

# SOZIALGERICHT HANNOVER



Az.: S 8 AL 524/09

## IM NAMEN DES VOLKES

Verkündet am: 16.02.2012

A., Justizangestellte  
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle

## URTEIL

In dem Rechtsstreit

B.,  
,

Klägerin,

Proz.-Bev.: C.,  
,

g e g e n

D.,  
,

Beklagte,

hat die 8. Kammer des Sozialgerichts Hannover auf die mündliche Verhandlung vom 16. Februar 2012 durch die Vorsitzende, Richterin am Sozialgericht E., und die ehrenamtlichen Richter Frau F. und Herrn G., für Recht erkannt:

**1. Der Bescheid vom 28. September 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Oktober 2009 wird aufgehoben. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger antragsgemäß Arbeitslosengeld ab 1. September 2009 zu gewähren.**

**2. Die Beklagte hat dem Kläger dessen notwendige außergerichtliche Kosten zu erstatten.**

### **T a t b e s t a n d**

Der Kläger wendet sich gegen die Ablehnung der Arbeitslosengeldbewilligung.

Der 1969 geborene Kläger war vom 15. Januar 2004 bis 30. September 2009 als Koch im Restaurant „Ihme-Blick“ tätig gewesen. Er war seit 1991 Geschäftsführer der H. mit 20 % der Stammeinlagen (10.000,00 DM). Seine Mutter hielt 80 % der Stammeinlagen (40.000,00 DM). Als Geschäftsführer war der Kläger vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB befreit. Er erhielt einen Bruttoarbeitslohn in Höhe von 1.725,00 Euro monatlich. Im Jahre 2004 gewährte er der I. ein Darlehen in Höhe von 6.000,00 Euro. Wegen Insolvenz wurde der Geschäftsbetrieb des Restaurants J. zum 31. August 2009 eingestellt. Der Kläger kündigte sich das Arbeitsverhältnis als Geschäftsführer der K. am 8. September 2009 zum 30. September 2009. Zum 1. September 2009 meldete er sich arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld.

Mit Bescheid vom 28. September 2009 lehnte der Beklagte den Antrag ab, da der Kläger während seiner Beschäftigungszeit im Restaurant L. nicht sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Er sei nicht weisungsgebunden gewesen, seine Tätigkeit sei vom gleichberechtigten Miteinander zum anderen Gesellschafter geprägt gewesen.

Den dagegen eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 23. Oktober 2009 als unbegründet zurück.

Der Kläger hat am 23. November 2009 Klage beim Sozialgericht Hannover erhoben. Er hat vorgetragen, er sei als Arbeitnehmer bei der M. tätig gewesen. Die

Arbeitsorganisation, den Einsatz des Personals sowie die unternehmerischen Aufgaben seien von seiner Mutter wahrgenommen worden. Gleiches habe für die Organisation von Veranstaltungen gegolten. Er sei nur selbstständig in seiner Tätigkeit als Koch gewesen.

Der Kläger beantragt,

den Bescheid vom 28. September 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Oktober 2009 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm antragsgemäß ab 1. September 2009 Arbeitslosengeld zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bezieht sich zur Begründung auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid. Ergänzend hat sie ausgeführt, es sei völlig untypisch für einen Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber ein Darlehn zu gewähren. Die überwiegenden Tatsachen sprächen gegen eine abhängige Beschäftigung.

Wegen des sonstigen Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der von ihnen eingereichten Schriftsätze Bezug genommen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Prozessakte und der Leistungsakte der Beklagten – Az: N. Arbeitsagentur O., verwiesen. Sie haben dem Gericht vorgelegen und sind Gegenstand der Verhandlung und Beratung gewesen.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e**

Die zulässige Klage ist begründet. Der Kläger hat Anspruch auf Arbeitslosengeld ab 1. September 2009. Der Bescheid der Beklagten vom 28. September 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 23. Oktober 2009 erweist sich als rechtswidrig.

Gemäß § 118 Abs. 1 Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) haben Anspruch auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit Arbeitnehmer, die

1. arbeitslos sind,
2. sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und
3. die Anwartschaftszeit erfüllt haben.

