

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11/7 RAr 71/87

.....

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

Allgemeine Ortskrankenkasse Vorderpfalz,
Ludwigshafen, Kurfürstenstraße 11.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat am 27. Juli 1989 in Berlin ohne mündliche Verhandlung durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n , den Richter Dr. G a g e l und die Richterin Dr. W e t z e l sowie die ehrenamtlichen Richter H o h m a n n und G e h r k e n für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 10. April 1987 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

I

Streitig ist, ob die Beklagte dem Kläger Arbeitslosengeld (Alg) zu gewähren hat.

Der Kläger gründete am 27. August 1981 zusammen mit seiner Ehefrau und einem weiteren jugoslawischen Ehepaar die Firma MRZ Rohrleitungsbau GmbH mit Sitz in L. . Gleichzeitig wurde er zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer bestellt und von der Beschränkung des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Nach § 9 der Anlage zum Gesellschaftsvertrag waren die Gesellschafter im Verhältnis ihrer Stammeinlagen am Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt. Auf je 100,-- DM eines Geschäftsanteils entfiel eine Stimme (§ 11 der Anlage). Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung waren mit einfacher Stimmenmehrheit zu fassen, soweit sie nicht eine Änderung des Gesellschaftsvertrages betrafen. Nach § 12 der Anlage war die Gesellschafterversammlung ua für die Bestellung, Entlastung und Abberufung von Geschäftsführern zuständig.

Am 23. September 1981 schloß der Kläger mit der Firma MRZ einen Arbeitsvertrag, wonach er als kaufmännischer Angestellter bei einem monatlichen Bruttoeinkommen von 8.200,-- DM, 30 Tagen Urlaub und einer durchschnittlichen regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 40 Stunden beschäftigt wurde.

Am 16. März 1983 übertrug der Kläger, dessen Kapitalanteil sich zu diesem Zeitpunkt auf 51 % des Gesellschaftskapitals belaufen hatte, einen Gesellschaftsanteil im Betrag von 2.000,-- DM auf seine Ehefrau. Damit hielt er nur 47 % des Gesellschaftskapitals, zusammen mit der Ehefrau jedoch mehr als 50 %.

Nachdem über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet worden war, meldete sich der Kläger am 21. Dezember 1984 arbeitslos und beantragte Alg. Hinsichtlich seiner Arbeitnehmereigenschaft verwies er auf den Bescheid der Beigeladenen vom 2. Mai 1983, mit dem seine Versicherungspflicht zur Renten- und Arbeitslosenversicherung festgestellt worden war. Auf Anfrage der Beklagten übersandte die Beigeladene die Kopie ihres an die Bevollmächtigten des Klägers gerichteten Schreibens vom 6. Februar 1985. Darin wurde ausgeführt, im Rahmen einer Abschlußbeitragsprüfung der Firma MRZ GmbH sei auch das Beschäftigungsverhältnis des Klägers überprüft und festgestellt worden, daß bei ihm ein abhängiges, die Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis nicht vorliege. Der rechtskräftige Bescheid vom 2. Mai 1983 könne jedoch in diesem Fall nicht zurückgenommen werden.



Die Beklagte lehnte den Antrag auf Gewährung von Alg ab, weil der Kläger als geschäftsführender Gesellschafter kein Arbeitnehmer gewesen sei und damit die für den Alg-Anspruch erforderliche Anwartschaftszeit nicht erfüllt habe (Bescheid vom 5. März 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Mai 1985).

Die hiergegen erhobene Klage blieb vor dem Sozialgericht (SG) ohne Erfolg (Urteil vom 15. Juli 1986). Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Urteil vom 10. April 1987 die Berufung des Klägers zurückgewiesen und ausgeführt, dem Kläger stehe ein Anspruch auf Alg nicht zu, weil er innerhalb der maßgebenden Rahmenfrist als Geschäftsführer nicht in einer die Beitragspflicht begründenden abhängigen Beschäftigung gestanden habe. Auf den Bescheid der Beigeladenen vom 2. Mai 1983 könne er sich nicht berufen. Ohne das Bestehen einer gesetzlichen Beitragspflicht begründe die Beitragsleistung kein Versicherungsverhältnis und damit auch keinen Leistungsanspruch. Der Einzug von Beiträgen durch die Einzugsstelle führe nicht zu einer Bindungswirkung gegenüber der Beklagten.

