



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 143/02

Verkündet am:
24. Juli 2003
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

KO § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a); AFG §§ 141a, 141b

Die Vergütungsansprüche der beiden Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die über Kapitalbeteiligungen von 40 v.H. bzw. 25 v.H. verfügen, können im Gesellschaftskonkurs keine bevorrechtigten Forderungen sein.

BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - IX ZR 143/02 - OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Raebel und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 16. Mai 2002 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagende Bundesanstalt gewährte den mit 40 v.H. bzw. 25 v.H. am Stammkapital beteiligten Geschäftsführern einer GmbH Konkursausfallgeld. Beide Geschäftsführer hatten sich auch in erheblichem Umfang für Verbindlichkeiten der GmbH verbürgt oder dafür Sicherheit geleistet. Nach der Satzung bestand für die GmbH unechte Gesamtvertretung. Nach den im wesentlichen gleichlautenden Anstellungsverträgen durften beide Geschäftsführer die GmbH nur zusammen mit einem weiteren Geschäftsführer vertreten. Die Geschäftsführer unterlagen nach der Satzung den allgemeinen und besonderen Weisungen der Gesellschafter, die mit einfacher Mehrheit beschließen konnten. Nach der Satzung und den Anstellungsverträgen der Geschäftsführer bestanden außerdem weitgehende Zustimmungsvorbehalte der Gesellschafterversammlung

gegenüber Rechtshandlungen der Geschäftsführung. Die Frage der Bezüge, sonstigen Leistungen, des Urlaubes und der Arbeitszeit hatten die Anstellungsverträge der Geschäftsführer in einer für Arbeitnehmer typischen Weise geregelt.

Gegenüber dem Geschäftsführer M. ist die Klägerin durch das Sozialgericht D. unter Bejahung seiner Arbeitnehmereigenschaft rechtskräftig zur Leistung von Konkursausfallgeld verurteilt worden. Bei dem Geschäftsführer G. hatte bereits sein Widerspruch zur abhelfenden Leistungsbewilligung des Arbeitsamtes geführt.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit verlangt die Klägerin von dem beklagten Konkursverwalter, die auf sie übergegangenen Ansprüche der genannten Geschäftsführer als bevorrechtigte Konkursforderungen anzuerkennen, weil der Beklagte die zur Tabelle angemeldeten Ansprüche mit diesem Rang bestritten hat.

Das Landgericht hat festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet sei, die aufgrund der Zahlung von Konkursausfallgeld an die Geschäftsführer M. und G. in Höhe von 22.049,02 DM und 18.153,89 DM entstandenen Forderungen der Klägerin als bevorrechtigte Konkursforderungen anzuerkennen. Das Berufungsgericht hat die auf Feststellung zur Tabelle ausgelegte Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I.

Einziges Streitpunkt der Parteien in den Vorinstanzen war die Frage, ob die Geschäftsführer der nachmaligen Gemeinschuldnerin nach Lage des Falles, insbesondere nach der Höhe ihrer Kapitalbeteiligungen und der Ausgestaltung ihrer Anstellungsverträge als Arbeitnehmer zum Bezug von Konkursausfallgeld berechtigt waren. Das Landgericht hat die Arbeitnehmereigenschaft der Geschäftsführer wie das Sozialgericht D. im Falle M. bejaht. Das Berufungsgericht hat sie für beide Geschäftsführer verneint. Die Möglichkeit einer Feststellung zur Tabelle ohne Vorrang brauchte das Berufungsgericht nicht zu prüfen, da ein solcher Sachantrag - auch hilfsweise - nicht gestellt war.

Das Berufungsgericht hat den aus übergegangenem Recht von der Klägerin angemeldeten Vergütungsansprüchen den Rang aus § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a, Abs. 2, § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO versagt, weil die Beteiligungen beider Geschäftsführer in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Insolvenzsicherung betrieblicher Versorgungsansprüche in der Zusammenschau zu betrachten seien. Ihre Rechtsstellung sei danach infolge des gemeinschaftlichen Stimmenübergewichts als Mitunternehmerschaft zu beurteilen. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

II.

Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes hat sich mit der Arbeitnehmereigenschaft von GmbH-Geschäftsführern in verschiedenen rechtlichen Zusammenhängen befaßt.

1. Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in seiner vom Berufungsgericht herangezogenen Rechtsprechung zur Insolvenzsicherung von Betriebsrenten nach den §§ 7 und 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG Versorgungszusagen an GmbH-Geschäftsführer nicht geschützt, wenn der Geschäftsführer einem Unternehmer oder Mitunternehmer gleichstand. Als Unternehmer hat der II. Zivilsenat dabei Geschäftsführer betrachtet, die über eine alleinige oder eine mehrheitliche Kapital- und Stimmenbeteiligung an der GmbH verfügten (BGHZ 77, 94, 101 f; 77, 233, 241; 108, 330, 333; BGH, Urt. v. 25. September 1989 - II ZR 259/88, WM 1989, 1661, 1662; vgl. außerdem Brandes, BetrAV 1990, 12, 14; Goette, ZIP 1997, 1317, 1319).

Als Mitunternehmer und daher in ihrer betrieblichen Altersversorgung nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG nicht insolvenzgesichert hat der II. Zivilsenat auch GmbH-Geschäftsführer behandelt, die zusammen mit einem Mitgeschäftsführer die Mehrheit der Geschäftsanteile und selbst keine nur ganz unbedeutende Beteiligung hielten (BGHZ 77, 94, 102; 77, 233, 242; 108, 330, 333; BGH, Urt. v. 9. März 1981 - II ZR 171/79, WM 1981, 647 f; v. 25. September 1989 aaO; v. 2. Juni 1997 - II ZR 181/96, ZIP 1997, 1351, 1352; siehe außerdem Brandes, aaO).

Eine solche, nicht ganz unbedeutende Beteiligung kann schon bei dem Kapitalanteil eines Geschäftsführers von 10 v.H. vorhanden sein (BGH, Urt. v.

2. Juni 1997 aaO mit einschränkenden Nachweisen). Größere Beteiligungsunterschiede (im Falle des Urteils vom 9. März 1981 aaO handelte es sich um Beteiligungen von 50 v.H. und 20 v.H.) der Geschäftsführer sollen dabei dem geringer Beteiligten eine genügend starke unternehmerische Position belassen. Nur wenn ein Minderheitsgesellschafter zusammen mit einem Mehrheitsgesellschafter die Geschäfte einer GmbH führe, sei die Versorgung des Minderheitsgesellschafters durch das Betriebsrentengesetz im Insolvenzfall geschützt (BGHZ 108 aaO; BGH, Urt. v. 25. September 1989 aaO).

2. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG hat auch das Bundesarbeitsgericht GmbH-Geschäftsführer nur dann als Unternehmer ohne Insolvenzschutz der Betriebsrente behandelt, wenn sie über mehr als 50 v.H. der GmbH-Anteile verfügten (BAGE 66, 1, 5 m.w.N.). Ergänzend dazu hat das Bundesarbeitsgericht ausgeführt, daß es für den Insolvenzschutz der Betriebsrente eines Geschäftsführers mit Minderheitsbeteiligung nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG ausreiche, wenn ein anderer Gesellschafter infolge eines Vorzugsstimmrechts beherrschenden Einfluß in der Gesellschafterversammlung ausübe (BAG GmbHR 1998, 84, 86).

3. Das Bundessozialgericht hat für den Anspruch auf Konkursausfallgeld die Legaldefinition des Arbeitnehmers aus den Vorschriften über die Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung (§ 168 Abs. 1 Satz 1 AFG mit seinen Ergänzungen durch § 173a AFG und § 7 SGB IV) herangezogen (BSG SozR 2 - 4100 § 141b AFG Nr. 41 S. 156 m.w.N.; SozR 3 - 4100 § 168 AFG Nr. 5 S. 7 f; § 141b AFG Nr. 17 S. 78). Nach seiner Rechtsprechung ist der Geschäftsführer einer GmbH nicht mehr als Arbeitnehmer zum Konkursausfallgeld

