



**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

I. E., T. Bergstr. 55, T.,

**- Klägerin und Berufungsklägerin -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte L., U. & Partner,  
L. str. 19 - 21, X.,

**g e g e n**

Werkzeug E. Handels GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer  
N. I., E. Str. 65, X.,

**- Beklagte und Berufungsbeklagte -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwältin C. L.,  
G.-F.-Str. 74, X.,

hat die 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 18.07.2019  
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nübold als Vorsitzen-  
den sowie den ehrenamtlichen Richter Baumann und den ehrenamtlichen Rich-  
ter Berger

**für R e c h t erkannt:**

**Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts  
Wuppertal vom 30.10.2018 - 4 Ca 2431/17 – wird kostenpflichtig  
zurückgewiesen.**

**Die Revision wird zugelassen.**

### **TATBESTAND:**

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht sowie damit zusammenhängende Ansprüche.

Bis 2002 war die Klägerin für die Beklagte in Vollzeit als kaufmännische Sachbearbeiterin tätig. Seit dem 01.03.2006 erhielt sie von der Beklagten, bei deren Geschäftsführer es sich um den Ehemann der Klägerin handelte, eine Vergütung von 500,-- € brutto monatlich. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nicht geschlossen. Unter dem 05.08.2015 erteilte der Geschäftsführer ihr auf dem Briefkopf der Beklagten ein Zwischenzeugnis, auf dessen Inhalt im Einzelnen verwiesen wird (Bl. 25 d. A.). Anlässlich eines auch mit einer Änderung in der Geschäftsführung verbundenen Gesellschafterwechsels meldete die Beklagte die Klägerin zum 30.06.2017 bei der Krankenkasse ab und stellte sich auf den Standpunkt, zwischen den Parteien bestehe das seit 2006 abgerechnete Arbeitsverhältnis nicht. Auf der dem Unternehmenskaufvertrag beigefügten Mitarbeiterliste ist vermerkt, die Klägerin sei am 01.03.2006 bei der Beklagten eingetreten und erhalte ein Gehalt von 500,-- € brutto.

Mit Schreiben vom 28.08.2017, welches die Klägerin am 30.08.2017 erhielt, kündigte die Beklagte „vorsorglich ... einen etwa bestehenden Arbeitsvertrag zum nächstmöglichen Termin“, nach ihrer Ansicht zum 30.09.2017 (Bl. 24 d. A.).

Mit ihrer Klage hat die Klägerin zunächst Feststellung eines Arbeitsverhältnisses sowie Vergütung für Juli 2017 verlangt. Am 04.09.2017 hat sie die Klage auf die Kündigung erweitert. Sie hat die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung sowie die Sozialauswahl gerügt. Seit dem 01.03.2006 habe ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden, in dessen Rahmen sie die im Zwischenzeugnis dokumentierten Tätigkeiten erbracht habe. Diese seien jedoch von der Beklagten nicht bzw. in den letzten Jahren nicht mehr erwartet worden. Hintergrund für den Abschluss des Arbeitsvertrages seien in erster Linie sozialversicherungsrechtliche Gründe gewesen; der Klägerin habe Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung verschafft werden sollen. Im Gütetermin vor dem Arbeitsgericht hat sie zu ihrer Beschäftigung erklärt, sie sei überall gewesen, im Büro oben und unten im Lager; sie habe auch mal den Rasen gemäht. Von dem damaligen Geschäftsführer sei sie im Zusammenhang mit dem Verkauf des Unternehmens freigestellt worden. Außerdem hat sie sich unter Bezugnahme auf ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 22.11.2002 (– 11 Sa 697/02 –

juris) darauf berufen, auf die Frage, ob sie habe arbeiten sollen, komme es rechtlich nicht an. Selbst wenn die Kündigung der Beklagten wirksam sei, könne sie das Arbeitsverhältnis nicht vor dem 31.12.2017 beenden.

