

**Anspruch auf Arbeitslosengeld für Gesellschafter-Geschäftsführer einer Familien-GmbH - Beschäftigungsverhältnis;  
hier: Urteil des Hessischen Landessozialgerichts (LSG) vom  
16.11.2001 - L 10 AL 737/99 -**

**Zur Frage, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer Familien-GmbH versicherungspflichtig beschäftigt ist und Anspruch auf Arbeitslosengeld hat.**

*Hess. LSG, Urt. v. 16. 11. 2001 - L 10 AL 737/99*

**Zum Sachverhalt:** Die Bet. streiten über den Anspruch des Kl. auf Arbeitslosengeld (Alg). Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob der Kl. in der Zeit vom 1. 9. 1980 bis zum 30. 9. 1993 als Gesellschafter-Geschäftsführer einer Familien-GmbH in einem die Beitragspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis stand.

Der im Jahre 1937 geborene Kl. verfügt über einen Studienabschluss als Diplomkaufmann. Von 1963 bis 1964 war er als Lehrassistent tätig, anschließend bis 1966 als Produktmanager bei der Firma F und danach bei einer französischen Werbegesellschaft bis 1979 als Niederlassungsleiter. Zusammen mit seiner Ehefrau, einer Übersetzerin, gründete der Kl. am 16. 5. 1980 die Firma F in Frankfurt am Main. Das Stammkapital der Gesellschaft betrug 20 000,00 DM, wovon auf den Kl. 9000,00 DM und auf seine Ehefrau 11 000,00 DM entfielen. Der Kl. wurde nach § 4 des Gesellschaftsvertrags unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zum alleinigen Geschäftsführer bestimmt. Gemäß § 6 des Gesellschaftsvertrags sollten Beschlüsse der Gesellschaft mit einfacher Mehrheit gefasst werden. Unter dem 16. 5. 1980 wurde zwischen der GmbH und dem Kl. ein Anstellungsvertrag geschlossen, demzufolge der Kl. für seine Tätigkeit ein festes Monatsgehalt von 8000,00 DM sowie eine Umsatzprovision in Höhe von 10 v. H. der erwirtschafteten Provisionseinnahmen erhalten sollte. Am 16. 4. 1985 wurde das Stammkapital der Gesellschaft durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss vor dem Notar auf 50 000,00 DM erhöht, wobei auf den Kl. ein weiterer Geschäftsanteil von 14 000,00 DM und auf seine Ehefrau von 16 000,00 DM entfielen. Wegen der weitergehenden Vereinbarungen wird auf den Gesellschaftsvertrag sowie den Anstellungsvertrag des Kl. verwiesen.

Am 1. 10. 1993 meldete sich der Kl. bei der Bekl. arbeitslos und beantragte Alg. Der von ihm unterschriebenen Arbeitsbescheinigung zufolge endete das Arbeitsverhältnis durch Kündigung vom 26. 2. 1993 zum 30. 9. 1993. Bescheinigt wurde ferner ein monatliches Bruttoarbeitsentgelt von 7600,00 DM vom 1. 1. 1993 bis zum 30. 9. 1993. Der Kl. erklärte zu den Entlassungsgründen, dass seit 1992 eine sehr schwierige wirtschaftliche Situation, verbunden mit starken Umsatzeinbußen, entstanden sei, die seine Weiterbeschäftigung nicht mehr zuließe.

Mit Bescheid vom 3. 2. 1994 lehnte die Bekl. den Antrag des Kl. mit der Begründung ab, seine Tätigkeit als Geschäftsführer sei nicht beitragspflichtig im Sinne der §§ 104, 168 AFG gewesen. Während die Klage erfolgreich war, blieb die Berufung der Bekl. erfolglos.

**Aus den Gründen:** Nach § 100 I AFG ist der Anspruch auf Alg u. a. davon abhängig, dass der Arbeitslose die Anwartschaftszeit gemäß § 104 AFG erfüllt hat. Dies setzt voraus, dass in der dreijährigen Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gemäß § 168 AFG zurückgelegt wurden. Beitragspflichtig sind nach § 168 I 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. z. B. BSG

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. 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 Leistung verbleiben, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden oder wird davon tatsächlich keinerlei Gebrauch gemacht, kann der Betreffende seine Tätigkeit mithin im Wesentlichen 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 selbstständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt.

