

## L 9 AL 377/02

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
9  
1. Instanz  
SG Regensburg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 12 AL 388/01  
Datum  
27.08.2002  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 9 AL 377/02  
Datum  
23.03.2006  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung gegen das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 27. August 2002 wird zurückgewiesen.  
II. Die Beklagte trägt auch die außergerichtlichen Kosten des Klägers im zweiten Rechtszug.  
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist ein Anspruch auf Arbeitslosengeld, insbesondere, ob der Kläger die Anwartschaftszeit erfüllt hat.

Der 1949 geborene Kläger ist Spenglermeister aus W ... Er meldete sich nach Krankschreibung und anschließendem Krankengeldbezug bis 05.06.2001 am 06.06.2001 arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld. Er gab an, bei seiner Ehefrau M. S. beschäftigt gewesen zu sein und seinen bisherigen Beruf aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr ausüben zu können.

Die Arbeitsbescheinigung war unterschrieben und abgestempelt von der M. S. Der Kläger sei vom 01.01.1978 bis 08.02.2001 bei ihr als Spenglermeister beschäftigt gewesen bei einer durchschnittlichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 38 Stunden und einem monatlichen Bruttoentgelt von zuletzt 6.000,00 DM. Ihm sei arbeitgeberseits am 08.12.2000 zum 08.02.2001 gekündigt worden.

Dem reichte die M. S. am 18.06.2001 den von ihr und dem Kläger unterschriebenen "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen" nach, der folgendes Profil der Tätigkeit des Klägers ergab: "Wurde die Tätigkeit aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeübt (Kopie gegebenenfalls bitte beifügen)?" ... "Nein". "War der mitarbeitende Angehörige in den Betrieb wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert und wurde die Tätigkeit tatsächlich ausgeübt?" ... "Ja". "Hätte ohne die Mitarbeit des Angehörigen eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen?" ... "Ja". "War der mitarbeitende Angehörige an Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit gebunden und wurde das Weisungsrecht tatsächlich ausgeübt?" ... "Ja". "Konnte der mitarbeitende Angehörige seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten?" Zunächst "ja", nach Rückfrage "nein". Wirkte der mitarbeitende Angehörige bei der Führung des Betriebes - z.B. aufgrund besonderer Fachkenntnisse - mit?" ... "Ja". "War die Mitarbeit - aufgrund familienhafter Rücksichtnahmen - durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt?" Zunächst offen geblieben, nach Rückfrage "nein".

Es sei ein Urlaubsanspruch von 26 Arbeitstagen vereinbart gewesen sowie eine Kündigungsfrist von vier Wochen. Bei Arbeitsunfähigkeit sei das Arbeitsentgelt für sechs Wochen fortgezahlt worden. Das Arbeitsentgelt habe dem tariflichen bzw. ortsüblichen Lohn entsprochen. Es sei regelmäßig (monatlich, wöchentlich) gezahlt worden. Das Arbeitsentgelt sei auf ein privates Konto des Klägers überwiesen worden, über das er verfügungsberechtigt gewesen sei oder es sei bar gegen Quittung ausgezahlt worden. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Es sei als Betriebsausgabe gebucht worden. Ein Sozialversicherungs-Beitragsbescheid sei nicht erteilt worden.

Die Angaben zu den rechtlichen Verhältnissen am Betrieb lassen sich zusammenfassen wie folgt: Die M. S., die mit dem Kläger nicht im Güterstand der Gütergemeinschaft lebe, habe den Betrieb als Alleininhaberin geführt. Der Kläger sei Eigentümer des Betriebsgrundstücks, des Betriebsgebäudes und der Betriebsanlagen. Die Betriebsstätte sei gegen einen Pachtzins von zuletzt monatlich 1.500,00 EUR an die Betriebsinhaberin M. S. verpachtet gewesen. An dem Betrieb oder auch dem betrieblichen Umlaufvermögen sei der Kläger nicht beteiligt gewesen. Er habe dem Betrieb bzw. der Betriebsinhaberin kein Darlehen gewährt und auch keine Bürgschaften oder sonstige Sicherheiten übernommen.