Die Klägerin hat nach mehreren Klageerweiterungen zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für Juli 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2017 zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie nach Zahlung des mit dem Klageantrag zu 2) geltend gemachten Betrages eine Entgeltabrechnung mit den Angaben des § 107 Abs. 1 GewO zu erteilen;
4. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 28.08.2017 nicht aufgelöst wird;
5. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für August 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2017 zu zahlen;
6. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für September 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2017 zu zahlen;
7. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für Oktober 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2017 zu zahlen;
8. die Beklagte zu verurteilen, an sie zu unveränderten Arbeitsbedingungen als Kaufmännische Sachbearbeiterin in X. bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen;

9. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für November 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2017 zu zahlen;
10. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für Dezember 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2018 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich darauf berufen, zwischen den Parteien habe kein Arbeitsverhältnis bestanden. Die Klägerin habe nichts dazu vorgetragen, dass eine Einigung über die wesentlichen Bestandteile eines Arbeitsverhältnisses erfolgt sei. Sie hat behauptet, die Klägerin habe tatsächlich nicht gearbeitet, sondern nur Geld erhalten. Es handle sich allenfalls um ein unwirksames Scheingeschäft. Zur Erledigung einiger der im Zwischenzeugnis aufgeführten Tätigkeiten sei ein EDV-Zugang erforderlich, den die Klägerin – unstreitig – nicht gehabt habe. Jedenfalls sei die vorsorgliche Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt, da eine Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin nicht gegeben sei.

Im Anschluss an einen Hinweis des Arbeitsgerichts hat die Klägerin vorgetragen, es möge sein, dass sich ihr Aufgabenportfolio im Laufe der Zeit geändert habe. Sie sei mehr und mehr für Aufgaben zuständig gewesen, die ihr der Geschäftsführer selbst zugewiesen habe. Ein Angebot der Beklagten vom 22.11.2017 auf eine befristete Prozessbeschäftigung nahm die Klägerin nicht an.

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung von drei Mitarbeitern der Beklagten zu der Frage, ob die Klägerin Arbeitsleistungen erbracht hat. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 30.10.2018 verwiesen. Der vormalige Geschäftsführer der Beklagten hat als Ehemann der Klägerin das Zeugnis verweigert.

Mit Urteil vom 30.10.2018, auf dessen Inhalt im Einzelnen Bezug genommen wird, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen.

Gegen das ihr am 07.12.2018 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 14.12.2018 Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 07.03.2018 – mit einem am 25.02.2018 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet.

Zur Begründung ihrer Berufung führt sie aus, das Arbeitsgericht habe fehlerhaft nicht berücksichtigt, dass die Parteien das Arbeitsverhältnis regelmäßig durch Zahlung der Löhne, Erstellung der Abrechnung, Abführung der Abgaben, Erstellung eines Zeugnisses sowie Erwähnung der Klägerin als Arbeitnehmerin in einem Unternehmenskaufvertrag im Sinne des § 141 BGB bestätigt hätten. Für die Frage, ob ein Scheingeschäft vorliege, komme es nicht darauf an, ob sie Arbeitsleistungen erbracht habe, sondern ob nach dem Verhalten der Beklagten von dem Vorhandensein eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden müsse. Die Beklagte habe gewollt, dass sie eine Vergütung erhalte und sozialversichert sei. Ein Scheingeschäft liege nicht vor, wenn der von den Parteien gewollte Rechtserfolg gerade die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraussetze. Auf der Grundlage des Beklagtenvorbringens ergebe sich, dass die einseitige Leistungserbringung zugunsten von Familienmitgliedern des Geschäftsführers ausdrücklich gewollt gewesen sei. Wegen der erforderlichen Drittbeteiligung (Krankenversicherung, Arbeitslosenversicherung, Rentenversicherung, Pflegeversicherung, Finanzamt) finde § 117 Abs. 1 BGB keine Anwendung.

Die Klägerin beantragt,

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für Juli 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.08.2017 zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an sie nach Zahlung des mit dem Klageantrag zu 2) geltend gemachten Betrages eine Entgeltabrechnung mit den Angaben des § 108 Abs. 1 GewO zu erteilen;
4. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 28.08.2017 nicht aufgelöst wird;

5. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für August 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.09.2017 zu zahlen;
6. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für September 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2017 zu zahlen;
7. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für Oktober 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2017 zu zahlen;
8. die Beklagte zu verurteilen, sie zu unveränderten Arbeitsbedingungen als kaufmännische Sachbearbeiterin in X. bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiter zu beschäftigen;
9. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für November 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2017 zu zahlen;
10. die Beklagte zu verurteilen, an sie Vergütung für Dezember 2017 in Höhe von 500,00 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.01.2018 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Vortrag. Die Beweisaufnahme habe bestätigt, dass die Klägerin keine Tätigkeiten erbracht habe.