berechtigt, wenn er aufgrund seiner Kapitalbeteiligung einen so maßgebenden Einfluß auf die Entscheidungen der GmbH hat, daß er jeden Beschluß, insbesondere jede ihm nicht genehme Weisung verhindern kann. Denn der Geschäftsführer befindet sich dann nicht mehr in der für Arbeitnehmer typischen Position persönlicher Abhängigkeit von der Anstellungs-GmbH. Eine solche Abwehrstellung besitzt der Geschäftsführer regelmäßig bei einer mindestens hälftigen Kapitalbeteiligung (vgl. § 47 Abs. 1 und 2 GmbHG). Auch der Geschäftsführer mit einer Minderheitsbeteiligung, der aufgrund eines Vorzugsstimmrechts oder der satzungsmäßigen Anordnung qualifizierter Beschlusmehrheiten mindestens über eine breite Sperrminorität verfügt, ist nach diesem Maßstab kein zum Konkursausfallgeld anspruchsberechtigter Arbeitnehmer. Ein Geschäftsführer soll nach Ansicht des Bundessozialgerichts auch dann kein Arbeitnehmer mehr sein, wenn er aufgrund der eigenen Beteiligung und als Stimmführer eines Splitteranteils seines Ehegatten eine GmbH faktisch beherrscht (vgl. BSGE 13, 196, 199 f; 23, 83, 84 f; 42, 1, 2; BSG SozR 2 - 4100 § 141b AFG Nr. 41 S. 157 - faktische Beherrschung; SozR 3 - 4100 § 168 AFG Nr. 5 S. 8 f - Sperrminorität infolge Einstimmigkeit; SozR 3 - 4100 § 168 AFG Nr. 8 S. 16 - zu schmale Sperrminorität; SozR 3 - 4100 § 168 AFG Rn. 18 S. 45, 46 f - nur treuhänderische Alleinberechtigung; SozR 3 - 4100 § 141b AFG Nr. 17 S. 80 = ZIP 1997, 1120 - nur treuhänderische Mehrheitsbeteiligung).

Im Gegensatz zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über die Teilnahmegrenzen von GmbH-Geschäftsführern an der Insolvenzsicherung von Betriebsrenten, der das Berufungsgericht hier auch für die Insolvenzsicherung der aktiven Bezüge gefolgt ist, hat das Bundessozialgericht die Arbeitnehmerstellung geschäftsführender GmbH-Minderheitsgesellschafter bei Prüfung ihrer

Versicherungspflicht nach § 168 Abs. 1 AFG nicht ausgeschlossen, obwohl sie mit ihrer zusammengefaßten Stimmenmacht die GmbH beherrschen konnten, gemeinschaftlich vertretungsbefugt waren und die Gesellschafter nur im gesetzlichen Mindestumfang auf die Geschäftsführung Einfluß zu nehmen vermochten (BSGE 38, 53, 54, 58). Für die Beurteilung der arbeitnehmertypischen Abhängigkeit hat das Bundessozialgericht bei GmbH-Geschäftsführern mit Minderheitsbeteiligung statt dessen in erster Linie auf die rechtliche und tatsächliche Freiheit der Arbeitszeit- und Urlaubsgestaltung, daneben auf das Maß ihrer wirtschaftlichen Einflußmöglichkeit auf die Gesellschaft und auf die Größe des wirtschaftlichen Eigeninteresses des Geschäftsführers am Unternehmenserfolg der GmbH abgestellt (BSGE aaO; BSG SozR 3 - 2400 § 7 SGB IV Nr. 4 S. 14, 17 f; SozR 3 - 4100 § 168 AFG Nr. 18 S. 48; § 141b AFG Nr. 17 S. 82).

III.

Der Senat ist verfahrensrechtlich frei, die persönliche Berechtigung von GmbH-Geschäftsführern zum Konkursausfallgeld für die vorliegende Fallgruppe konkursrechtlich abweichend von der angeführten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, des Bundesarbeitsgerichts und auch abweichend von der Rechtsprechung des II. Zivilsenats zur Insolvenzsicherung von Versorgungszusagen an GmbH-Geschäftsführer abzugrenzen.

1. Die Revisionserwiderung nimmt an, eine feste Verzahnung der Insolvenzsicherung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach § 17 Abs. 1 BetrAVG und der (übergegangenen) Bezüge aus Arbeitsverhältnissen

nach den §§ 141a ff, 141m Abs. 1 AFG, § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a, Abs. 2 Satz 1 1. Fall, § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO ergebe sich bereits aus dem Urteil des II. Zivilsenats vom 14. Juli 1980 (BGHZ 78, 73, 80 = NJW 1980, 2468, 2470 zu III, 2.). Das trifft indes nicht zu.