Der Betrieb sei mittlerweile aufgelöst worden. Firmenstempel: "H. S., Spenglerei-Installation-Eisenwarenhandlung".

Über eine Rücksprache mit dem Bediensteten K., der für das Arbeitsamt die Aufgaben der Betriebsaufsichtsbehörde wahrgenommen hatte, ist in den Akten vermerkt: Ansprechpartner sei immer der Kläger gewesen. Nach den aktenkundigen Notizen des K. hat dieser nur am 01.12.1999 mit dem Kläger den Kräftebedarf besprochen, jedoch am 26.01.1992, 09.02.1993, 28.11.1995, 18.06.1996 und 14.04.1999 mit der M. S. den Kräftebedarf, die CSSR-Grenzgängerregelung, die Auftragslage und die Beschäftigung. Desgleichen hat sich nach den aktenkundigen Eintragungen die Vermittlungsagentur der M. S. vorgestellt.

Mit Bescheid vom 06.07.2001 lehnte das Arbeitsamt den Antrag des Klägers ab. Die Anwartschaftszeit sei nicht erfüllt. Der Antragsteller habe innerhalb der dreijährigen Rahmenfrist vor dem 06.06.2001 nicht mindestens zwölf Monate in einem beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden.

Dagegen erhob der Kläger, vertreten durch die VdK-Kreisgeschäftsführerin P., Widerspruch. Der Antragsteller sei 38 Jahre im Betrieb gewesen. Dieser habe zuerst seinem Vater gehört, nach dem die Firma benannt sei. Nach dem Tod des Vaters sei der Widerspruchsführer bei seiner Mutter beschäftigt gewesen. Nach deren Tod habe die Ehefrau den Betrieb übernommen. Von Beginn an seien monatlich Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abgeführt worden. Weder das Finanzamt, noch das Gewerbeaufsichtsamt, noch die Krankenkasse oder auch das Arbeitsamt hätten in den 30 Jahren seit der Betriebsübernahme durch die Ehefrau irgendwelche Einwände erhoben.

Das Arbeitsamt wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 08.08.2001 als unbegründet zurück. Ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zwischen Ehegatten könne nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen angenommen werden, wenn u.a. der Ehegatte in den Betrieb des Arbeitgebers wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert sei und dessen Weisungsrecht (in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung) - wenn auch in abgeschwächter Form - unterliege. Dies treffe beim Widerspruchsführer nicht zu. Nach den Angaben im Feststellungsbogen habe er seine Beschäftigung als Bauspengler-Meister in seinem eigenen Betrieb ausgeübt, den er an die Ehefrau verpachtet gehabt habe. Er sei daher nicht wie eine fremde Kraft in den Betrieb eingegliedert gewesen. Darüber hinaus habe er über Zeit, Ort, Dauer und Art der Arbeitsausführung selbst bestimmen können bzw. müssen und sei somit nicht dem Direktions- und Weisungsrecht seiner Ehefrau unterworfen gewesen.

Der Kläger hat, nachfolgend vertreten durch den VdK-Sozialreferenten U., Klage zum Sozialgericht (SG) Regensburg erhoben, welches am 03.12.2001 die AOK C. beigeladen hat.

Die Beigeladene wies darauf hin, dass Beiträge nicht erstattet werden könnten, soweit Verjährung eingetreten sei.

Der Klägervertreter betonte nochmals, dass nicht unberücksichtigt bleiben könne, dass das gesamte Beschäftigungsleben des Klägers einer "gesetzesformen Gestaltungsmöglichkeit entspreche und nie zu Beanstandungen geführt habe". Auch der vom Kläger im Januar 2001 gestellte Rentenantrag wegen Erwerbsminderung sei lediglich aus medizinischen Gründen, nicht etwa wegen Fehlens der versicherungsrechtlichen Voraussetzungen abgelehnt worden.