Im Berufungstermin hat die Klägerin zur Frage der Berufungskammer, ob es eine Absprache zwischen ihr und der Beklagten über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum 01.03.2006 gegeben habe, u. a. erklärt, sie habe zu dem Vorschlag des Geschäftsführers nicht „nein“ gesagt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften beider Instanzen Bezug genommen.

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

#### **A.**

Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere unter Beachtung der Vorgaben der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

#### **B.**

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat die Klage mit zutreffenden Erwägungen abgewiesen. Die Berufungskammer folgt dem Arbeitsgericht und sieht von einer nur wiederholenden Begründung gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG ab. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen und die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung ist lediglich wie folgt ergänzend auszuführen:

##### **I. Die Klageanträge sind zulässig.**

Die Klägerin hat im Berufungstermin auf Frage der Kammer klargestellt, dass der Antrag zu 1. neben dem Kündigungsschutzantrag, der das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung enthält, keinen eigenständigen Inhalt hat. Es bedurfte daher keiner Prüfung, ob für einen allgemeinen Feststellungsantrag neben dem Kündigungsschutzantrag ein Feststellungsinteresse bestand.

Zudem hat die Klägerin zu der Formulierung „zu unveränderten Arbeitsbedingungen“ erklärt, es handle sich um den allgemeinen Antrag auf Weiterbeschäftigung. Damit hat sie die Bedenken beseitigt, die sich im Hinblick auf mangelnde Bestimmtheit ergeben, wenn mit dieser Formulierung neben der tatsächlichen Beschäftigung noch andere Arbeitsbedingungen titulierte werden sollen (vgl. hierzu Hamacher Antragslexikon Arbeitsrecht, 3. Aufl., Stichwort Beschäftigung RN 4).

**II.** Die Klage bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg. Zwischen den Parteien besteht nicht das von der Klägerin reklamierte Arbeitsverhältnis. Die Klageanträge sind daher sämtlich unbegründet.

**1.** Der Kündigungsschutzantrag ist unbegründet.

**a)** Gegenstand einer Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG ist das Begehren festzustellen, dass „das Arbeitsverhältnis“ durch die konkrete, mit der Klage angegriffene Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin nicht aufgelöst worden ist. Die betreffende Feststellung erfordert nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung eine Entscheidung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (st. Rspr., vgl. nur BAG 20.03.2014 – 2 AZR 1071/12 – NZA 2014, 1131 RN 17). Hier fehlt es an dieser Voraussetzung, dass bei Zugang der Kündigung das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, welches die Klägerin geltend macht.

**b)** Das Arbeitsgericht hat in umfassender Würdigung der durchgeführten Beweisaufnahme festgestellt, dass die Klägerin im fraglichen Zeitraum ab dem 01.03.2006 keinerlei Arbeitsleistungen für die Beklagte erbracht hat. Daran ist das Berufungsgericht nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO gebunden. Konkrete Anhaltspunkte im Sinne der zitierten Vorschrift, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit dieser Feststellung begründen, sind nicht erkennbar. Auch die Klägerin hat solche nicht geltend gemacht. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die faktische Handhabung der Absprache der Parteien entsprach. Insbesondere liegt auch keiner der von der Klägerin angesprochenen Sachverhalte vor, in denen die Vertragsparteien zunächst das Erbringen von Arbeitsleistungen vereinbaren und der Arbeitnehmer erst später von dieser Pflicht freigestellt wird.

**c)** Für den Arbeitsvertrag als eine Form des Dienstvertrages gilt zunächst § 611 Abs. 1 BGB, wonach derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet wird. § 611a Abs. 1 BGB bestimmt, dass bei einem Arbeitsvertrag die geschuldeten Dienste in der Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit bestehen, ändert jedoch nichts daran, dass ein Arbeitsvertrag voraussetzt, dass der Arbeitnehmer Dienste zu leisten hat. Vereinbaren die Parteien „ein Arbeitsverhältnis“, ohne dass eine Arbeitsleistung erbracht werden soll, liegt daher mit einem derartigen bloßen „Zahlungsvertrag“ kein Arbeitsverhältnis im Rechtssinn, sondern lediglich der Schein eines solchen vor. Dieses nur zum Schein verabredete Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig.