Selbst wenn das Bundessozialgericht jener Entscheidung den Hinweis entnommen haben sollte, daß eine völlige Gleichbehandlung von Betriebsrenten und Arbeitslohn in ihrem konkursrechtlichen Schutz notwendig sei (vgl. BSGE 61, 282, 283 = ZIP 1987, 924), so liegt darin eine ungerechtfertigte Verallgemeinerung. Denn der II. Zivilsenat hat die Gleichbehandlung der aktiven Bezüge und der Versorgungsbezüge nur insoweit herausgestellt, als es das größere vollstreckungsrechtliche Schutzbedürfnis der Leistungen für den laufenden Unterhalt im Vergleich zu den älteren Rückständen anbetrifft. Darum geht es hier nicht.

Bei der Auslegung von § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO kann der Kreis der jeweils geschützten Personen nicht ohne Rücksicht darauf gezogen werden, daß § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. d KO die "Berechtigten auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung" erfaßt und damit an den erweiterten Arbeitnehmerbegriff des § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG anschließt. Demgegenüber gewährt § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a, Abs. 2 Satz 1 KO die konkursrechtlichen Vergünstigungen für Bezüge aus einem Arbeitsverhältnis allen "Arbeitnehmern" (zur Möglichkeit einer Differenzierung auch schon BGH, Urt. v. 23. Januar 2003 - IX ZR 39/02, WM 2003, 551, 553 unter 2 b, bb [2]). Die Konkursordnung hat damit für die Gerichte einen Auslegungsspielraum eröffnet. Dadurch wird eine praktische Konkordanz im persönlichen Schutzbereich der Konkursicherung von Arbeitslohn und Betriebsrenten ermöglicht, die - teilweise mit Recht - grundsätz-

lich für erstrebenswert gehalten wird (vgl. etwa Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 59 Rn. 15b; für deckungsgleiche persönliche Schutzbereiche auch das Berufungsgericht).

2. Dagegen sind die Begriffe des Arbeitnehmers und des Arbeitsverhältnisses in den §§ 141a, 141b, 141m AFG und § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a KO im Hinblick auf den Zweck des Gesetzes notwendig inhaltsgleich zu bestimmen (vgl. BSGE 61, 282, 284). Denn verschiedene persönliche Berechtigungen des Arbeitnehmerschutzes von rückständigen Bezügen aus den letzten drei Monaten vor dem Konkursfall mit der Sicherung durch Konkursausfallgeld und von älteren Rückständen mit Masserang im Konkurs läßt § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a KO nicht zu (vgl. BGH, Urt. v. 23. Januar 2003 - IX ZR 39/02, aaO unter II. 2. b, bb [1]). Diese notwendige Begriffsidentität aus dem Normzusammenhang des Gesetzes über Konkursausfallgeld vom 17. Juli 1974 (BGBl. I S. 1481) erstreckt sich nicht auf den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, wie er aus der Legaldefinition des § 168 Abs. 1 Satz 1 AFG und anderer Gesetze hervorgeht. In diesem Sinne weicht der Senat im Nachstehenden nicht von der Auffassung des Bundessozialgerichts ab, ein geschäftsführender GmbH-Minderheitsgesellschafter könne auch dann noch Arbeitnehmer sein, wenn ihm zwei weitere Gesellschafter mit ebenfalls je einer Drittelbeteiligung an der Seite stehen (vgl. BSGE 38, 53, 58). Dieser Entscheidung lagen zwar dem Streitfall im wesentlichen gleichgelagerte Beteiligungsverhältnisse zugrunde. Sie ist jedoch lediglich zur Abgrenzung der Versicherungspflicht von GmbH-Geschäftsführern nach § 168 Abs. 1 AFG ergangen, während der Senat § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a KO auszulegen hat. Die vom Bundessozialgericht zur Anspruchsberechtigung von GmbH-Geschäftsführern auf Konkursausfallgeld entschiedenen Sachverhalte betrafen - soweit ersichtlich - kei-

ne Beteiligungsverhältnisse, nach denen die Arbeitnehmereigenschaft der jeweiligen Kläger vom Standpunkt des Senats her im Ergebnis anders hätte beantwortet werden müssen. Die verbleibenden Abgrenzungsunterschiede in der Berechtigung von GmbH-Geschäftsführern zum Konkursausfallgeld führen daher nicht zu einer Abweichung, die nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes die Anrufung des Gemeinsamen Senates gebietet.

