

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 134/90

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigter:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1. Allgemeine Ortskrankenkasse Berlin,

Berlin 61, Mehringplatz 15,

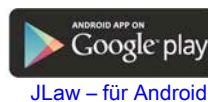
2. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte,

Berlin 31, Ruhrstraße 2.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1992 durch den Vorsitzenden Richter H e n n i g und die Richter S a t t l e r und Dr. H e n k e sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. B a a k e und die ehrenamtliche Richterin O b i j o u für Recht erkannt:



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



Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Berlin vom 9. Oktober 1990 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](#)

Gründe:

I

Der Kläger begehrt die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit ab 3. Januar 1984.

Er ist von Beruf Kraftfahrzeug-Meister und hatte mit seiner Ehefrau, der kaufmännischen Angestellten W. K., und seinem Bruder, dem Gabelstaplerfahrer H. K., im Herbst 1976 die "K Kfz-Reparatur-GmbH" gegründet. Gemäß Gesellschaftsvertrag vom 18. Oktober 1976 betrug das Stammkapital 20.000 DM. Davon hatten der Kläger und seine Ehefrau je 9.000 DM (45 vH) und der Bruder 2.000 DM (10 vH) als Stammeinlagen übernommen (§ 5). Gegenstand des Unternehmens sollte im wesentlichen die Reparatur von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeugteilen, der Handel mit Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeugteilen sowie die Verwertung alter und neuer Kraftfahrzeuge sein (§ 3). Für die Entscheidung über eine Reihe wesentlicher Fragen der Gesellschaft war die Gesellschafterversammlung zuständig. Diese hatte über Änderungen des Stammkapitals und der Einlagen auf das Stammkapital einstimmig, in anderen Fragen mit der Mehrheit von drei Vierteln aller abgegebenen Stimmen zu beschließen; mangelte es an der Mehrheit, galt der Antrag als abgelehnt (§ 9a).

Der Kläger wurde zum alleinigen und von den Beschränkungen des § 181 Bürgerliches Gesetzbuch befreiten Geschäftsführer bestellt (§ 6) und schloß mit sich am 30. Dezember 1976 einen Anstellungsvertrag als Geschäftsführer ab. Danach wurde ihm sowohl die technische als auch die kaufmännische Leitung des Unternehmens übertragen. Die Vertretungsbefugnis richtete sich nach dem Gesellschaftsvertrag, der sie dem Geschäftsführer übertrug. Der Kläger war verpflichtet, seine gesamte Arbeitskraft für die Gesellschaft einzusetzen. Die wöchentliche Arbeitszeit betrug mindestens 40 Stunden. Sie wurde durch die übliche Geschäftszeit des Betriebes bestimmt und war im Hinblick auf die gebotene Anwesenheit im Betrieb abzuleisten; bei Bedarf waren Überstunden zu leisten. Der Kläger hatte Anspruch auf ein Gehalt von monatlich 4.000 DM zuzüglich der in der Branche üblichen Nebenleistungen. Der Urlaub, dessen Terminierung in Absprache mit der Gesellschafterversammlung festzulegen war, richtete sich nach den branchenüblichen Gegebenheiten.

Alle drei Gesellschafter veräußerten ihre Gesellschaftsanteile zum 1. Januar 1984. Der Kläger meldete sich am 3. Januar 1984 arbeitslos und beantragte Alg. Er legte eine vom Steuerberater der GmbH ausgestellte Arbeitsbescheinigung vor. Danach wurde das Arbeitsverhältnis durch Kündigung seitens des Arbeitgebers am 15. November zum 31. Dezember 1983 wegen Verkaufs der Gesellschaft beendet. Das Arbeitsentgelt für



November 1983, den letzten vor dem Ausscheiden abgerechneten Monat, belief sich auf 5.000 DM brutto.

Die Beklagte lehnte den Antrag auf Alg mit der Begründung ab, der Kläger habe die Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Er habe mit seiner Beteiligung von 45 vH über eine Sperrminorität verfügt. Er habe auf die Entscheidungen der GmbH so maßgeblichen Einfluß gehabt, daß er jede ihm nicht genehme Weisung seines "Dienstherrn" habe verhindern können. Eine versicherungspflichtige Beschäftigung habe daher mangels persönlicher Abhängigkeit nicht vorgelegen. Ebenso wenig seien die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe (Alhi) erfüllt (Bescheid vom 22. Februar 1984; Widerspruchsbescheid vom 5. Juni 1984).

Zur Begründung seiner Klage legte der Kläger ua ein Schreiben der Beigeladenen zu 1) vom 13. Juli 1977 vor. Darin heißt es, aufgrund des Widerspruchs gegen den eine Beitragsfreiheit feststellenden Bescheid vom 21. März 1977 werde der letztgenannte Bescheid aufgehoben. Da nur ein Teil der Gesellschafteraufgaben mit 3/4-Mehrheit beschlossen werden müsse, im übrigen aber die einfache Mehrheit ausreiche, über die er jedoch nicht verfüge,

könne der Kläger keinen maßgeblichen Einfluß auf die Gesellschaft ausüben. Daraus und aus dem Arbeitsvertrag ergebe sich eine persönliche Abhängigkeit von der Gesellschaft, so daß Versicherungspflicht bestehe. Der Kläger unterliege demgemäß auch der Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit (BA).