Die Beklagte wies demgegenüber darauf hin, dass eine seit dem In-Kraft-Treten des Sozialgesetzbuchs (SGB) III mögliche Statusfeststellung im Fall des Klägers nicht getroffen worden sei und dass die Abführung und Entgegennahme von Sozialversicherungsbeiträgen als solche eine Anwartschaft auf Arbeitslosengeld nicht begründen könnten, wenn ein Arbeitnehmerverhältnis nicht gegeben gewesen sei.

Das SG hat den Bescheid der Beklagten vom 06.07.2001 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.08.2001 mit Urteil vom 27.08.2002 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, dem Kläger ab 06.06.2001 Arbeitslosengeld zu gewähren. Das unternehmerische Risiko, das der Kläger als Eigentümer des Betriebsgrundstücks und der Anlagen überwiegend getragen habe, sei von den sonstigen Umständen, die sämtlich der Ausübung einer abhängigen Beschäftigung entsprochen hätten, überlagert worden. Dies gelte insbesondere von der Entlohnung des Klägers, die der üblichen Zahlung eines Spengler-Meisters entsprochen habe und von der Bindung des Klägers an die Weisungen seiner Ehefrau als Inhaberin des Betriebes, die dieses Weisungsrecht nach den Angaben im Feststellungsbogen auch tatsächlich ausgeübt habe. Formalien wie der Urlaubsanspruch, die Kündigungsfrist und die vereinbarte Lohnfortzahlung im Krankheitsfall hätten einem üblichen Arbeitsverhältnis entsprochen. Auch könne man den Umstand, dass über den gesamten Zeitraum der Beschäftigung des Klägers der jeweilige Gesamtbeitrag zur Sozialversicherung abgeführt worden sei, nicht unberücksichtigt lassen.

Dagegen trägt die Beklagte mit der Berufung vor: Die Merkmale selbständiger Tätigkeit hätten entgegen der Auffassung des SG beim Kläger überwogen. Er habe ein besonderes Interesse am wirtschaftlichen Wohlergehen des Betriebes gehabt, welches eindeutig über das für einen Arbeitnehmer übliche Maß hinausgegangen sei. Als Inhaber der Betriebsstätte, die er an seine Ehefrau verpachtet habe, habe ihm daran gelegen sein müssen, die ihm zufließenden Pachtzahlungen sicherzustellen. Auch habe nur er als Spengler-Meister über die für die Betriebsführung erforderlichen Branchenkenntnisse verfügt. Vertragliche Gestaltungen, die möglicherweise mit dem Ziel getroffen worden seien, ehemals erworbene Ansprüche aus der Sozialversicherung nicht zu verlieren, seien unbeachtlich, wenn - wie hier - dem die tatsächlichen Verhältnisse entgegenstünden. Soweit danach der Kläger an Arbeitszeit und -ort gebunden gewesen sei, habe dies weniger auf vertraglichen Bindungen als vielmehr auf den betrieblichen Notwendigkeiten als solchen beruht. Auch insoweit sei darauf zu verweisen, dass der Kläger in seiner eigenen, wenn auch verpachteten Betriebsstätte gearbeitet habe.

Die Klägervertreterin legte die Kopie eines vom 05.01.1979 datierten Arbeitsvertrages zwischen "H. S. (Arbeitnehmer) und M. S. (Arbeitgeber), F.straße, W.n", vor: "Herr H.S. wird von mir ab 01.01.1979 als Spenglermeister beschäftigt. Die wöchentliche Arbeitszeit beträgt 40 Stunden. Der Urlaub 21 Tage im Jahr. Der Lohn wird nach dem jeweils neuesten Tarif für Spengler berechnet und auf sein Konto überwiesen oder in bar ausbezahlt." Das Original des Arbeitsvertrages, so der Kläger, müsse noch zu Hause bei seinen Akten sein. Zu ergänzen sei noch, dass der Betrieb ursprünglich aus einer Spenglerei und einer Eisenwarenhandlung bestanden habe, wobei der größere Umsatz auf die Eisenwarenhandlung entfallen sei. Seine Ehefrau habe in der Eisenwarenhandlung gelernt und habe diese dann nach dem Tod seiner Mutter auch weitergeführt. Klempnerei und Eisenwarenhandlung seien ein Grundstück. Er, Eigentümer des Grundstücks und der Betriebsgebäude, habe sich in der Klempnerei betätigt. Es habe früher überhaupt keine Schwierigkeiten mit seiner Anerkennung als Arbeitnehmer gegeben.

