelfall hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Beschäftigung gemeint, die der Kläger in dem Fragebogen zur Feststellung seiner Versicherungspflicht auch verneint hat, sondern eine Vereinbarung der Zuständigkeiten unter Gleichrangigen nach Bedarf mit dem anderen ebenfalls alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführer Dr. Bohm. Dass der Kläger mit diesem auch seinen Erholungsurlaub abstimmen musste, lässt ebenfalls nicht auf seine Weisungsabhängigkeit schließen, sondern ist Ausfluss der von ihm vertraglich geschuldeten Berücksichtigung der Belange der GmbH im Rahmen der ihm im übrigen ausdrücklich eingeräumten Dispositionsfreiheit über seine Urlaubszeit. Diese Rücksichtnahme auf die Belange des Unternehmens kennzeichnet nicht typischerweise den Status als Arbeitnehmer, sondern ist auch und gerade für einen Selbständigen ein sich aus der Natur der Sache ergebendes Gebot wirtschaftlicher Vernunft.

Die Bezüge des Klägers waren nicht, wie bei Arbeitnehmern üblich, als Monatsgehalt vereinbart, sondern als festes Jahresgehalt, zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen. Die ihm vertraglich zustehenden Gehaltsfortzahlungsansprüche gingen deutlich über die für abhängig Beschäftigte übliche Regelungen hinaus, da das Gehalt nicht nur bei Krankheit,



---

sondern auch bei sonstiger unverschuldeter Verhinderung 6 Wochen lang fortzuzahlen war und bei Arbeitnehmern regelmäßig auch keine Aufstockung des Krankengeldes bis zur Höhe des zuletzt bezogenen Nettogehaltes erfolgt (vgl. [Â§ 3, 4](#) des Entgeltfortzahlungsgesetzes vom 26. Mai 1994, [BGBl. I S. 1014, 1065](#)).

Wesentlich für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer ist insbesondere, dass sie von der Übernahme eines erheblichen Unternehmerrisikos geprägt war. Der Kläger warb sozusagen mit seinem „guten Namen“ für das Unternehmen, denn sein bürgerlicher Familienname war Bestandteil der Firma. Mit dem Namen eines bloßen Angestellten pflegt ein Unternehmen nicht in seiner Firma zu werben. Am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens hatte der Kläger ein wesentliches Interesse, da ihm zu seinem Festgehalt eine gewinnabhängige Tantieme zustand. Auf der anderen Seite haftete er für die Verbindlichkeiten der GmbH über seine Einlage hinaus mit seinem Privatvermögen durch Mitübernahme einer Bürgschaft in Höhe von jedenfalls 100.000,- DM, wozu sich ein lediglich abhängig beschäftigter Geschäftsführer kaum bereit finden dürfte. Entgegen der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung ist es rechtlich völlig irrelevant, ob diese Bürgschaftsverbindlichkeit noch im Bemessungszeitraum bestand (zu diesem für die Höhe des Alg maßgebenden Begriff vgl. [Â§ 112 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 AFG](#)). Auch die Schiedsklausel, durch die Streitigkeiten zwischen dem Kläger und der GmbH in Zusammenhang mit seinem Geschäftsführervertrag im Wesentlichen der ordentlichen Gerichtsbarkeit entzogen waren, spricht dafür, dass der Kläger als Geschäftsführer nicht in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zur GmbH bzw. ihren Gesellschaftern stand.

War der Kläger mithin im hier maßgebenden Zeitraum vom 1. Januar 1994 bis zum 12. Mai 1997 als Geschäftsführer der GmbH nicht als beitragspflichtiger Arbeitnehmer beschäftigt, sondern als Selbständiger anzusehen, erfolgte er bei seiner Arbeitslosmeldung am 26. Juni 1997 nicht die Anwartschaftszeit für die Gewährung von Alg (oder auch nur für Alh) gemäß [Â§ 134 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 b AFG](#)), so dass seine Berufung zurückzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf [Â§ 193 SGG](#) und folgt dem Ergebnis in der Hauptsache.

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

Erstellt am: 11.08.2003

Zuletzt verändert am: 22.12.2024