**aa)** Trotz gewisser Bedenken hat die Berufungskammer insoweit zunächst unterstellt, dass die Klägerin nach ihrem Vortrag gemeinsam mit ihrem damaligen Ehemann als Geschäftsführer der Beklagten eine mindestens konkludente Abrede getroffen hat, ein „Arbeitsverhältnis“ einzugehen und dieses bei den Sozialversicherungsträgern und dem Fiskus anzumelden, allerdings wie dargestellt ohne dass die Klägerin Arbeitsleistungen erbringen sollte und ohne dass sie im Folgenden solche erbracht hat.

**bb)** Der daraus sich ergebenden Rechtsfolge der Nichtigkeit nach § 117 Abs. 1 BGB vermag die Klägerin entgegen ihrer Ansicht nicht mit Erfolg entgegenhalten, der von den Parteien erstrebte Rechtserfolg setze gerade die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraus, da ansonsten der erstrebte gesetzliche Krankenversicherungsschutz nicht zu erreichen gewesen wäre (entgegen LAG Köln 22.11.2002 – 11 Sa 697/02 – juris).

**(1)** Gemäß § 117 Abs. 1 BGB ist eine Willenserklärung, die gegenüber einem anderen nur zum Schein abgegeben wird, nichtig, wenn dies mit dessen Einverständnis geschieht. Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Beteiligten ein Ziel durch den bloßen Schein des simulierten Rechtsgeschäfts erreichen, die mit dem betreffenden Rechtsgeschäft verbundenen Rechtswirkungen jedoch nicht eintreten lassen wollen, ihnen also der Geschäftswille fehlt. Kein Scheingeschäft liegt hingegen vor, wenn es zur Herbeiführung des von den Parteien tatsächlich beabsichtigten Erfolgs der wirksamen Vornahme des betreffenden Rechtsgeschäfts gerade bedarf. Setzt der von den Parteien angestrebte Zweck die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraus, spricht dies gegen eine bloße Simulation (BAG 15.11.2018 – 6 AZR 522/17 – NZA 2019, 928 RN 28 mwN). Wird hingegen allein ein außerhalb des Zwecks der niedergelegten Vertragsvereinbarungen liegendes Ziel verfolgt, ohne dass die sich aus dem Vertrag selbst unmittelbar ergebenden Rechtswirkungen eintreten sollten, liegt ein Scheingeschäft nach § 117 Abs. 1 BGB vor (LAG Hamm 24.10.2006 – 9 Sa 1033/05 –, NZA-RR 2007, 64 RN 57; vgl. auch BAG 22.09.1992 – 9 AZR 385/91 – NZA 1993, 837).

Dementsprechend reicht es für das Nichtvorliegen eines Scheingeschäfts trotz fehlender Arbeitsleistung auch nicht aus, wenn der Arbeitsvertrag nur aus steuerlichen Gründen abgeschlossen wurde, um die für den Familienunterhalt benötigten höheren Entnahmen gegenüber dem Finanzamt als zusätzliche Betriebsausgaben darzustellen (BAG 09.02.1995 – 2 AZR 389/94 – NZA 1996, 249, juris RN 31). Entsprechend ist ein Darlehen als Scheingeschäft zu werten, wenn der "Kreditnehmer" für die Darlehensrückzahlung nicht haften soll und

durch die gewählte Konstruktion lediglich außenwirtschaftsrechtliche Depotpflichten vermieden werden sollten (BGH 22.10.1981 – III ZR 149/80 – NJW 1982, 569).

Anderes ergibt sich auch nicht aus der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 25.01.2007 (– 5 AZB 49/06 – NZA 2007, 580). Im dort zur Entscheidung stehenden Sachverhalt war die geschuldete Tätigkeit erbracht worden und es stand lediglich in Frage, ob sie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses oder aufgrund eines freien Dienstverhältnisses geleistet wurde.