IV.

Nach zutreffender Annahme des Berufungsgerichts waren die Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin, denen die Klägerin Konkursausfallgeld gewährt hat, keine Arbeitnehmer i.S. der § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a KO, §§ 141a ff AFG. Die Klägerin ist daher nach § 146 KO nicht berechtigt, die gemäß § 141m Abs. 1 AFG auf sie übergegangenen, ansonsten nach Grund und Höhe unstreitigen Vergütungsansprüche der Geschäftsführer gemäß § 59 Abs. 2 KO mit dem Rang aus § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO zur Konkurstabelle feststellen zu lassen.

1. Der Senat hat in seinem Urteil vom 23. Januar 2003 (IX ZR 39/02, WM 2003, 551) entschieden, daß die Vergütungen von GmbH-Geschäftsführern ohne Kapitalbeteiligung an der Gesellschaft bevorrechtigte Forderungen nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a, § 17 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a GesO und § 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a, § 61 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a KO sein können. Dies dürfte auch für GmbH-Geschäftsführer gelten, die mit weniger als 10 v.H. am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt sind, weil Gewinnchance und Verlustrisiko dann für eine Mitunternehmerschaft in der Regel zu unbedeutend sind und selbst die Minderheitsrechte des § 50 GmbHG dem Gesellschafter verschlossen sein können.

2. Fragwürdig ist, ob in anderen Fällen GmbH-Geschäftsführer, die Minderheitsanteile am Stammkapital halten, in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG im Konkurs der Gesellschaft mit ihren rückständigen Vergütungen erst dann ungeschützt sind, wenn sie zusammen über eine Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung verfügen. Hieraus mag

sich allerdings ein beherrschender Einfluß ergeben, wenn sich die Geschäftsführer faktisch in allen Angelegenheiten der Geschäftsführung verständigen müssen und Leitungsvorlagen bei späterer Beschlußfassung der Gesellschafter gemäß § 46 GmbHG dann mit gebündelter Kapital- und Stimmenmacht vertreten werden. Die Annahme eines solchen Koalitionszwanges widerspricht aber der Lebenserfahrung, wenn die Leitungsmacht der Geschäftsführer - wie hier - nach § 45 GmbHG durch allgemeine und besondere Weisungsrechte der Gesellschafter und weitere Zustimmungsvorbehalte in den Anstellungsverträgen auf die Führung der laufenden Geschäfte beschränkt gewesen ist, wobei insbesondere die Einstellung und Entlassung von Personal und Investitionsentscheidungen in Höhe von mehr als 5.000 DM stets einer Zustimmung der Gesellschafter bedurften. Ein faktischer Koalitionszwang mit Interessengleichschaltung der Geschäftsführer bestand unter diesen Umständen nicht. Jeder konnte mit seinen Vorschlägen vor die Gesellschafter treten und Mehrheitsentscheidungen gegen den Mitgeschäftsführer durchsetzen. Wäre einer der beiden Geschäftsführer abberufen worden, hätte sich die Stellung des verbleibenden Geschäftsführers nicht geschwächt. Es wäre mithin auch nicht vertretbar, den verbleibenden Geschäftsführer gerade wegen Wegfalls eines Koalitionsvorteils der Geschäftsleitung von da ab bei späterem Konkurs als Arbeitnehmer zu schützen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Goette, ZIP 1997, 1317, 1322). Der Senat zieht daraus den Schluß, daß jedenfalls bei der schwachen Leitungsbefugnis der Geschäftsführer im Streitfall eine arbeitnehmertypische Abhängigkeit nicht nur deshalb ausgeschlossen sein kann, weil die Geschäftsführer zusammen die beiden anderen Gesellschafter der Gemeinschuldnerin überstimmen konnten.