Mit der Revision rügt der Kläger, das LSG habe die Wirkung von Verwaltungsakten, die die Einzugsstelle iS des § 182 Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) erlassen habe, verkannt. Der gemäß § 182 AFG ergangene Bescheid entfalte als begünstigender Verwaltungsakt der zuständigen Einzugsstelle auch Bindungswirkung für die Beklagte.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz vom 10. April 1987, das Urteil des Sozialgerichts Speyer vom 15. Juli 1986 sowie den Bescheid der Beklagten vom 5. März 1985 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Mai 1985 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm Arbeitslosengeld für die Zeit vom 21. Dezember 1984 bis 31. August 1985 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie macht geltend, der Bescheid der Beigeladenen vom 2. Mai 1983 sei ihr nicht zugestellt worden, so daß eine Bindung nicht habe eintreten können. Das Schreiben vom 6. Februar 1985 habe lediglich Mitteilungsscharakter.

Die Beigeladene schließt sich dem Antrag der Revision an, weil die Beklagte an den bestandskräftigen Bescheid vom 6. Februar 1985 gebunden sei.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Urteil einverstanden erklärt (§ 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz -SGG-).



II

Die Revision hat keinen Erfolg. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Alg. Denn er erfüllt nicht die hierfür gemäß § 100 Abs 1 AFG erforderliche Anwartschaftszeit.

Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat (§ 104 Abs 1 Satz 1 AFG). Die Rahmenfrist beträgt drei Jahre (§ 104 Abs 3 AFG) und geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind (§ 104 Abs 2 AFG). Die Anwartschaftszeit für den ab 21. Dezember 1984 geltend gemachten Anspruch auf Alg hätte der Kläger daher nur erfüllt, wenn er in der Zeit vom 21. Dezember 1981 bis 20. Dezember 1984 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hätte.

Wie das LSG zutreffend ausgeführt hat, war die in dieser Rahmenfrist vom Kläger ausgeübte Tätigkeit bei der Firma MRZ GmbH nicht beitragspflichtig iS von § 168 AFG.

Nach § 168 Abs 1 Satz 1 AFG sind beitragspflichtig Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zur Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer). Diese Legaldefinition wird ergänzt ua durch § 173a AFG, der für die Beitragspflicht auch der Arbeitnehmer auf die Vorschriften des Sozialgesetzbuches (SGB 4) über die Beschäftigung (§ 7) verweist und die entsprechende Anwendung anordnet. Nach der genannten Vorschrift fällt unter den Begriff "Beschäftigung" die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Versicherungspflichtiger Arbeitnehmer ist danach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Dies bedeutet Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers, insbesondere in bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung. Auch wenn das Weisungsrecht - vor allem bei Diensten höherer Art - erheblich eingeschränkt sein kann, darf es nicht vollständig entfallen. Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen (BSGE 13, 196, 201 und 38, 53, 57; BSG SozR 2200 § 1227 Nrn 4, 8 und 19). In Zweifelsfällen kommt es darauf an, welche Merkmale überwiegen. Dies richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung im Vordergrund steht, die allerdings zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen.

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch die Frage, ob die Tätigkeit des Geschäftsführers einer GmbH, dessen Organstellung allein eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft bzw den Gesellschaftern nicht ausschließt (BSGE 13, 196, 200 = SozR Nr 5 zu § 1



Angestellten-Versicherungsgesetz -AVG- aF), eine abhängige und deshalb beitragspflichtige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit ist. Ist der Geschäftsführer, wie hier, am Kapital der Gesellschaft beteiligt, ist der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Denn wer kraft seiner Gesellschafterrechte die für das Arbeitnehmerverhältnis typische Abhängigkeit von einem Arbeitgeber vermeiden kann, kann nicht Arbeitnehmer der Gesellschaft sein. Für GmbH-Gesellschafter, die über mindestens die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügen und damit einen maßgebenden Einfluß auf deren Entscheidungen besitzen, hat die Rechtsprechung grundsätzlich ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH verneint (BSG-Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 14/86 - = BB 1989, 73 mwN). Aber auch wenn der Geschäftsführer-Gesellschafter einen geringeren Kapitalanteil innehat, kann die Arbeitnehmereigenschaft im Einzelfall fehlen, sei es, daß er in der Lage ist, aufgrund seines Kapitalanteils nicht genehme Entscheidungen der Gesellschaft zu verhindern, insbesondere wenn eine Sperrminorität besteht (BSG SozR Nr 68 zu § 165 Reichsversicherungsordnung -RVO-), sei es, daß sein tatsächlicher Einfluß auf die Gesellschaft wesentlich größer ist als der ihm aufgrund seines Gesellschaftsanteils an sich zustehende Einfluß (vgl BSG SozR 2400 § 2 Nr 25 mwN; BSG in USK 82160 und 82166 sowie SozR 2100 § 7 Nr 7).