Die daraufhin von der Beklagten im Jahre 1985 gegen den Bescheid der Beigeladenen zu 1) vom 13. Juli 1977 erhobene Klage ist vom Sozialgericht (SG) abgewiesen worden (Urteil vom 27. Januar 1987). Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung der Beklagten mit dem Hinweis zurückgewiesen, die Klage sei unzulässig, weil sie verspätet erhoben worden sei. Zwar sei der Bescheid der Beigeladenen zu 1) vom 13. Juli 1977 der Beklagten nicht bekanntgegeben worden. Jedoch habe die Beklagte allgemein auf eine Bekanntgabe von Beitragsbescheiden verzichtet. Damit habe sie sich zu eigenem früheren Verhalten in Widerspruch gesetzt mit der Folge, daß ihr aus Gründen von Treu und Glauben eine Berufung auf den Nichtbeginn (bzw den späteren Beginn) der Rechtsmittelfrist (§ 66 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>) verwehrt sei (Urteil vom 11. Januar 1990). Dieses Urteil ist rechtskräftig geworden.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 22. Februar 1984 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 5. Juni 1984 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, dem Kläger Alg nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen zu gewähren (Urteil vom 17. September 1987). Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 9. Oktober 1990).



Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, dem Kläger stehe ein Anspruch auf Alg ab 3. Januar 1984 nicht zu. Es fehle an der erforderlichen Anwartschaftszeit (§ 104 Arbeitsförderungsgesetz <AFG>). Der Kläger habe nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zur K Kfz-Reparatur-GmbH gestanden. Allerdings könne auch der Geschäftsführer einer GmbH, der mit weniger als der Hälfte am Stammkapital beteiligt sei, in persönlicher Abhängigkeit zur Gesellschaft stehen. Ob das der Fall sei, richte sich danach, ob er seine Tätigkeit im wesentlichen frei gestalten könne oder ob er bezüglich Zeit, Ort und Art der Ausführungen einem umfassenden Weisungsrecht unterliege. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze könne vorliegend nicht von persönlicher Abhängigkeit des Klägers die Rede sein.

Bereits die gesellschaftsrechtliche Stellung des Klägers spreche gegen abhängige Beschäftigung. Der Kläger habe über eine Sperrminorität verfügt, mit der er ihm nicht genehme Gesellschaftsbeschlüsse habe verhindern können. Dafür, daß diese Rechte jeweils eingeschränkt worden seien, lägen keine Anhaltspunkte vor. Auch der Anstellungsvertrag, der auf Seiten der Gesellschaft vom Kläger unterzeichnet worden sei, habe die Rechte des Klägers nicht eingeengt. Vielmehr sei dem Kläger sowohl die kaufmännische wie die technische Leitung des Betriebes ohne jede Beschränkung übertragen worden. Daß ihm Bedingungen gegen seinen Willen auferlegt worden seien, sei nicht ersichtlich. Soweit Arbeitszeit und Anwesenheitspflicht geregelt worden seien, handele es sich um betriebsbedingte Erfordernisse.

Der Kläger sei in der Ausführung seiner Arbeiten nach eigenen Angaben praktisch frei gewesen. Er habe alle wichtigen Entscheidungen für die Gesellschaft eigenverantwortlich getroffen und den Betrieb allein geführt, zumal nur er das notwendige Fachwissen gehabt habe. Sein Bruder sei nicht in der Firma tätig gewesen, habe auch nicht die entsprechenden beruflichen Kenntnisse gehabt. Seine Ehefrau habe lediglich Büroarbeiten erledigt. Einstellungen und Entlassungen seien vom Kläger vorgenommen worden. Selbst wenn die eine oder andere Entscheidung in Absprache mit den anderen Gesellschaftern erfolgt sei, habe sie nicht auf einem Direktionsrecht der Gesellschaft beruht und sei im Verhältnis zu allen sonstigen zu treffenden Entscheidungen als äußerst geringfügige Einschränkung anzusehen.

Für den Anspruch auf Alg sei unerheblich, daß für den Kläger Beiträge zur BA abgeführt worden seien. Das AFG kenne keine Formalversicherung. Einer fehlerhaften Beitragsentrichtung werde durch eine von Amts wegen vorzunehmende Beitragserstattung Rechnung getragen.

Daß die Beigeladene zu 1) die Beitragspflicht des Klägers zur Beklagten durch Bescheid vom 13. Juli 1977 festgestellt habe, führe zu keiner anderen Beurteilung. Fraglich sei schon, ob Entscheidungen der Einzugsstelle über Beitragspflicht und Beitragshöhe die



Beklagte im Leistungsverfahren überhaupt binden könnten. Jedenfalls sei dies nicht möglich, wenn der Bescheid der Einzugsstelle - wie hier - der Beklagten nicht eröffnet worden sei. Das Urteil des LSG vom 11. Januar 1990 ändere hieran nichts. In diesem Verfahren sei es nicht zu einer materiellen Überprüfung der Beitragspflicht des Klägers gekommen. Die Klage sei vielmehr durch Prozeßurteil wegen Fristversäumnis als unzulässig abgewiesen worden. Damit liege eine für das Leistungsverfahren bindende Entscheidung der Einzugsstelle nicht vor. Dem generellen Verzicht auf Bekanntgabe von Beitragsbescheiden seitens der Beklagten sei keine wesentliche Bedeutung beizumessen. Andernfalls gelange man im Ergebnis doch zu einer dem Recht der Arbeitslosenversicherung widersprechenden Formalversicherung.