**(2)** Auf dieser Grundlage verbleibt es bei der Einordnung des „Arbeitsvertrages“ als Scheingeschäft. Zwar ist der Klägerin insoweit zuzugeben, dass die Vertragsparteien offensichtlich bezweckten, außerhalb des Arbeitsverhältnisses liegende Rechtswirkungen eintreten zu lassen, nämlich insbesondere unter Anmeldung eines Arbeitsverhältnisses der Klägerin Krankenversicherungsschutz verschaffen wollten. Maßgebend ist jedoch wie dargelegt nicht der Wille zu einer solchen Drittwirkung der Vereinbarung. Die Parteien wollten die unmittelbaren Rechtswirkungen des Arbeitsverhältnisses, nämlich hier insbesondere die Pflicht zur Erbringung von Arbeitsleistungen, gerade nicht eintreten lassen, sondern eben nur mit dem bloßen Schein der (vollständigen) Pflichten eines Arbeitsverhältnisses die Chancen für eine sozialrechtliche Anerkennung verbessern.

**(3)** Daneben tritt, dass entgegen der Ansicht der Klägerin und des Landesarbeitsgerichts Köln in der zitierten Entscheidung das Scheinarbeitsverhältnis den beabsichtigten Erfolg des Krankenversicherungsschutzes nicht bewirken konnte. Versicherungspflichtig sind nämlich nach § 5 Abs. 1 Nr.1 SGB V – sowohl in der am 01.03.2006 wie der im Jahr 2018 und auch der noch heute geltenden Fassung – Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Eine solche die Krankenversicherungspflicht begründende Beschäftigung liegt jedoch nicht vor, wenn ein Arbeitsverhältnis nur zum Schein begründet wird. Ob durch einen „Arbeitsvertrag“ tatsächlich ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V begründet wird, richtet sich nicht nur nach den Angaben oder Erklärungen der Betroffenen, sondern danach, ob die tatsächlichen Verhältnisse insgesamt den Schluss auf die ernstliche Absicht rechtfertigen, die mit einer Tätigkeit in einem Arbeitsverhältnis verbundenen gegenseitigen rechtlichen Verpflichtungen einzugehen. Ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis ist insbesondere dann zu verneinen, wenn – wie hier – ein Scheingeschäft vorliegt, mit dem ein Beschäftigungsverhältnis lediglich vorgetäuscht werden soll, um Leistungen der Krankenversicherung zu erlangen (BSG 29.09.1998 – B 1 KR 10/96 R – juris; LSG Baden-Württemberg 31.10.2007 – L 5 KR 2154/06 – juris).

Anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20.07.2006 (– IX ZR 226/03 – NJW-RR 2006, 1555). Danach wird ein bei seinem Abschluss tatsächlich gewollter Vertrag nicht allein deshalb zum Scheingeschäft, weil der mit ihm bezweckte Erfolg in der gewählten Rechtsform nicht erreicht werden kann. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt war die geschuldete Leistung, ein Geldbetrag aufgrund eines Schenkungsversprechens, nämlich anders als hier die Arbeitsleistung vertragsgemäß erbracht worden, die Rechtswirkungen des Vertrages also anders als hier tatsächlich gewollt. Daneben tritt, dass zur Überzeugung der Berufungskammer die Klägerin und ihr damaliger Ehemann als Geschäftsführer der Beklagten die Träger der Sozialversicherung (und damit zwangsläufig auch die Finanzbehörden, wenn das gezahlte Gehalt als Betriebsausgabe deklariert worden ist) täuschen wollten. Es lag kein bloßer Irrtum über die entsprechende Rechtslage vor. Dafür spricht, dass der Ehemann der Klägerin ihr im Jahr 2015 ein Zwischenzeugnis erteilt hat, in welchem diverse Tätigkeiten aufgeführt sind. Auch ist die Klägerin anlässlich des Unternehmensverkaufs in die Mitarbeiterliste aufgenommen worden, obwohl sie eine Mitarbeit nicht geleistet hat. Mit beiden Handlungen wurde wie bereits bei der Meldung an die Sozialversicherung wissentlich entgegen dem tatsächlichen Sachverhalt der äußere Schein eines Arbeitsverhältnisses erweckt. Entscheidend kommt hinzu, dass die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit nicht etwa zugestanden hat, keine Arbeitsleistung erbracht zu haben. Vielmehr hat sie das Arbeitsgericht mit – wenn auch wechselndem – Vorbringen zu von ihr angeblich erbrachten Arbeitsleistungen zu einer Beweisaufnahme veranlasst. Sie hat sich nicht etwa darauf berufen, bei Vertragsschluss seien die Parteien irrtümlich davon ausgegangen, der bloße Schein eines Arbeitsverhältnisses reiche für den Schutz der Sozialversicherung aus. Dementsprechend ist der Barmer Ersatzkasse auch kein solcher Schein als Versicherungstatbestand gemeldet worden. Vielmehr wurden die Zahlungen der Beklagten wie echtes Arbeitsentgelt angemeldet und entsprechend Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Bei einer Täuschungsabsicht geht aber auch der Bundesgerichtshof von einem Scheingeschäft aus.