Hierzu trug die Beigeladene vor, dass nach ihren Akten dem Kläger bereits im Februar/März 1981 einmal Arbeitslosengeld gewährt worden sei.

Die entsprechenden Aktenteile sind bei der Beklagten bereits vernichtet.

Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Regensburg vom 27.08.2002 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägervertreterin verweist auf die Ausführungen des Urteils des Sozialgerichts, die im Berufungsverfahren nicht entkräftet worden seien.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Der Senat hat die Gerichtsakten erster Instanz sowie von der Beklagten die Leistungsakten des Klägers nebst Beratungsunterlagen (BewA) und ärztlichen Unterlagen einschließlich Schriftwechsels mit der LVA Niederbayern-Oberpfalz beigezogen. Danach wurde dem Kläger aufgrund gerichtlichen Vergleichs vom 28.10.2003 rückwirkend ab 01.02.2001 eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung zuerkannt. Des Weiteren hat der Senat im nichtöffentlichen Erörterungs- und Beweistermin vom 20.01.2006 die Ehefrau des Klägers uneidlich als Zeugin zur Tätigkeit des Klägers einvernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 20.01.2006 verwiesen, im Übrigen wegen der Einzelheiten des Tatbestandes auf den Inhalt der gesamten Akten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 144 Abs.1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere wurde sie form- und fristgerecht eingelegt. Sie ist in der Sache jedoch unbegründet.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG vom 27.08.2002 war zurückzuweisen. Das SG hat der Klage zu Recht stattgegeben.

Streitig ist der vom Kläger mit der Arbeitslosmeldung vom 06.06.2001 geltend gemachte Anspruch auf Arbeitslosengeld. Maßgebliche Rechtsgrundlage ist das SGB III in der Fassung des 3. SGB-III-Änderungsgesetzes vom 22.12.1999 ([BGBl.I 2624](#)).

Nach [§ 117 Abs.1 SGB III](#) haben Arbeitnehmer Anspruch auf Arbeitslosengeld, die (Nr.1) arbeitslos sind, (Nr.2) sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet haben und (Nr.3) die Anwartschaftszeit erfüllt haben.

Der Kläger meldete sich am 06.06.2001 persönlich bei der zuständigen Arbeitsamtsdienststelle C. arbeitslos ([§§ 122 Abs.1 Satz 1, 323 Abs.1 Satz 2 SGB III](#)). Er hatte seinen Angaben zufolge, die durch die ärztlichen Unterlagen bestätigt werden, seinen Beruf als Spengler wegen verringerter Belastbarkeit der Wirbelsäule aufgeben müssen und stellte sich für Tätigkeiten im Rahmen des ihm verbliebenen Leistungsvermögens zur Verfügung, wobei ihm zu diesem Zeitpunkt jedenfalls noch die Fähigkeit zu einer mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassenden Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarkts verblieben war ([§ 118 Abs.1 Nr.1 und Nr.2](#) i.V.m. [§ 119 SGB III](#)).

Zwischen den Beteiligten umstritten ist die Erfüllung der Anwartschaftszeit. Die Anwartschaftszeit hat nach [§ 123 Abs.1 Nr.1 SGB III](#) erfüllt, wer in der Rahmenfrist mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat. Die Rahmenfrist beträgt nach [§ 124 Abs.1 SGB III](#) drei Jahre und beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld.