Nach den mit der Revision nicht angegriffenen tatsächlichen Feststellungen des LSG hat der Kläger die Gesellschaft beherrscht. Er konnte seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten. Er hatte zusammen mit seiner Ehefrau mehr als 50 % der Geschäftsanteile und konnte deshalb zusammen mit ihr alle wesentlichen Entscheidungen der Gesellschaft beeinflussen. Denn die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung wurden mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt. Daß sein Kapitalanteil nur 47 % betrug, spielt hier keine entscheidende Rolle. Wie das LSG festgestellt hat, haben die Ehefrauen der beiden "Hauptgesellschafter" in keiner Weise in die Betriebsführung eingegriffen und tatsächlich konkretisierbare Arbeitgeberfunktionen ausgeübt. Vielmehr ist der Kläger als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer wie ein Unternehmer und damit als Selbständiger aufgetreten. Seine Tätigkeit bei der Firma MRZ GmbH kann deshalb nicht als die eines Arbeitnehmers gewertet werden.

Dementsprechend hat auch der 10. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) bereits im Urteil vom 7. September 1988 - 10 RAr 10/87 - = SozR 4100 § 141b Nr 41) entschieden, daß die Tätigkeit des Klägers bei der Firma MRZ GmbH keine abhängige und deshalb beitragspflichtige Beschäftigung iS des § 168 AFG war und ihm daher kein Anspruch auf Konkursausfallgeld (Kaug) zusteht.

Daß für den Kläger Beiträge zur Beklagten an die Einzugsstelle entrichtet worden sind, ist, wie das LSG zutreffend entschieden hat, für den Anspruch auf Alg unerheblich. Nach den §§ 100, 104 AFG hängt der Anspruch auf Alg allein von einer beitragspflichtigen Beschäf-



tigung während der Anwartschaftszeit ab, nicht dagegen von der Entrichtung von Beiträgen. Eine Formalversicherung, wie sie in der gesetzlichen Krankenversicherung für den Fall vorgesehen war, daß die Krankenkasse für eine Person nach vorschriftsmäßiger und nicht vorsätzlich unrichtiger Anmeldung drei Monate ununterbrochen und unbeanstandet Beiträge entgegengenommen hat, obwohl die Person weder versicherungspflichtig noch versicherungsberechtigt gewesen ist (§§ 213, 315 RVO in der bis zum 31. Dezember 1988 geltenden Fassung), kennt das AFG nicht (BSG-Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 14/86 - = BB 1989, 73; BSG-Urteil vom 11. Januar 1989 - 7 RAr 8/87 - nicht veröffentlicht). Das BSG hat daher zum AFG (wie schon früher zum AVAVG) in Übereinstimmung mit dem Schrifttum stets die Ansicht vertreten, wenn es an der anwartschaftsbe gründenden beitrags- bzw versicherungspflichtigen Beschäftigung mangle, begründe weder die fehlerhafte Entrichtung von Beiträgen noch die widerspruchslose Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle den Anspruch auf die Versicherungsleistungen aus der Arbeitslosenversicherung (BSG-Urteil vom 8. Dezember 1987 - aaO -). Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung und der Regelungsgeschichte besteht kein Anlaß, hiervon abzugehen.

Ersetzt aber die Beitragsentrichtung die fehlende beitragspflichtige abhängige Beschäftigung nicht, kann auch ein Vertrauen des Betroffenen, aufgrund der Beitragsentrichtung bzw der widerspruchslosen Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert zu sein, nicht geschützt sein. Es ist daher unerheblich, ob der Kläger darauf vertraut hat, aufgrund der von ihm entrichteten Beiträge zur Arbeitslosenversicherung im Fall der Arbeitslosigkeit Anspruch auf Alg zu haben.

Zu Unrecht beruft sich die Revision darauf, daß die Beklagte Entscheidungen über die Beitragspflicht, zu deren Erlaß die Einzugsstellen seit Inkrafttreten des § 182 AFG ausdrücklich ermächtigt sind, im Leistungsverfahren zugrunde zu legen habe, auch wenn die Einzugsstelle die Beitragspflicht zu Unrecht bejaht habe. Nach der Rechtsprechung des BSG zu den Vorschriften des § 1399 Abs 3 RVO und § 121 Abs 3 AVG, denen § 182 Abs 1 AFG nachgebildet ist, kann der Rentenversicherungsträger allerdings leistungrechtlich an beitragsrechtliche Entscheidungen der Einzugsstelle gebunden sein. Dabei hat nicht schon der Umstand, daß die Einzugsstelle eine Funktion für den Versicherungsträger wahrnimmt, die Bindung des Rentenversicherungsträgers zur Folge; vielmehr tritt die Bindung ein, wenn der Rentenversicherungsträger die Entscheidung der Einzugsstelle über die Beitragspflicht nicht bzw nicht mit Erfolg anfecht (vgl BSGE 15, 118, 122 f = SozR Nr 2 zu § 1399 RVO; BSGE 25, 34, 35 = SozR Nr 52 zu § 77 Sozialgerichtsgesetz -SGG-; BSGE 39, 223, 225 = SozR 2200 § 172 Nr 2; vgl dazu jedoch Gagel, Komm zum AFG, Stand Februar 1989, § 182 RdNr 9 f). Die Frage, ob in gleicher Weise auch Entscheidungen der Einzugsstelle über die Beitragspflicht und Beitragshöhe die Bundesanstalt für Arbeit im Leistungsverfahren binden können (bejahend Gagel-Steinmeyer, aaO, § 104 RdNr 8) hat der 7. Senat des BSG bisher offengelassen (BSG SozR 4100 § 168 Nr 10;