Der Kläger war seit 1. September 2009 arbeitslos, da die Tätigkeit bei der P. beendet war. Gemäß § 119 Abs. 1 SGB III ist arbeitslos - neben anderen Voraussetzungen - ein Arbeitnehmer, der nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit). Dies ist hier der Fall. Die Q. war insolvent. Seit 31. August 2009 war der Geschäftsbetrieb eingestellt. Beschäftigungslosigkeit bestand somit bereits ab 1. September 2009, da das bisherige Beschäftigungsverhältnis zu diesem Zeitpunkt sein tatsächliches Ende gefunden hatte, unabhängig von der ausgesprochenen Kündigung zum 30. September 2009. Dementsprechend hat sich der Kläger zum 1. September 2009 arbeitslos gemeldet.

Der Kläger hat auch die gemäß §§ 117 Abs. 1 Nr. 3, 123, 124 SGB III erforderliche Anwartschaftszeit erfüllt. Gemäß § 123 Satz 1 Nr. 1 SGB III hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist mindestens 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat. Nach § 124 Abs. 1 SGB III beträgt die Rahmenfrist 2 Jahre und beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld. Vorliegend reicht die zweijährige Rahmenfrist vom 1. September 2007 bis 31. August 2009. In diesem Zeitraum stand der Kläger in einem Versicherungspflichtverhältnis.

Gemäß § 25 Abs. 1 SGB III sind versicherungspflichtig beschäftigt, Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Nach der hier anwendbaren Begriffsbestimmung in § 7 SGB IV ist „Beschäftigung“ die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Beschäftigungsverhältnis. Eine Beschäftigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt.

Dem gegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag (ständige Rechtsprechung, u. a. BSG vom 22. Juni 2005 - B 12 KR 28/03 R - zitiert in Juris).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit in einem Unternehmen eines nächsten Verwandten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Hier kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, falls familiäre Zusammengehörigkeit die Tätigkeit prägt, denn unter Ehegatten sowie innerhalb von Eltern-Kind-Beziehungen ist das Weisungsrecht im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt.

Nach diesen Grundsätzen ist auch zu beurteilen, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH zu dieser in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht (BSG Urteil vom 4. Juli 2007 - B 11 aAL 5/06 R, SozRecht 4-2400, § 7 Nr. 8). Eine Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft ist nicht bereits durch die Stellung des Geschäftsführers als Gesellschafter ausgeschlossen. Beim am Stammkapital der Gesellschaft beteiligten Geschäftsführer ist der Umfang der Beteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal. Bei Fremdgeschäftsführern, die nicht am Gesellschaftskapital beteiligt sind, hat das BSG dementsprechend regelmäßig eine abhängige Beschäftigung angenommen, soweit nicht besondere Umstände vorliegen, die eine Weisungsgebundenheit im Einzelnen ausnahmsweise aufheben. Vergleichbares gilt auch bei Geschäftsführern, die zwar zu gleich Gesellschafter sind, jedoch weder über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile noch über eine sogenannte Sperrminorität verfügen. Auch für diesen Personenkreis ist im Regelfall von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Eine hiervon abweichende Beurteilung kommt nur in

Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalles den Schluss zulassen, es liege keine Weisungsgebundenheit vor (vgl. BSG, a. a. O.).

Ausgehend von diesen Grundsätzen war der Kläger als Koch im Restaurant "R." während der gesamten Rahmenfrist vom 1. September 2007 bis 31. August 2009 versicherungspflichtig beschäftigt im Sinne des § 25 Abs. 1 SGB III.

Entsprechend dem Gesellschaftsvertrag vom 25. Februar 1991 verfügte der Kläger weder über eine Stimmenmehrheit noch über eine Sperrminorität. Die Bestimmungen des Arbeitsvertrages vom 15. Januar 2004 zeigen auch, dass der Kläger nach der vertraglichen Gestaltung Arbeitnehmer war. Das der Kläger als Geschäftsführer im Rahmen seiner Geschäftsführertätigkeit allein vertretungsberechtigt und vom Selbstkontrahierungsverbot befreit war, ist bei einer kleineren GmbH nicht untypisch und spricht deshalb nicht zwingend für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit (BSG, Urteil vom 4. Juli 2007 - B 11 aAL 5/06 R a. a. O.).