3. In den sozialen Schutz von Arbeitnehmern für ihre Lohnrückstände der letzten sechs Monate vor Eröffnung des Konkursverfahrens (§ 59 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a KO) kann ein GmbH-Geschäftsführer aber auch ohne Koalition nicht mehr einbezogen werden, wenn ihm eine (erhebliche) Minderheitsbeteiligung von mindestens 10 v.H. der Geschäftsanteile einen wesentlichen Einfluß auf die Entschlüsse der Gesellschafter nach § 48 Abs. 1 und 2 GmbHG vermittelt. Eines beherrschenden Einflusses oder einer Sperrminorität eines GmbH-Geschäftsführers bedarf es nicht, um seine Verbindung mit der Gesellschaft signifikant über den Status des persönlich abhängigen typischen Arbeitnehmers hinauszuhoben. Denn der typische Arbeitnehmer einer GmbH (ohne Gesellschaftsanteil) hat auf dem Wege der Beteiligung keinerlei Einfluß auf die Gesellschafterentschlüsse seiner Arbeitgeberin, durch den er seine Abhängigkeit als Arbeitnehmer neutralisieren könnte. Ist eine solche erhebliche Arbeitnehmerbeteiligung an einer GmbH ausnahmsweise vorhanden, verliert dieser Gesellschafter unter Umständen seinen konkursrechtlichen Arbeitnehmerschutz für den Vergütungsanspruch, wenn ihm sein faktischer Einfluß auf die Geschäftsführung (§ 37 GmbHG) zugleich einen erheblichen Anteil an der Leitungsmacht zuweist.

Die Verbindung von Leitungsmacht und wesentlichem Einfluß auf die Entschlüsse der Gesellschafter unterscheidet den GmbH-Geschäftsführer mit erheblicher Minderheitsbeteiligung an der Anstellungsgesellschaft auch signifikant von Fremdgeschäftsführern und Geschäftsführern mit bloßen Splitteranteilen unterhalb von 10 v.H., die konkursrechtlich als Arbeitnehmer gelten (siehe oben unter 1. und II., 1.).

Ähnliche Bewertungen einer wesentlichen Einflußmöglichkeit auf die Entschlüsse der Gesellschafter enthielten in anderem Zusammenhang bereits die Ende 2000 außer Kraft getretenen Vorschriften des § 36a Abs. 1 und 2 EStG, indem sie wegen der hiernach bestehenden Mißbrauchsgefahr sowohl dem beherrschenden als auch dem nur wesentlich (mit mehr als 25 v.H. unmittelbar oder mittelbar) beteiligten Gesellschafter die Anrechnung von Körperschaftsteuer auf die einkommensteuerpflichtigen Ausschüttungen bei Nichtentrichtung der Körperschaftsteuer versagten.

Mit Recht hat Groß (DB 1984, 1447, 1454) für den Ausschluß der konkursrechtlichen Arbeitnehmerstellung von GmbH-Geschäftsführern mit erheblicher Minderheitsbeteiligung nicht nur auf diese steuerrechtliche Parallelwertung hingewiesen, sondern auch auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu Bewertungszu- und -abschlägen bei beherrschendem Anteilsbesitz (§ 11 Abs. 3 BewG) einerseits und Minderheitsbeteiligungen andererseits, die noch keinen wesentlichen Einfluß auf die Gesellschafterentschlüsse vermitteln. Der Senat teilt die Ansicht, daß diese bewertungsrechtlichen Kriterien im allgemeinen geeignet sind, auch die konkursrechtliche Arbeitnehmerstellung von Gesellschafter-Geschäftsführern einer GmbH sachgerecht zu begrenzen (vgl. zur Einflußbeschreibung von Beteiligungen außerdem Abschnitt 9 Abs. 1 der Vermögensteuerrichtlinien - VStR 1995, BStBl. I Sondernr. 2/1995 S. 23). Allerdings dürfte in dem hier nicht zu entscheidenden Fall, daß innerhalb einer GmbH ein Mehrheitsgesellschafter existiert, kein Geschäftsführer aufgrund bloßer Minderheitsbeteiligung einen wesentlichen Einfluß auf die Gesellschafterentschlüsse gewinnen können (abweichend von Abschnitt 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 VStR 1995, der insoweit auf der Schachtelbeteiligung des Aktienrechts beruht; siehe ferner die vom Landessozialgericht N.