**d)** Entgegen der aus der zitierten Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln vom 22.11.2002 abgeleiteten Ansicht der Klägerin ist das Scheingeschäft auch nicht aufgrund einer Bestätigung nach § 141 BGB wirksam geworden. § 141 Abs. 1 BGB bestimmt nämlich, dass die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen ist. Daraus ergibt sich, dass eine die Nichtigkeit des Scheingeschäfts ändernde Wirkung nur eintreten kann, wenn im Moment der Bestätigung alle Wirksamkeitserfordernisse für das zu bestätigende Rechtsgeschäft vorliegen, mit anderen Worten der die Nichtigkeit bewirkende Umstand nicht mehr gegeben ist (so bereits BGH 25.01.1973 – II ZR 139/71 – NJW 1973, 465; vgl.

auch BAG 13.10.1976 – 5 AZR 510/75 – DB 1977, 546, wo ebenfalls auf den Wegfall des Nichtigkeitsgrundes abgestellt wird).

Das ist hier nicht der Fall. Bei allen Tatbeständen, aus denen die Klägerin eine Bestätigung im Sinne des § 141 BGB herleiten möchte, war der Sachverhalt unverändert davon geprägt, dass eine Arbeitsleistung nicht erbracht werden sollte. Ein nichtiges Scheingeschäft lässt sich nicht durch bloße Wiederholung wirksam machen. Es erscheint der Berufungskammer bemerkenswert, dass die Klägerin aus der Perpetuierung und Wiederholung eines Sozialversicherungsbetruges ein wirksames Rechtsgeschäft abzuleiten versucht.

**e)** Der Kündigungsschutzantrag hat auch nicht etwa deshalb Erfolg, weil zwischen den Parteien bereits vor dem 01.03.2006 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dieses ist nicht Streitgegenstand des Berufungsverfahrens. Ob es noch besteht, konnte die Berufungskammer daher dahinstehen lassen.

**aa)** Der Streitgegenstand wird bestimmt durch den Klageantrag, in dem sich die von der Klägerin in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und durch den zugehörigen Lebenssachverhalt, aus dem die Klägerin die begehrte Rechtsfolge herleitet. Der Lebenssachverhalt umfasst das Ganze, dem Klageantrag zugrunde liegende tatsächliche Geschehen, das bei natürlicher, vom Standpunkt der Parteien ausgehender Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag der Klägerin zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehört oder gehört hätte (BAG 22.01.2019 – 3 AZR 616/17 – juris RN 56).

**bb)** Danach bildet das zuvor zwischen den Parteien bestehende Vollzeit-arbeitsverhältnis nicht den Streitgegenstand des Rechtsstreits. Bereits in der Klage hat die Klägerin sich darauf berufen, zwischen den Parteien bestünde seit dem 01.03.2006 ein Arbeitsverhältnis. Auch bezogen auf die von ihr reklamierte Kündigungsfrist legt sie lediglich ein seit diesem Datum bestehendes Arbeitsverhältnis zugrunde. Sie hat ein Zwischenzeugnis vorgelegt, das sich lediglich auf den Zeitraum ab 2006 bezieht. Folgerichtig hat bereits das Arbeitsgericht im Hinweisbeschluss vom 05.06.2018 darauf hingewiesen, aufgrund des Vortrags der Klägerin davon auszugehen, Gegenstand des Rechtsstreits sei ein seit dem 01.03.2006 neu begründetes Arbeitsverhältnis. Dem hat die Klägerin nicht widersprochen. Konsequenterweise hat das Arbeitsgericht auf Seite 10 des angefochtenen Urteils angenommen, das bereits vor dem Jahr 2002 begonnene Arbeitsverhältnis sei nicht Streitgegenstand des Rechtsstreits. Auch in der Berufungsbegründung ist die Klägerin dem nicht entgegengetreten. Dafür, dass die Parteien trotz der o. g. Umstände im März 2006 kein neues Arbeitsverhältnis begründet, sondern ein seit über drei Jahren nicht gelebtes Arbeitsverhältnis

geändert fortsetzen wollten, hat die Klägerin zudem keine Anhaltspunkte vorgebracht, so dass sich auch hieraus nicht ergibt, sie reklamiere, es habe nur ein Arbeitsverhältnis gegeben.

