

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
13. März 1990

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 1/88

.....

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:

.....

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom
13. März 1990 durch den Vorsitzenden Richter Dr. V o l k m a n n ,
den Richter S c h n e i d e r - D a n w i t z und die Richterin Dr. W e t z e l sowie
die ehrenamtlichen Richter D e k a r s k i und H a s s
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom 27.
Oktober 1987 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 24. September
1985 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits sind nicht zu erstatten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Streitig ist der Anspruch der beklagten Bundesanstalt für Arbeit (BA) auf Erstattung des dem arbeitslosen G. gezahlten Arbeitslosengeldes (Alg) nach § 128a des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) durch die Klägerin.

Die BA bewilligte dem arbeitslosen G. Alg ab 2. Mai 1983. G. war zuvor für die klagende GmbH und Co KG tätig. Er war zu Beginn des Jahres 1982 alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer und zugleich einer der zwei Gesellschafter mit je einem Gesellschaftsanteil von 25.000,-- DM. Durch notariellen Vertrag vom 10. März 1982 traten unter Aufteilung der Gesellschaftsanteile der bisherigen Gesellschafter fünf weitere Gesellschafter ein. G. behielt einen Geschäftsanteil von 5.000,-- DM am Gesellschaftskapital von 50.000,-- DM. Er blieb Geschäftsführer. Es wurde jedoch ein weiterer Geschäftsführer bestellt.

Der Geschäftsführervertrag des G. enthielt ein Wettbewerbsverbot für die Dauer von zwei Jahren nach seinem Ausscheiden.

Im Protokoll über die außerordentliche Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 11. Januar 1983 heißt es, G. lege sein Amt als Geschäftsführer mit Wirkung vom 15. Dezember 1982 nieder; sein Arbeitsvertrag sei der neuen Situation anzupassen; er erhalte ab 1. Januar 1983 ein monatliches Bruttogehalt von 6.000,-- DM und eine Gewinnbeteiligung. Daß G. nicht mehr Geschäftsführer sei, wurde noch am Tage der Gesellschafterversammlung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

G. teilte der Klägerin am 19. Januar 1983 mit, er sei nicht bereit, den vorgelegten Anstellungsvertrag mit einer Vergütung von monatlich 6.000,-- DM zu akzeptieren. Eine im März 1983 von G. gegen die Klägerin erhobene Klage auf Feststellung, daß das Wettbewerbsverbot unwirksam bzw unverbindlich sei, wurde nach Verweisung vom Arbeitsgericht an das Landgericht mit der Begründung abgewiesen, das Wettbewerbsverbot, auf das § 74 des Handelsgesetzbuches (HGB) nicht anwendbar sei, weil G. als Geschäftsführer Organ gewesen sei, sei im Rahmen der Vertragsfreiheit wirksam.

Die von G. bei einer anderen Firma zum 1. Februar 1983 aufgenommene Beschäftigung wurde während der Probezeit zum 31. März 1983 gekündigt. Am 2. Mai 1983 meldete er sich arbeitslos und beantragte Alg.

Die beklagte BA fordert von der Klägerin Erstattung des für den Zeitraum vom 2. Mai bis zum 30. August 1983 gezahlten Alg in Höhe von 7.363,20 DM sowie der darauf entrichte-



ten Beiträge zur Krankenversicherung in Höhe von 1.713,87 DM und zur Rentenversicherung in Höhe von 1.325,37 DM, zusammen 10.402,44 DM (Bescheid vom 29. Dezember 1983; Widerspruchsbescheid vom 5. Juli 1984).

Die hiergegen erhobene Klage hatte keinen Erfolg (Urteil des Sozialgerichts -SG- vom 24. September 1985). Auf die Berufung der Klägerin wurden die Bescheide der Beklagten aufgehoben (Urteil des Landessozialgerichts -LSG- vom 27. Oktober 1987).

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Beklagte Verletzung des § 128a AFG. Das LSG habe den Erstattungsbescheid als rechtswidrig aufgehoben, weil der Arbeitslose nach seiner Beschäftigung bei der Klägerin noch bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt gewesen sei. Bisheriger Arbeitgeber iS des § 128a AFG sei jedoch entgegen der Auffassung des LSG nicht nur der letzte, sondern jeder frühere Arbeitgeber.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

II

Auf die Revision der Beklagten ist das die Klage abweisende Urteil des SG wieder herzustellen.