hier in Sachen des Geschäftsführers M. angeführte Entscheidung des Bundessozialgerichts SozR 3 - 4100 § 168 AFG Nr. 8, in der das beitragspflichtige Beschäftigungsverhältnis der geschäftsführenden Minderheitsgesellschafterin trotz ihrer Beteiligung von 48 v.H. verneint worden ist, weil sie sich einem Mehrheitsgesellschafter gegenüber sah). Fehlt es jedoch an einem Mehrheitsgesellschafter, wie im Falle der Gemeinschuldnerin, so können - sofern keine Verschiebung des Einflusses durch Sonderstimmrechte eintritt - auch Minderheitsbeteiligungen von 10 bis 49,9 v.H. der Geschäftsanteile zu einem wesentlichen Einfluß auf die Entschlüsse der GmbH-Gesellschafter führen, weil jeder derartige Minderheitsgesellschafter mit seinen Beschlußvorschlägen strukturell mehrheitsfähig ist (vgl. BFHE 119, 496, 499; 126, 66, 70; 159, 568, 571 f; BFH/NV 2000, 170, 172). So lag es auch bei der Gemeinschuldnerin für die Geschäftsführer M. und G. . Der arbeitnertypische Inhalt ihrer Anstellungsverträge im Hinblick auf Dauer, Umfang und Ort ihrer Tätigkeit, den Urlaubsanspruch und die Vorsorge für den Krankheitsfall tritt demgegenüber in seiner Bedeutung zurück.

Die Frage, ob die der Gemeinschuldnerin gewährten Sicherheiten den Geschäftsführern zusätzlichen Einfluß verschafft haben, kann weitgehend auf sich beruhen. Es spricht jedenfalls nichts dafür, daß hierdurch einer der Gesellschafter ein relatives Übergewicht erlangt und dadurch seine Mitgesellschafter - wie ein Mehrheitsgesellschafter - in eine einflußärmere Position zurückgedrängt hätte.

Die Revision rügt ohne Erfolg, daß das Berufungsgericht keine Tatbestandswirkung der sozialgerichtlichen Verurteilung der Klägerin in Sachen M. und keine entsprechende Bestandskraftwirkung des Widerspruchsbescheides in Sachen G. für den zum Konkursvorrecht abgestuften Masserang ihrer nach § 141m Abs. 1 AFG übergegangenen Vergütungsansprüche angenommen hat. Tatbestandswirkung kommt den Entscheidungen über den Anspruch auf Konkursausfallgeld allenfalls für den gesetzlichen Anspruchsübergang selbst und damit für die Aktivlegitimation der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit zu.

Der Anspruch auf Konkursausfallgeld ist dem Lohnanspruch des Arbeitnehmers akzessorisch. Das Bundessozialgericht hat daher der arbeitsgerichtlichen Lohnaberkennung Tatbestandswirkung für den Anspruch auf Konkursausfallgeld zugebilligt (so etwa BSG SozR 3 - 4100 § 141b AFG Nr. 15). Das gilt jedoch nicht bei rechtskräftiger Verurteilung der späteren Gemeinschuldnerin zur Zahlung von Arbeitslohn (BSG SozR 3 - 4100 § 141a AFG Nr. 2 S. 7 a.E.). Wie für den Bürgen nach § 767 BGB wirkt deshalb durch das materielle Recht nur die Aberkennung des gesicherten Anspruchs zugunsten der Bundesanstalt für Arbeit. Ihre Verurteilung zur Zahlung des akzessorischen Konkursausfallgeldes kann dagegen keine Rechtskraftwirkung beim Rückgriff gegen den Schuldner aus dem übergegangenen Anspruch haben (wie bei der Bürgschaft nach § 774 Abs. 1 Satz 3 BGB). Erst recht gilt dies, wenn es nicht

um den Bestand der übergegangenen Ansprüche geht, sondern - wie hier -
darum, ob sie als bevorrechtigte Konkursforderungen nach § 59 Abs. 2 Satz 1,
§ 61 Abs. 1 Nr. 1 KO zu berichtigen sind.

Kreft
scher

Kirchhof

Fi-

Raebel

Bergmann