Der Kläger rügt mit der Revision eine Verletzung der §§ 100 Abs 1, 104, 168 AFG. Zur Begründung macht er geltend, er habe als Geschäftsführer zur K Kfz-Reparatur-GmbH in abhängiger Beschäftigung gestanden. Er sei von den Mitgesellschaftern abhängig gewesen, da seine Ehefrau zu 45 vH und sein Bruder zu 10 vH an der Stammeinlage beteiligt gewesen seien. Dies sei auch nach den tatsächlichen Verhältnissen der Fall gewesen. Durch die familiären Bindungen hätten sich die Rechte der Mitgesellschafter nicht relativiert.

Selbst wenn man davon ausgehe, daß es an abhängiger Beschäftigung des Klägers gefehlt habe, sei der Anspruch auf Alg gegeben. Der Bescheid der Beigeladenen zu 1) vom 13. Juli 1977 sei nämlich für die Beklagte bindend geworden. Ein Verwaltungsakt, der im Beitragsverfahren ergehe und unangefochten bleibe, werde gegenüber der Beklagten auch dann bindend, wenn er ihr nicht zugehe. Die gegenteilige Auffassung werde der Zielsetzung des § 182 AFG nicht gerecht. Diese sei darauf gerichtet, den Aufwand des Leistungsverfahrens zur Feststellung der Versicherungs- und Beitragspflicht in Grenzen zu halten. Der Gesetzgeber habe der Beklagten deshalb nur in grundsätzlichen Fragen ein eigenes Recht eingeräumt, ansonsten ihre Beteiligung bewußt nicht angeordnet. Im übrigen habe die Beklagte im Verhältnis zu den Einzugsstellen auf eine Beteiligung verzichtet. Sie könne sich durch einen solchen Verzicht nicht die jederzeitige Möglichkeit der Anfechtung offenhalten. Andernfalls könne ein Bescheid der Einzugsstelle gegenüber der Beklagten keinerlei Wirkung entfalten.

Schließlich habe die Beklagte aufgrund ihrer Vereinbarung mit den übrigen Spitzenverbänden vom 23. und 24. September 1981 die Möglichkeit einer Leistungsvergütung verwirkt. Sie handele treuwidrig; denn sie setze sich zu eigenem früheren Verhalten in Widerspruch. Der Kläger habe darauf vertrauen dürfen, daß die Entscheidung der Einzugsstelle über seine Arbeitnehmereigenschaft auch für andere Leistungsträger gelte. Folglich sei die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers zwingend zu bejahen.



Der Kläger beantragt sinngemäß,

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

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend und erwidert, sie sei nicht an die Entscheidung des Beigeladenen zu 1) vom 13. Juli 1977 gebunden. Eine Bindung könne allenfalls in bezug auf die Beitragspflicht und die Beitragshöhe eintreten. Damit sei eine Entscheidung der Beklagten über die Leistungsseite keineswegs präjudiziert.

Für Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung komme es allein darauf an, ob der Arbeitslose tatsächlich in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe. Treffe das zu, müßten Leistungen auch dann gewährt werden, wenn keine Beiträge entrichtet worden seien. Entsprechendes habe für den umgekehrten Fall zu gelten. Anders als in der Rentenversicherung, wo die Leistungen meist von zeitlich lang zurückliegenden Beitragszeiten abhingen, gebe es in der Arbeitslosenversicherung keinen auf Beitragszahlung beruhenden Vertrauensschutz; hier würden die Leistungen nur für überschaubare und nicht weit in der Vergangenheit liegende Zeiten erbracht.

Verwaltungspraktische Überlegungen führten zum selben Ergebnis. Im Zeitpunkt der Entscheidung über die Versicherungs- bzw Beitragspflicht eines Gesellschafter-Geschäftsführers liege der zuständigen Stelle regelmäßig nur der Gesellschaftsvertrag vor. Die tatsächlichen, sich erst im Laufe der Zeit entwickelnden Verhältnisse wichen hiervon nicht selten in einer für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft entscheidungserheblichen Weise ab. Die Annahme einer Bindung der Beklagten an den Beitragsbescheid der Einzugsstelle bringe im Ergebnis die Einführung einer Formalversicherung mit sich. Dies vertrage sich mit der Gesetzes-systematik um so weniger, als die Beklagte beitragsrechtlich weder ein Beanstandungsrecht noch sonstige Kontrollmöglichkeiten habe; derartige Befugnisse stünden ihr vielmehr erst im Leistungsfall zu.