Nach diesen Grundsätzen richtet sich, ob der Geschäftsführer einer GmbH abhängig und deshalb beitragspflichtig beschäftigt ist oder nicht. Er ist weder wegen seiner Organstellung 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 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. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis liegt hiernach allerdings nicht vor, wenn der Geschäftsführer an der Gesellschaft derart beteiligt ist, dass er mit Hilfe seiner Gesellschafterrechte die für das Beschäftigungsverhältnis typische Abhängigkeit vermeiden kann. 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 (ständige Rechtsprechung des BSG, vgl. BSG, Urteil vom 11. 2. 1993 - 7 RAr 48/92 - m. w. N.). Nach den eingangs beschriebenen Grundsätzen richtet sich auch die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei prinzipiell nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr. 11).

Vorliegend war der Kl. weder auf Grund entsprechender Kapitalbeteiligung noch auf Grund einer so genannten Sperrminorität in der Lage, ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschaft zu verhindern. Denn nach dem zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrag sollten Beschlüsse der Gesellschaft grundsätzlich mit einfacher Mehrheit gefasst werden (§ 6). Maßgeblich ist deshalb, ob der Kl. aus anderweitigen Gründen hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im Wesentlichen weisungsfrei war oder seine Tätigkeit weisungsabhängig für ein fremdes Unternehmen ausübte. Letzteres ist der Fall. Der Kl. war ausweislich des Anstellungsvertrags vom 16. 8. 1980 bei der Firma F als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer angestellt und dabei ausdrücklich an die Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung gebunden. Das

vereinbarte Monatsgehalt entsprach der Üblichkeit, unterlag der Steuerpflicht und wurde auf ein eigenes Konto des Kl. überwiesen (zu diesem Aspekt vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 15. 5. 2001 – B 12 KR 34/00 R –). Zu Recht hat der Kl. in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass die spätere Reduzierung des Gehalts mit einer einverständlichen vereinbarten Verringerung der Arbeitszeit einherging und deshalb nicht ohne weiteres als unternehmerische Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung der Gesellschaftsverhältnisse verstanden werden kann. Vertraglich vereinbart waren zudem arbeitsnehmertypische Urlaubsansprüche und solche auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall. Die vertraglich vorgesehene Umsatzprovision ist ebenso wie die begrenzte Gehaltsfortzahlung an Hinterbliebene bei leitenden Angestellten nicht ungewöhnlich. Die von der Bekl. zudem erwähnte Regelung zur Vertragsdauer (Ziff. 7 des Anstellungsvertrags, §§ 6, 7 des Gesellschaftervertrags) ist für die hier zu entscheidende Frage ohne erkennbare Bedeutung. Die tatsächlichen Gegebenheiten standen unbeschadet der unterschiedlich ausgeprägten Spezialkenntnisse wie auch des unterschiedlichen zeitlichen Engagements der Eheleute in Übereinstimmung mit der vertraglichen Ausgestaltung. Der Umstand, dass dem Kl. ein qua Mehrheit entschiedener Fall nicht Erinnerungswert war, ist nach der Rechtsprechung des *Senats* (z. B. Urteil vom 20. 3. 1998 – L 10 AL 330/96 –) als Ausdruck der ehelichen Verbundenheit zu werten. Trotz dieser familiären Beziehungen war der Kl. der Ordnungs- und Direktionsmacht der Firma F und damit letztlich der Mehrheitsgesellschaft tatsächlich unterworfen. Das wird durch die Aussage der Ehefrau bestätigt. Denn danach hätte sie sich einen neuen Mitarbeiter suchen müssen, wenn der Kl. aus dem Unternehmen ausgeschieden wäre. In der Gesamtbewertung war es ihr Unternehmen, für das der Kl. als angestellter Geschäftsführer tätig war und für das sie das letzte Bestimmungsrecht hatte. Dass ein ernstgemeintes Arbeitsverhältnis eingegangen worden ist, zeigen die über die gesamte Beschäftigungszeit abgeführten Sozialversicherungsbeiträge, auch wenn diesem Umstand für sich keine konstitutive Bedeutung zukommt, und entspricht der Beurteilung durch die AOK (hierzu vgl. Urteil des *Senats* vom 20. 3. 1998, aao3. 1998, a. a. O.). Für den *Senat* steht nach allem fest, dass der Kl. hinsichtlich Zeit, Dauer, Umfang und Ort seiner Tätigkeit im Wesentlichen weisungsabhängig war und, wirtschaftlich gesehen, seine Tätigkeit für ein fremdes Unternehmen ausübte.

*(Mitgeteilt von M. Schafhausen, Rechtsanwalt,  
Frankfurt am Main)*

#### **Fundstelle**

NZS 2002, 438-439

ASR 2002, 64-67