§ 128a AFG ist nach der Übergangsvorschrift in Art 1 § 2 Nr 16 des Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetzes (AFKG) vom 22. Dezember 1981 (BGBl I 1497) auf nach dem 31. Dezember 1981 vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden. Nach dem Gesamtzusammenhang des angefochtenen Urteils ist die Wettbewerbsabrede jedenfalls erst nach der Änderung des Gesellschaftsvertrages vom 10. März 1982 vereinbart worden.

Der Anwendung des § 128a AFG steht nicht entgegen, daß G. nicht Arbeitnehmer iS des Arbeitsrechts, sondern Organ der Klägerin war. Die im Gesetzeswortlaut des § 128a AFG verwendeten Begriffe Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind nicht im arbeitsrechtlichen Sinne, sondern im sozialversicherungsrechtlichen Sinne zu verstehen. Zu ihrer Auslegung ist auf die Ausgestaltung der Begriffe Arbeitsentgelt, Beschäftigter, Beschäftigungsverhältnis und Arbeitgeber in den Vorschriften des Sozialgesetzbuches, Viertes Buch (SGB IV) zurückzugreifen, obgleich diese nach § 173a AFG iVm § 1 Abs 2 SGB IV nur für die Bei-



tragspflicht entsprechend gelten, wie zum "Arbeitsentgelt" iS des § 112 AFG bereits entschieden ist (BSGE 63, 149, 151; SozR 4100 § 112 Nr 40 auf S 191).

Die Klägerin war Arbeitgeber des G., da dieser zu ihr in einem Beschäftigungsverhältnis stand. Beschäftigung ist die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs 1 SGB IV). Danach ist eine Beschäftigung stets anzunehmen, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht (BR-Drucks 300/75 S 31). Andererseits kann eine abhängige Beschäftigung auch dann vorliegen, wenn ein Arbeitsverhältnis zu verneinen ist, etwa weil der Beschäftigte als Organ des Arbeitgebers Arbeitgeberfunktion ausübt. Insoweit entspricht es ständiger Rechtsprechung, daß die Organstellung eines GmbH-Geschäftsführers eine abhängige Beschäftigung nicht ausschließt, sofern der Geschäftsführer nicht aufgrund seiner Beteiligung an der Gesellschaft auf diese beherrschenden Einfluß ausüben kann, und auch nicht faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führt (vgl hierzu Urteil des Senats vom 30. Januar 1990 - 11 RAr 47/88 - zur Veröffentlichung vorgesehen mwN).

Hiernach war G. bei der Klägerin als Geschäftsführer von März 1982 bis Januar 1983 abhängig beschäftigt. Bei einer Kapitalbeteiligung von 10 vH hatte er weder die Stimmenmehrheit noch eine Sperrminorität, die nach dem Gesellschaftsvertrag ein Drittel der Stimmen betrug. Soweit im Berufungsurteil auf S 12 der Geschäftsanteil mit "5 %" angegeben ist, handelt es sich um einen Rechenfehler, der den Senat nicht bindet, sondern als offenbare Unrichtigkeit in der Entscheidung über das Rechtsmittel berichtigt werden kann (BSGE 46, 34, 40).

Auch die mit der Organstellung verbundene Nichtanwendbarkeit der §§ 74 ff HGB auf die Wettbewerbsabrede schließt einen Anspruch aus § 128a AFG nicht aus. Die Formulierung "durch eine Vereinbarung mit dem bisherigen Arbeitgeber in seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beschränkt" enthält schon nach ihrem Wortlaut keine Einschränkung auf Wettbewerbsverbote in einem Arbeitsvertrag, auf die die Schutzvorschriften der §§ 74 ff HGB unmittelbar oder nach der Rechtsprechung entsprechend anzuwenden sind. Nach den Feststellungen des LSG war dem G. nicht nur eine versicherungsfreie Tätigkeit als Organ eines Konkurrenzunternehmens verboten, sondern auch die versicherungspflichtige Tätigkeit als Organ oder als sonstiger Beschäftigter. Er war damit auch in seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beschränkt.

Bisheriger Arbeitgeber ist nicht nur der letzte Arbeitgeber vor dem zu erstattenden Leistungsbezug, sondern jeder frühere Arbeitgeber, der eine für die Bezugszeit geltende Wettbewerbsabrede getroffen hat (Wittrock in Knigge/Ketelsen/Marschall/Wittrock, Kommentar zum Arbeitsförderungsgesetz, 2. Aufl, § 128a Anm 4; Hennig/Kühl/Heuer, Arbeitsförderungsgesetz, § 128a Anm 2 am Ende).