Auf die vom LSG im Urteil vom 11. Januar 1990 erörterte Frage, ob der Beklagten trotz fehlender Bekanntgabe des Beitragsbescheides aus Gründen von Treu und Glauben eine Berufung auf den Nichtbeginn der Rechtsmittelfrist verwehrt sei, komme es nicht an. Im übrigen habe sich das LSG nicht mit dem materiellen Inhalt des Beitragsbescheides auseinandergesetzt. Darauf, daß seine Entscheidung von derjenigen über den Leistungsstreit - mangels Identität der Streitgegenstände - nicht abhängen, habe es selbst



hingewiesen. Unabhängig davon habe eine Verwirkung gegenüber dem Kläger nicht eintreten können. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Besprechungsergebnisse der Spitzenverbände vom 23. und 24. September 1981 Schutzwirkung gegenüber dem Kläger entfalten könnten.

Die beiden Beigeladenen stellen keine Anträge. Die Beigeladene zu 1) verweist auf das Urteil des LSG vom 11. Januar 1990. Die Beigeladene zu 2) hat sich einer Stellungnahme enthalten.

II

Die Revision des Klägers ist unbegründet.

Verfahrenshindernisse stehen einer Sachentscheidung nicht entgegen. Die Berufung der Beklagten war statthaft (§ 143 SGG). Der Ausschließungsgrund des § 144 Abs 1 Nr 2 SGG, der allein in Betracht kommt, greift nicht ein. Denn der Kläger begehrt, wie seinem Vorbringen vor dem SG zu entnehmen ist, Alg für die Zeit vom 3. Januar bis 31. Oktober 1984, mithin für einen Zeitraum von mehr als 13 Wochen (3 Monaten).

In der Sache hat die Revision keinen Erfolg. Der Kläger hat keinen Anspruch auf das begehrte Alg.

Nach § 100 Abs 1 AFG, das hier in der durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 vom 22. Dezember 1983 (BGBl I 1532) geänderten Fassung Anwendung findet, hat Anspruch auf Alg, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat. Der Kläger hat die Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Dieses Merkmal erfüllt nur, 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 3. Januar 1984 geltend gemachten Anspruch auf Alg hätte der Kläger daher erfüllt, wenn er in der Zeit vom 3. Januar 1981 bis 2. Januar 1984 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hätte. Das ist jedoch nicht der Fall. Wie das LSG zu Recht entschieden hat, war die in dieser Zeit vom Kläger ausgeübte Tätigkeit als alleiniger Geschäftsführer nicht beitragspflichtig.

Beitragspflichtig sind nach § 168 Abs 1 Satz 1 AFG Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer).



Die Beitragspflicht ist damit die Folge einer abhängigen Beschäftigung und richtet sich nach den Grundsätzen, die Lehre und Rechtsprechung zum Begriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses in der Sozialversicherung entwickelt haben (vgl Begründung zu § 164 Abs 1 AFG-Entwurf, BT-Drucks V/2291 S 91; BSGE 49, 22, 25 = SozR 4100 § 168 Nr 10). Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung (BSGE 13, 196, 201 f = SozR Nr 5 zu § 1 AVG aF; BSGE 20, 6, 8 = SozR Nr 41 zu § 165 RVO; BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr 1; BSGE 51, 164, 167 = SozR 2400 § 2 Nr 16). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie das insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht; es muß eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen (BSGE 16, 289, 293 f = SozR Nr 30 zu § 165 RVO; BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr 1). Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also wesentlich frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSGE 13, 196, 201 f = SozR Nr 5 zu § 1 AVG aF; BSG SozR Nr 68 zu § 165 RVO; BSGE 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr 1).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängig und deshalb beitragspflichtig beschäftigt ist oder nicht (vgl BSG SozR 4100 § 168 Nr 16). Er ist weder wegen seiner Organstellung (BSGE 13, 196, 200 = SozR Nr 5 zu § 1 AFG aF) noch deshalb von einer abhängigen Beschäftigung ausgeschlossen, weil er gegenüber Arbeitnehmern der GmbH Arbeitgeberfunktionen ausübt; denn auch wer Arbeitgeberfunktionen ausübt, kann seinerseits bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein. Maßgebend bleibt daher die Bindung des Geschäftsführers an das willensbildende Organ, in der Regel die Gesamtheit der Gesellschafter. Diese Bindung kann nach dem Recht der GmbH in unterschiedlichster Weise geregelt werden. Neben weisungsfreien Geschäftsführern gibt es daher Geschäftsführer, die durchgehend weisungsgebunden sind; in den letztgenannten Fällen führen die Gesellschafter mit Hilfe des Weisungsrechts die Geschäfte der GmbH im wesentlichen selbst.

Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt hiernach allerdings nicht vor, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft beteiligt ist und allein oder jedenfalls mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH hat das Bundessozialgericht (BSG) daher verneint, wenn der Geschäftsführer über die Hälfte des Stammkapitals der Gesellschaft verfügt (BSGE 23, 83, 84 f = SozR Nr 41 zu § 537a RVO;



BSG SozR Nr 30 zu § 539 RVO; BSG BB 1975, 282 = USK 74139 = Beiträge 1975, 60 = Rentenversicherung 1975, 151; BSGE 42, 1, 2 = SozR 2200 § 723 Nr 1; BSG USK 82166). Ebenso ist entschieden worden, wenn der Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügte, um ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft zu verhindern (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 5; vgl BSGE 42, 1, 2 = SozR 2200 § 723 Nr 1). Aber auch dort, wo die Kapitalbeteiligung des Geschäftsführers hierfür nicht ausreicht, kann ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen sein, wenn der Geschäftsführer hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im wesentlichen weisungsfrei ist und, wirtschaftlich gesehen, seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern für ein eigenes Unternehmen ausübt (vgl BSGE 13, 196 = SozR Nr 5 zu § 1 AFG aF; BSG SozR Nr 68 zu § 165 RVO; BSGE 38, 53 = SozR 4600 § 56 Nr 1).

Eine solche Fallgestaltung liegt hier vor. Schon die gesellschaftsrechtliche Stellung des Klägers ergibt, daß er nicht abhängig beschäftigt war. Zwar besaß der Kläger nach dem Gesellschaftsvertrag vom 18. Oktober 1976 nur 45 vH der Anteile am Stammkapital, während seine Ehefrau und sein Bruder zusammen über 55 vH der Anteile verfügten. Indes waren Beschlüsse über Änderungen des Stammkapitals und der Einlagen auf das Stammkapital einstimmig, Beschlüsse in anderen Fragen mit der Mehrheit von drei Vierteln aller abgegebenen Stimmen zu fassen; mangelte es an der Mehrheit, galt der Antrag als abgelehnt (§ 9a). Der Kläger war mithin im Besitz einer Sperrminorität, die die Annahme einer abhängigen Beschäftigung grundsätzlich ausschließt. Darauf, daß er ggf nach den tatsächlichen Verhältnissen in der Ausführung seiner Arbeiten weisungsfrei war, kommt es nicht mehr an.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man allenfalls in den Fällen gelangen, in denen der Gesellschafter-Geschäftsführer an der Ausübung der ihm zustehenden Sperrminorität gehindert ist oder in denen ein anderer Gesellschafter das wirtschaftliche Übergewicht besitzt und einsetzt (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 4; SozR 3-4100 § 168 Nr 5). Anhaltspunkte für eine solche Situation sind hier jedoch weder dem Vorbringen des Klägers zu entnehmen noch sonst ersichtlich.

Das LSG hat sonach ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers mit Recht verneint. Die fehlende beitragspflichtige Beschäftigungszeit in der Rahmenfrist wird, wie vom LSG ebenfalls richtig gesehen, nicht dadurch ersetzt, daß Beiträge gezahlt worden sind, die Beitragszahlung von der Einzugsstelle unbeanstandet geblieben ist oder im Einzugsverfahren die Beitragspflicht förmlich durch Verwaltungsakt von der Einzugsstelle festgestellt worden ist.

Nach § 104 AFG hängt die Erfüllung der Anwartschaftszeit von einer ihrer Art nach die Anwartschaft begründenden beitragspflichtigen Beschäftigung ab, nicht dagegen von der



Entrichtung von Beiträgen. Ein Arbeitsloser, der eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung in der Rahmenfrist zurückgelegt hat, ist hiernach auch dann geschützt, wenn Beiträge zur BA nicht entrichtet worden sind (BSG SozR 4100 § 102 Nr 6; Gagel, Komm zum AFG, Stand Oktober 1991, § 104 RdNr 5; Knigge/Ketelsen/ Marschall/Wittrock, Komm zum AFG, 2. Aufl 1988, § 104 RdNr 6). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Nichtentrichtung der Beiträge auf den Arbeitslosen, seinen früheren Arbeitgeber oder eine Entscheidung der Einzugsstelle zurückzuführen ist, derzufolge keine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung vorlag. Das Leistungsrecht der Arbeitslosenversicherung, das schon durch die Nichtberücksichtigung beitragspflichtiger Zeiten außerhalb der Rahmenfristen vom Beitragsrecht abgekoppelt ist, ist damit auch von der Entrichtung der Beiträge und von Entscheidungen der Einzugsstellen innerhalb der Rahmenfristen unabhängig, um das Alg dem vom Gesetzgeber als schutzwürdig angesehenen Personenkreis ungeachtet von Fehlern bei der Entrichtung von Beiträgen zugute kommen zu lassen.

Zeiten, für die in der Annahme einer Beitragspflicht Beiträge entrichtet worden sind, hat das Gesetz den Zeiten einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung nicht gleichgestellt (vgl § 107 AFG). Die Formalversicherung, die § 115 des Gesetzes über Arbeitslosenvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16. Juli 1927 (RGBl I 187) für den Fall vorschriftsmäßiger, nicht vorsätzlich unrichtiger Anmeldung und unbeanstandeter Entrichtung von Beiträgen während der Zeit, für die die Beiträge entrichtet waren, vorgesehen hatte, ist schon durch das Gesetz zur Änderung des AVAVG vom 12. Oktober 1929 (RGBl I 153) wieder gestrichen worden. Hierdurch sollte erreicht werden, daß Leistungen der Arbeitslosenversicherung nur dem vom Gesetzgeber als schutzwürdig angesehenen Personenkreis zugute kommen sollten. Denn der Wegfall der Formalversicherung ist seinerzeit unter anderem damit begründet worden, daß es dem Träger der Arbeitslosenversicherung möglich sein müsse, noch im Versicherungsfalle geltend zu machen, daß der Arbeitslose nicht in versicherungspflichtiger Beschäftigung gestanden habe (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AVAVG, RT-Drucks zu IV/1311 S 19). Von der Beitragsseite abgekoppelt ist das Leistungsrecht mithin auch, wenn Beiträge zu Unrecht entrichtet worden sind. Der fehlerhaften Beitragsentrichtung trägt das Gesetz seit der Streichung des § 115 AVAVG durch eine inzwischen ohne Antrag von Amts wegen vorzunehmende Beitragserstattung Rechnung (vgl § 185a AFG).