Urteil vom 29. Oktober 1986 - 7 RAr 43/85 - = BB 1987, 406; Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 14/86 - = BB 1989, 73). Auch im vorliegenden Fall kann diese Frage dahingestellt bleiben, denn eine Bindung der Beklagten an die Entscheidung der Einzugsstelle gemäß § 77 SGG könnte nur eintreten, wenn die Einzugsstelle die Beitragspflicht des Klägers durch Verwaltungsakt festgestellt hätte und dieser der Beklagten eröffnet worden wäre (BSGE 25, 34, 35 = SozR Nr 52 zu § 77 SGG; BSGE 39, 223, 225 = SozR 2200 § 172 Nr 2; BSG-Urteil vom 8. Dezember 1987 - 7 RAr 14/86 - = BB 1989, 73). Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG hat jedoch die Beigeladene den Feststellungsbescheid vom 2. Mai 1983 der Beklagten nicht bekanntgegeben.

Nach § 39 Abs 1 Satz 1, § 37 Abs 1 Satz 1 SGB 10 wird ein Verwaltungsakt gegenüber demjenigen, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er ihm bekanntgegeben wird. Sofern mehrere durch den Verwaltungsakt berührt werden, wird er jedem gegenüber nur dann und erst zu dem Zeitpunkt wirksam, zu dem er ihm bekanntgegeben wird (BSG SozR 1200 § 54 Nr 13 mwN). Die Anfechtungsfristen laufen daher für jeden Beteiligten - Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Versicherungsträger - gesondert von der Bekanntgabe des Verwaltungsakts an (BSGE 25, 34, 35). Im vorliegenden Fall ist eine solche Bekanntgabe jedoch nicht erfolgt.

Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG ist der Feststellungsbescheid vom 2. Mai 1983 der Beklagten nicht zugestellt worden. Auch in dem Schreiben vom 6. Februar 1985 kann keine Bekanntgabe des Bescheides vom 2. Mai 1983 gesehen werden. Denn dieser Bescheid war zwar in dem Schreiben vom 6. Februar 1985 erwähnt, aber weder diesem Schreiben beigefügt noch inhaltlich wiedergegeben. Da die Bekanntgabe den Willen der Behörde zu einer Eröffnung des Verwaltungsakts mit dem Ziel der verantwortlichen Kenntnisnahme durch den Betroffenen voraussetzt, genügt es nicht, daß die Beklagte die Existenz eines Feststellungsbescheids erkennen konnte.

Entgegen der Ansicht des Klägers und der Beigeladenen handelt es sich bei dem - der Beklagten in Kopie übersandten - Schreiben vom 6. Februar 1985 auch nicht um einen feststellenden Verwaltungsakt. Denn ein Verwaltungsakt setzt nach § 31 SGB 10 begrifflich eine "Regelung" voraus. Dem Schreiben vom 6. Februar 1985 kann aber weder nach seiner Form noch nach seinem Inhalt eine Regelung der Versicherungspflicht des Klägers entnommen werden (vgl BSG in USK 6622, 68125). Ihm kommt lediglich Mitteilungscharakter zu. Die Beigeladene hat in diesem - an die Bevollmächtigten des Klägers gerichteten - Schreiben nur eine Auskunft erteilt und erläutert, daß nach ihrer Rechtsauffassung der rechtskräftige Bescheid vom 2. Mai 1983 nicht zurückgenommen werden könne. Mangels eines Regelungsinhalts kann hier dahingestellt bleiben, ob es der Beigeladenen grundsätzlich verwehrt ist, in einem laufenden Leistungsverfahren nach dem AFG Entscheidungen über das Bestehen bzw Nichtbestehen der Beitragspflicht mit bindender Wirkung gegenüber der Beklagten zu treffen.



Die somit vom Kläger zu Unrecht entrichteten Beiträge sind jedoch für ihn nicht verloren. Vielmehr trägt § 185a AFG einer fehlerhaften Beitragsentrichtung durch eine von Amts wegen vorzunehmende Beitragserstattung Rechnung.

Die vorinstanzlichen Entscheidungen waren demnach zutreffend, so daß die Revision des Klägers keinen Erfolg hat.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)