Der Gesetzeswortlaut läßt diese vom Sinn der Vorschrift gebotene Auslegung jedenfalls zu, auch wenn die Formulierung eher dagegen spricht. Die ähnliche Formulierung "seiner bisherigen Berufstätigkeit" in § 1246 Abs 2 Satz 2 RVO ist jedenfalls nicht im Sinne irgendeiner früheren Berufstätigkeit zu verstehen (vgl zum bisherigen Beruf BSG SozR 2200 § 1246 Nr 108). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Wortsinn der Bestimmung keineswegs zweifelsfrei. Soweit die Beklagte unter Berufung auf den Großen Duden geltend macht, "bisher" gebe die "Erstreckung von einem nicht näher genannten, ganz unbestimmten Ausgangspunkt bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, bis zur Gegenwart an", übersieht sie, daß bei der Auslegung "ein früherer Arbeitgeber" die fragliche Beschäftigungszeit gerade keinen bestimmten Endpunkt bis zur Gegenwart hat. Überdies hätte der Gesetzgeber nicht den bestimmten, sondern den unbestimmten Artikel verwenden müssen: Ist der Arbeitslose durch eine Vereinbarung mit "einem" bisherigen Arbeitgeber in seiner beruflichen Tätigkeit als Arbeitnehmer beschränkt, so erstattet dieser der Bundesanstalt vierteljährlich das Arbeitslosengeld.

Das LSG beruft sich für seine am Wortlaut haftende Auslegung zu Unrecht auf die entsprechende Formulierung in dem ebenfalls durch das AFKG eingefügten § 128b AFG. Es meint, die dort geregelte Erstattungspflicht bei Forderung einer Ablösung vom bisherigen Arbeitgeber beziehe sich eindeutig allein auf den letzten Arbeitgeber vor Eintritt der die Erstattungspflicht auslösenden Arbeitslosigkeit. Die Vorschrift ist auf die Verhältnisse im Berufssport zugeschnitten. Dort wird regelmäßig eine Ablösung nur für eine Tätigkeit als Berufssportler, nicht für eine andere Tätigkeit gefordert. Findet ein solcher Berufssportler eine vorübergehende anderweitige Beschäftigung, etwa als Sportredakteur, und wird er danach arbeitslos, so stellt sich zu § 128b AFG ebenfalls die Frage, ob der Sportverein als früherer Arbeitgeber erstattungspflichtig wird, wenn er für eine Beschäftigung als Berufssportler an seinem Ablöseverlangen festhält.

Das LSG hat die Einschränkung der Erstattungspflicht auf den letzten Arbeitgeber auch damit begründet, daß anderenfalls unberücksichtigt bleibe, daß sich das Verbot zunächst tatsächlich nicht ausgewirkt habe und für die spätere Arbeitslosigkeit nicht ursächlich sei. Es würde sich um die Auferlegung eines Risikos handeln, dessen Eintritt der Einwirkungsmöglichkeit des Betroffenen völlig entzogen sei, wenn in keiner Weise nach den Gründen, die zur Beendigung des weiteren Beschäftigungsverhältnisses geführt hätten, differenziert werde.

Dabei wird nicht berücksichtigt, daß auch der frühere Arbeitgeber jederzeit auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verzichten und damit seine Erstattungspflicht abwenden kann. Sein nach der Beendigung der Zwischenbeschäftigung fortgeltendes Wettbewerbsverbot erschwert die Vermittlung. Die in § 128a AFG angeordnete Erstattungspflicht unterstellt gleichsam, daß der Arbeitslose ohne ein Wettbewerbsverbot alsbald eine Beschäftigung gefunden hätte. Das zeigt insbesondere ein Vergleich des § 128a mit § 128



AFG. § 128a AFG idF des AFKG verweist lediglich auf den Abs 2, § 128a AFG idF des Gesetzes vom 13. April 1984 (BGBl I 610) auch auf Abs 8 des § 128 AFG. Das schließt die von der Klägerin vertretene Auffassung aus, der Erstattungsanspruch nach § 128a erfordere zusätzlich das Vorliegen der Voraussetzungen des § 128 Abs 1 AFG. Die Erstattungspflicht des § 128a AFG tritt vielmehr - anders als beim Anspruch aus § 128 AFG - auch dann ein, wenn der Arbeitnehmer gekündigt hat oder der Arbeitgeber aus wichtigem Grund kündigen konnte. Die damit allein auf die im Wettbewerbsverbot vereinbarte Beschränkung der Arbeitsplatzsuche während der Bezugszeit abstellende Regelung ist auch insoweit nicht verfassungswidrig, als sie den Arbeitgeber allein belastet, obgleich die Einschränkung nicht ohne Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgen konnte; desgleichen ist es nicht verfassungswidrig, daß der Arbeitgeber mit dem vollen Leistungsrisiko unabhängig davon belastet wird, in welchem Ausmaß das Vermittlungsrisiko durch die Wettbewerbsabrede erhöht wurde, wie der Senat im Urteil vom 13. März 1990 - 11 RAr 50/86 - (zur Veröffentlichung vorgesehen), näher ausgeführt hat.