**2.** Da es wie dargelegt an dem von der Klägerin reklamierten Arbeitsverhältnis fehlt, sind auch die Anträge auf Zahlung von Arbeitsentgelt aus diesem Arbeitsverhältnis unbegründet.

Die Zahlungsanträge sind auch nicht etwa aus dem Gesichtspunkt eines Schenkungsversprechens begründet. Dabei konnte die Kammer dahinstehen lassen, ob ein solches überhaupt wirksam vereinbart worden ist (zur Formnichtigkeit BAG 21.04.2005 – 2 AZR 125/04 – juris RN 20; LAG Berlin-Brandenburg 22.02.2016 – 15 Ta 123/16 – juris). Ansprüche aus einem Schenkungsversprechen sind nämlich nicht Streitgegenstand des Rechtsstreits. Es handelt sich bei einem auf §§ 516, 518 BGB gestützten Verlangen um einen anderen Streitgegenstand als Arbeitslohn nach § 611a Abs. 2 BGB.

Wie oben dargelegt wird der Streitgegenstand durch den Klageantrag und den dazugehörigen Lebenssachverhalt bestimmt. Mit ihrem Antrag verlangt die Klägerin Zahlung eines Bruttobetrages, also – wie sich auch aus der Klagebegründung ergibt – Arbeitsentgelt und nicht etwa eine Schenkung. Aus dem von ihr vorgetragenen Lebenssachverhalt leitet sie das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses und aus diesem Entgeltansprüche ab, nicht etwa ein Schenkungsversprechen. Dass beide Ansprüche auf Zahlung eines Geldbetrages gerichtet sind und der zugrundeliegende Lebenssachverhalt derselbe ist, führt nicht dazu, dass es sich nur um unterschiedliche Anspruchsgrundlagen desselben prozessualen Anspruchs handelt. Auch bei der Klage auf Feststellung eines Vertragsverhältnisses ist dessen rechtliche Qualifikation wesentlich für die Bestimmung des Streitgegenstandes. Wird auf der Grundlage des gleichen Lebenssachverhalts einmal die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses und zum anderen die Feststellung eines Gesellschaftsverhältnisses begehrt, so liegen darin unterschiedliche konkrete Rechtsverhältnisse und damit auch Streitgegenstände (BAG 30.06.1988 – 2 AZR 797/87 – juris RN 24).

**3.** Da die Klägerin keinen Anspruch auf Zahlung von Vergütung für den Juli 2017 hat, steht ihr insoweit auch keine Abrechnung zu. Ob der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu folgen ist, wonach vor der Zahlung der Vergütung ohnehin kein derartiger Anspruch besteht (BAG 16.12.2015 – 5 AZR 567/14 – NZA 2016, 438 RN 34; der 1. Senat hält eine derartige Klage sogar für

unzulässig: BAG 13.10.2015 – 1 AZR 130/14 – juris RN 31), kann daher dahinstehen (zur gegenteiligen Ansicht Hamacher Antragslexikon Arbeitsrecht, 3. Aufl., Stichwort Abrechnung RN 7 ff.).

4. Wie oben unter 1. ausgeführt, besteht das von der Klägerin geltend gemachte Arbeitsverhältnis nicht. Daher kann die Klägerin eine hierauf gestützte Weiterbeschäftigung auf der Grundlage der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27.02.1985 (– GS 1/84 – NZA 1985, 702) nicht mit Erfolg verlangen.

### C.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Zulassung der Revision beruht auf der Divergenz zur Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln vom 22.11.2002 – 11 Sa 697/02 –.

### **RECHTSMITTELBELEHRUNG:**

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei

### **REVISION**

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist\* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt  
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de).

**\* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Nübold

Baumann

Berger

Beglaubigt

Wilden  
Regierungsbeschäftigte