Eine Versicherung allein wegen tatsächlicher Entrichtung von Beiträgen ist dem Recht der Arbeitslosenversicherung in Deutschland seitdem fremd. Auch ein versicherungsrechtlicher Bestandsschutz zu Unrecht geleisteter Beiträge, wie er in der gesetzlichen Rentenversicherung für unbeanstandet gebliebene Beiträge zehn Jahre nach Aufrechnung der Versicherungskarten vorgesehen war (vgl § 1423 Abs 2 RVO; § 145 Abs 2 AVG) bzw nunmehr für Pflichtbeiträge vorgesehen ist, die nicht bei der



nächsten Prüfung beim Arbeitgeber beanstandet worden sind und aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht mehr beanstandet werden können (§ 26 Abs 1 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches <SGB IV> in der seit dem 1. Januar 1989 geltenden Fassung), ist in der Arbeitslosenversicherung nicht geschaffen worden (vgl dazu BSGE 58, 154, 157 = SozR 2100 § 27 Nr 4). Die Abkoppelung des Leistungsrechts von der Beitragsseite ist erhalten geblieben. Das BSG hat daher in Übereinstimmung mit dem Schrifttum sowohl zum AVAVG als auch zum AFG stets die Ansicht vertreten, daß weder die fehlerhafte Entrichtung von Beiträgen noch die widerspruchslose Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle die anwartschaftsbegründende Beschäftigung ersetzt (BSGE 44, 193, 197 = SozR 4100 § 118 Nr 4; BSGE 49, 22, 28 f = SozR 4100 § 168 Nr 10; SozR 4100 § 102 Nr 6, § 168 Nr 16 und SozR 3-4100 § 168 Nr 5; vgl zum AVAVG BSGE 13, 98, 101 = SozR Nr 1 zu § 75a AVAVG aF). Ersetzt die Beitragsentrichtung die 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 (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 5). Etwas anderes gilt selbst dann nicht, wenn wiederholte Prüfungen des Betriebes durch die Einzugsstelle zu keinen Beanstandungen geführt haben (BSG USK 8750 = Beiträge 1987, 237). Angesichts der klaren gesetzlichen Regelung und der Regelungsgeschichte besteht kein Anlaß, hiervon abzugehen.

Die Frage, ob etwas anderes gilt, wenn die Einzugsstelle durch Verwaltungsakt über die Beitragspflicht entschieden hatte, ist zu verneinen. Schon 1961 hat das BSG darauf hingewiesen, daß eine Bindung des Versicherungsträgers an eine Entscheidung der Einzugsstelle über den Beitragsanspruch für die Arbeitslosenversicherung von geringerer Bedeutung sei als für die Rentenversicherung, weil die Leistungspflicht in der Arbeitslosenversicherung - ohne Rücksicht auf die Entrichtung von Beiträgen - auf dem Versicherungsverhältnis beruhe, während in der gesetzlichen Rentenversicherung grundsätzlich die rechtswirksam entrichteten Beiträge maßgebend seien (BSGE 15, 118, 123 = SozR Nr 2 zu § 1399 RVO). Ausdrücklich verneint worden ist dann eine Bindung bei Ansprüchen auf Leistungen, die - wie zB das Konkursausfallgeld - nicht aus Mitteln der Arbeitslosenversicherung finanziert werden (BSG SozR 4100 § 141b Nr 41). Die für das Arbeitsförderungsrecht zuständigen Senate haben allerdings bislang nicht entschieden, sondern ausdrücklich offen gelassen, ob die Arbeitsämter bei der Bewilligung von Alg an Entscheidungen der Einzugsstellen über die Beitragspflicht gebunden sind (BSGE 49, 22, 29 = SozR 4100 § 168 Nr 10; BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 5 mwN); insoweit ist lediglich darauf hingewiesen worden, daß sich eine Bindung allenfalls dann ergeben könnte, wenn der die Beitragspflicht feststellende Verwaltungsakt der Einzugsstelle der BA bekanntgegeben worden ist (vgl BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 5 mwN). Aber auch für einen solchen Fall ist die Frage zu verneinen.