Der danach allein maßgebende Tatbestand, daß der frühere Arbeitgeber durch ein Wettbewerbsverbot während der Bezugszeit das Vermittlungsrisiko erhöht und auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots nicht verzichtet, ist beim letzten Arbeitgeber in gleicher Weise wie bei einem früheren Arbeitgeber gegeben. Es ist kein dem Zweck der Regelung entsprechender Grund ersichtlich, der den Gesetzgeber veranlaßt haben könnte, beide Tatbestände unterschiedlich zu regeln.

Der Erstattungsanspruch ist auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Arbeitslose mit der zehnmonatigen Beschäftigung bei der Klägerin die Anwartschaftszeit für Alg noch nicht erfüllt hatte, sondern erst mit der Zwischenbeschäftigung, wie das LSG annimmt. Daß in einem solchen Fall bei Beendigung der mit der Wettbewerbsabrede verbundenen Beschäftigung noch keine Gefährdung der Versichertengemeinschaft eingetreten ist, kann eine Versagung des Erstattungsanspruchs nicht rechtfertigen. Vielmehr entfällt auch bei einer Gefährdung der Versichertengemeinschaft im Zeitpunkt der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses der Erstattungsanspruch, wenn der Arbeitgeber vor der Bezugszeit auf die Einhaltung des Wettbewerbsverbots verzichtet. Damit ist nach dem Regelungszusammenhang allein die Gefährdung der Versichertengemeinschaft während der Bezugszeit maßgebend.

Einer besonderen Belehrung der Klägerin darüber, daß sie ihre Erstattungspflicht durch Verzicht auf die Wettbewerbsabrede hätte beenden können, bedurfte es unter den vorliegenden Umständen aber nicht. In den Fällen des § 128a AFG besteht die Aufgabe der Beklagten nicht in erster Linie darin, Erstattungspflichten festzustellen und durchzusetzen. Hierbei handelt es sich vielmehr nur um Sanktionen für den Fall, daß die Hauptaufgabe der Beklagten, nämlich die Vermittlung des Arbeitslosen in Arbeit (§§ 2 Nr 1, 3 Abs 1 Nr 2 AFG), durch vertragliche Vereinbarungen behindert wird. Aus dem Vorrang der Vermitt-



lung ist eine Verpflichtung der BA herzuleiten, den Arbeitgeber darüber zu belehren, daß er durch Verzicht auf die Einhaltung der Wettbewerbsklausel den Erstattungsanspruch abwenden kann, da dies den Weg zu einer uneingeschränkten Vermittlung eröffnen würde. Eine solche Belehrungspflicht besteht nicht nur, wenn bei klar erkennbarer Nichtigkeit der Wettbewerbsabrede zweifelhaft ist, ob der Arbeitgeber an ihr festhalten wird (SozR 4100 § 128a Nr 2), oder wenn das Verhalten des Arbeitgebers Zweifel daran aufkommen läßt, ob er auf Einhaltung der Wettbewerbsabrede besteht (BSG-Urteil vom 9. November 1989 - 11 RAr 75/88 -), sondern in allen Fällen, in denen eine entsprechende Belehrung den Verzicht zur Folge haben kann. Nach den Feststellungen des LSG hat hier die Kammer für Handelssachen eine Klage des G. auf Feststellung der Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots durch Urteil vom 29. August 1983 als unbegründet abgewiesen. In diesem Rechtsstreit hatte die Klägerin ihr "vehementes Interesse" an der Wettbewerbsklausel näher dargelegt. Es kann daher als ausgeschlossen angesehen werden, daß sie bei einer entsprechenden Belehrung schon im Zusammenhang mit der Arbeitslosmeldung des G. auf die Einhaltung der Wettbewerbsabrede verzichtet hätte. Damit war der Revision der Beklagten in vollem Umfang stattzugeben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 Sozialgerichtsgesetz.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)