Die Höhe des dem Kläger gezahlten monatlichen Entgeltes in Höhe von 1.725,00 Euro brutto spricht für eine abhängige Beschäftigung. Das gezahlte Entgelt stellt einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit dar. Das der Kläger, bei länger dauernden Veranstaltungen und Überstunden keinen höheren Lohn bekam, ist der familienhaften Beziehung zwischen ihm und der Hauptgesellschafterin, seiner Mutter, geschuldet. Der Kläger erhielt auch Urlaub, den er zunächst während der Betriebsferien nahm. Später war dies wegen der prekären finanziellen Lage der GmbH nicht mehr möglich. Dass der Kläger dann ebenfalls keinen Urlaub genommen hat, ist auf die familiäre Zusammengehörigkeit zurückzuführen.

Entscheidend ist nach Ansicht der Kammer, dass sowohl der Kläger als auch die Zeugin S. übereinstimmend ausgesagt haben, dass die unternehmerischen Entscheidungen von der Zeugin T. getroffen worden sind. An diesen Aussagen hat die Kammer keinen begründeten Anlass zu zweifeln. Die Zeugin U. hat als Hauptgesellschafterin der GmbH die unternehmerischen Entscheidungen betreffend das Restaurant "V." allein getroffen. Sie hat das Restaurant geleitet, in dem sie die personellen Entscheidungen, wie Einstellungen und Entlassungen des Personals

getroffen hat. Sie war für die Buchführung zuständig und hat größere Feiern alleine organisiert. Der Kläger kam nur hinzu, um über die Speisen zu sprechen. Innerhalb des Küchenbereichs, war der Kläger selbstständig tätig. Dem steht nicht entgegen, dass es gewisse familienhafte Absprachen zwischen der Zeugin W. und dem Kläger gegeben hat, z. B. dass der Kläger wegen der schlechten finanziellen Situation des Restaurants keinen Urlaub genommen hat. Die wesentlichen betriebsbedingten Entscheidungen traf die Zeugin X.. So verhandelte sie auch ihren nachvollziehbaren Ausführungen folgend, mit dem Finanzamt, als die GmbH die Umsatzsteuer nicht mehr pünktlich zahlen konnte. Ebenso liefen die Verhandlungen mit dem Vermieter über sie. Hier waren ebenfalls wegen der prekären finanziellen Lage diverse Gespräche und Verhandlungen erforderlich. Die Zeugin Y. einigte sich mit dem Vermieter die Pachtsicherheit vorübergehend als Pachtzahlung zu nehmen. Erst als die Rückzahlung nicht gelang, meldete sie Insolvenz an.

Die Zeugin Z. verfügte auch über die zur Führung des Unternehmens erforderlichen Branchenkenntnisse. Zwar war sie gelernte Kinderpflegerin. Sie hatte jedoch bereits seit 1987 zusammen mit ihrem verstorbenen Ehemann eine Gaststätte geführt, die kleine Speisen anbot. Im Jahre 1991 übernahm sie mit ihrem Ehemann das Restaurant "AA.". Zu dieser Zeit war dort ein angestellter Koch tätig. Aufgrund der langjährigen Führung eines Gaststättenbetriebes, ist davon auszugehen, dass sich die Zeugin BB. die erforderlichen Branchenkenntnisse angeeignet hat.

Die Übernahme der Bürgschaft in Höhe von 6.000,00 Euro für die CC. spricht nicht gegen die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers. Zwar ist die Übernahme einer Bürgschaft arbeitnehmeruntypisch. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich um eine Familien-GmbH handelte, in der nur Mutter und Sohn tätig waren. Die Übernahme der Bürgschaft war hier der familienhaften Beziehung geschuldet. Zu dem ist auch von einer Angestellten, den übereinstimmenden Aussagen des Klägers und der Zeugin zur Folge, ein Darlehen in Höhe von 3.000,00 Euro gewährt worden.

Nach Auffassung der Kammer ergibt als Gesamtbild eine versicherungspflichtige Beschäftigung des Klägers im Restaurant "DD.".

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.