Eine Bindungswirkung der Beklagten könnte allenfalls aufgrund des hier noch anwendbaren § 182 Abs 1 AFG (seit dem 1. Januar 1989: § 28h Abs 2 SGB IV) anzunehmen sein. Danach entscheidet die Einzugsstelle über die Beitragspflicht und die Beitragshöhe; sie erläßt den erforderlichen Verwaltungsakt und den Widerspruchsbeseid. Es ist hier nicht zu befinden, ob bzw unter welchen Voraussetzungen die Arbeitsämter in Beitragsfragen an durch Verwaltungsakt getroffene Entscheidungen der Einzugsstellen gebunden sind, zB wenn das Arbeitsamt über die Erstattung zu Unrecht entrichteter Beiträge zu entscheiden hat (§ 185a AFG), die die Einzugsstelle förmlich festgesetzt hatte. An dieser Stelle mag der Hinweis genügen, daß die Bindungswirkung der Vorschrift des § 77 SGG, der eine Bindung der Träger von Renten-und Arbeitslosenversicherung an Entscheidungen der Einzugsstellen entnommen wird, nur Platz greift, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Eine andere Bestimmung enthält indes § 44 Abs 1 SGB X. Nach dieser Vorschrift ist nämlich ein Beseid der Einzugsstelle über die Beitragspflicht, auch nachdem der Beseid unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen, soweit sich im Einzelfall ergibt, daß bei seinem Erlaß das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und deshalb Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind. Diese Vorschrift findet in der Arbeitslosenversicherung uneingeschränkt Anwendung, da hier - anders als in der Rentenversicherung - tatsächlich zu Unrecht erhobene Beiträge nicht unter bestimmten Voraussetzungen als zu Recht entrichtet gelten (vgl § 26 Abs 1 SGB IV).

Auf den Leistungsbereich der Arbeitslosenversicherung, für den den Einzugsstellen jegliche Zuständigkeit fehlt, erstrecken sich Bindungswirkungen von Verwaltungsakten von Einzugsstellen jedenfalls nicht. Das gilt, wie schon oben erwähnt, nicht nur für den Fall, daß die Einzugsstelle die Beitragspflicht zur BA zu Unrecht verneint hat, sondern auch, wenn die Beitragspflicht zu Unrecht bejaht worden ist. Auch insoweit ist entscheidend, worauf schon 1961 hingewiesen worden ist, daß nicht wie im Recht der gesetzlichen Rentenversicherung nach Grund und Höhe rechtswirksam, dh für Zeiten der Versicherungspflicht in der richtigen Höhe rechtzeitig entrichtete Beiträge Voraussetzung für den Anspruch auf Alg sind, sondern Zeiten einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung innerhalb der Rahmenfrist, über die Einzugsstellen nicht zu entscheiden haben (BSGE 15, 118, 123 = SozR Nr 2 zu § 1399 RVO; vgl zum Unterschied dieser Anspruchsvoraussetzungen auch BSGE 58, 154, 156 f = SozR 2100 § 27 Nr 4).

Die gegenteilige Rechtsauffassung, von der das SG ausgegangen ist, würde in diesen Fällen zu einer Formalversicherung führen, obwohl der Gesetzgeber eine Formalversicherung abgeschafft und von jeglichem Bestandsschutz für entrichtete Beiträge abgesehen hat, um Leistungen der Arbeitslosenversicherung auf den vom Gesetzgeber als schutzwürdig angesehenen Personenkreis zu beschränken und der BA, der kein förmliches Beanstandungsrecht gegen die Entrichtung von Beiträgen eingeräumt ist,



eine Kontrolle im Versicherungsfalle zu ermöglichen. Dieses gesetzgeberische Ziel gilt aber nach wie vor.

Die Reichsregierung hat 1929 die Abschaffung der Formalversicherung ferner damit begründet, für die mit der Formalversicherung gegebene Erleichterung, dem Versicherten den Beweis der Anwartschaft zu ersparen, bestehe in der Arbeitslosenversicherung kein Bedürfnis, weil die Anwartschaftszeit nur 26 Wochen betrage und äußerstenfalls in den letzten drei Jahren liege (RT-Drucks zu IV/1311 S 19). Auch dieses Argument hat seine Aktualität nicht verloren, obwohl die Anwartschaftszeit mittlerweile 360 Kalendertage beträgt und, wenn die Anwartschaftszeit erfüllt ist, für die Dauer des Anspruchs auf Alg ua die Dauer der die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung innerhalb einer auf vier bzw auf sieben Jahre erweiterten Rahmenfrist maßgebend sein kann (vgl § 106 AFG in der derzeitigen Fassung). Denn nach wie vor bleiben die Leistungen der Arbeitslosenversicherung von deutlich weniger langen Beitragszeiten als in der Rentenversicherung abhängig und sind nicht als Dauerleistungen konzipiert. Hinzu kommt, daß die Beweiserleichterung allenfalls in Ausnahmefällen Platz griffe. Die Einzugsstellen können zwar erforderlichenfalls Entscheidungen über die Beitragspflicht während des Einzugs treffen, im Regelfalle besteht aber zu einem solchen Verfahren keine Veranlassung. Der Arbeitgeber berechnet nämlich die Beiträge der bei ihm Beschäftigten grundsätzlich ohne Mitwirken der Einzugsstelle selbst und führt diese an die Einzugsstelle ab, die sie regelmäßig - zumindest zunächst - ungeprüft entgegennimmt. Auch Prüfungen der Arbeitgeber durch die Einzugsstelle erfolgen regelmäßig durch schlichtes Verwaltungshandeln, ohne daß es zu einer verwaltungsaktmäßigen Entscheidung der Einzugsstelle über die Beitragspflicht oder die Beitragshöhe kommt. Zu solchen Entscheidungen kommt es vielmehr nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn Hinweise und Belehrungen nicht ausreichen, Streit oder Zweifel an der Beitragspflicht der Beschäftigung einer Person beizulegen (vgl BSG USK 86145 = BB 1987, 406, 408). Eine Beweiserleichterung, zu der es nur in Ausnahmefällen kommt, ist indes völlig entbehrlich.

Die Erstreckung einer Bindungswirkung der Verwaltungsakte der Einzugsstellen über Beiträge auf den Leistungsbereich der Arbeitslosenversicherung läßt sich schließlich nicht auf Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes stützen. Wie schon ausgeführt, ist das Vertrauen, aufgrund der Beitragsentrichtung bzw der widerspruchlosen Entgegennahme der Beiträge durch die Einzugsstelle für den Fall der Arbeitslosenversicherung versichert zu sein, nicht geschützt. Wird die Einzugsstelle nicht nur durch schlichtes Verwaltungshandeln tätig, sondern entscheidet sie über die Beitragspflicht hoheitlich durch Verwaltungsakt, hätte etwas anderes allenfalls zu gelten, wenn der Betroffene sich auf den Bestand des Bescheides auch dann verlassen könnte, wenn dieser unrichtig ist. Das ist indes, wie oben ausgeführt, nach § 44 Abs 1 SGB X nicht der Fall. Kann der Betroffene aber nicht einmal in beitragsrechtlicher Hinsicht darauf vertrauen, daß eine verwaltungsaktmäßige Entscheidung der Einzugsstelle Bestand hat, darf er erst recht



nicht davon ausgehen, daß die Entscheidung über seine Heranziehung zu Beiträgen für den Fall späterer Arbeitslosigkeit maßgeblich bleibt.

Müssen gemäß § 104 AFG Leistungen auch dann gewährt werden, wenn aufgrund einer unzutreffenden Verneinung der Beitragspflicht durch die Einzugsstelle keine Beiträge entrichtet worden sind, entspricht es dem Prinzip materieller Gerechtigkeit, daß es auf die wahre Rechtslage auch dann ankommt, wenn die Beitragspflicht durch die Einzugsstelle in Form eines Verwaltungsaktes zu Unrecht bejaht worden ist. Daß das geltende Recht dem Bürger allgemein keine Möglichkeit einräumt, bei Aufnahme einer Tätigkeit bindend Gewißheit zu erlangen, durch die Tätigkeit Anwartschaftszeiten für den Fall der Arbeitslosigkeit zurückzulegen, muß unter diesen Umständen in Kauf genommen werden, zumal der Betroffene in Ermangelung entsprechender Angebote der Privatversicherung nicht geltend machen kann, er hätte bei richtiger Entscheidung der Einzugsstelle eine private Versicherung gegen Arbeitslosigkeit abgeschlossen. Damit stimmt überein, daß in der Arbeitslosenversicherung - anders als in der gesetzlichen Rentenversicherung - auch nicht vorgesehen ist, daß von der BA die Feststellung verlangt werden kann, daß in zurückliegenden Zeiten ein gültiges Versicherungsverhältnis bestanden hat (§ 1423 Abs 3 RVO, § 145 Abs 3 AVG).

Dem Sozialstaatsprinzip (Art 20 Grundgesetz) widerspricht dieses Ergebnis nicht. Denn wenn Beiträge, die zu Unrecht entrichtet wurden, grundsätzlich nicht zu Leistungsansprüchen führen, entspricht es gerade dem Prinzip, Leistungen der sozialen Sicherung nur dem als schutzbedürftig angesehenen Personenkreis zugute kommen zu lassen. Der durch die irrtümliche Beitragsentrichtung entstandene Nachteil wird dadurch weitgehend ausgeglichen, daß die zu Unrecht entrichteten Beiträge zu erstatten sind (§ 185a AFG). Die Regelung über das rechtliche Schicksal zu Unrecht entrichteter Beiträge ist hiernach sozial ausgewogen (BSG USK 8750 = Beiträge 1987, 237, 239).

Ist somit für den Anspruch auf Alg unerheblich, ob die Einzugsstelle die Beitragspflicht des Arbeitslosen durch Verwaltungsakt festgestellt hat oder nicht, kommt es nicht darauf an, ob und wann das Schreiben der Beigeladenen zu 1) vom 13. Juli 1977, sofern es als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, der Beklagten eröffnet worden ist. Des weiteren ist unmaßgeblich, daß und aus welchen Gründen die Klage der Beklagten gegen die Mitteilung vom 13. Juli 1977 abgewiesen worden ist.

Dem Kläger steht mangels Erfüllung der erforderlichen Anwartszeit auch kein Anspruch auf Alhi zu (§ 134 Abs 1 Satz 1 Nr 4 Buchst b AFG). Seiner Revision mußte deshalb der Erfolg versagt bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