Der Tag der Erfüllung der "sonstigen Voraussetzungen" ist der 06.06.2001. Streitig ist, ob der Kläger in der Rahmenfrist - also vom 06.06.1998 bis 05.06.2001 - zumindest zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat. In einem Versicherungspflichtverhältnis stehen nach [§ 24 Abs.1 SGB III](#) Personen, die "als Beschäftigte" oder aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind. Versicherungspflichtig sind nach [§ 25 Abs.1 SGB III](#) Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt (versicherungspflichtige Beschäftigung) sind. Der Tatbestand der "Beschäftigung" findet sich in [§ 7 SGB IV](#) umschrieben. Der entsprechende Abschnitt des SGB IV gilt mit In-Kraft-Treten des SGB III am 01.01.1998 nach [§ 1 Abs.1 Satz 2 und Satz 3 SGB IV](#) auch für die Beklagte.

"Beschäftigung" ist nach [§ 7 Abs.1 Satz 1 SGB IV](#) "die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis". Dem hat das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl.I 2000 S.2) noch eine Erläuterung in [§ 7 Abs.1 Satz 2 SGB IV](#) hinzugefügt: "Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers".

Eine Zusammenfassung der bisherigen BSG-Rechtsprechung zum Begriff der versicherungspflichtigen Beschäftigung, die auch Grundlage für die folgende Rechtsprechung ist, findet sich im BSG-Urteil vom 24.10.1978 ([SozR 2200 § 1227 Nr.19](#) S.41 unten): "Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine versicherungspflichtige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist ... Dazu gehört aber nicht zugleich eine wirtschaftliche Abhängigkeit. Eine persönliche Abhängigkeit ist vielmehr bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb gegeben, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer und Ort der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt ... Allerdings kann dies - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein ... Andererseits kennzeichnen eine selbständige Tätigkeit das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit ... Ob eine Tätigkeit abhängig oder selbständig verrichtet wird, entscheidet sich letztlich danach, welche Merkmale überwiegen. Alle Umstände des Falles sind zu berücksichtigen. Hierbei ist auch die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses zu beachten. Weicht diese jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, haben diese ausschlaggebende Bedeutung ..." (zuletzt in abgekürzter Gestalt BSG vom 22.06.2005 in [SozR 4-2400 § 7 Nr.7](#), s.a. Niesel/Brandt Rz.14 zu [§ 25 SGB III](#)).

Im besonderen Fall geht es um ein Ehegatten-Beschäftigungsverhältnis. Art.3 Abs.1 i.V.m. [Art.6 Abs.1 Grundgesetz \(GG\)](#) verlangen vom Rechtsanwender insoweit, dass er bei der Auslegung eines vergleichsweise weit gefassten Rechtsbegriffs wie dem der "Beschäftigung" in [§ 7 Abs.1 SGB IV](#) Eheleute nicht benachteiligt, d.h. dass die rechtliche und tatsächlich vollzogene Gestaltung einer Beziehung zwischen ihnen, die im allgemeinen Wirtschaftsleben als Beschäftigungsverhältnis akzeptiert wird, ihnen nicht aufgrund ihres Status als Ehegatten versagt

werden darf. Der Schutz von Ehe und Familie nach [Art.6 Abs.1 GG](#) ermöglicht dem Rechtsanwender darüber hinaus, bei der Auslegung des Begriffs der "Beschäftigung" Besonderheiten, die sich aus den zwischen Eheleuten bestehenden Beziehungen ergeben, bis zu einem gewissen Grad Rechnung zu tragen.

Das Bundessozialgericht (BSG) fasst im Urteil vom 23.06.1994 ([SozR 3-2500 § 5 Nr.17](#)) die dem gerecht werdenden maßgeblichen Kriterien für die Praxis zusammen: Die Eingliederung des Arbeitnehmer-Ehegatten in den Betrieb und ein gegebenenfalls abgeschwächtes Weisungsrecht des Arbeitgeber-Ehegatten. Ein Entgelt, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstelle, mithin über einen freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehe. Die Auszahlung des Entgelts an den Arbeitnehmer-Ehegatten zur freien Verfügung. Das Vorliegen eines schriftlichen Arbeitsvertrags. Lohnsteuerpflicht. Verbuchung des Entgelts als Betriebsausgabe. Ersetzen einer fremden Arbeitskraft durch den Angehörigen.

Seien diese Voraussetzungen erfüllt, so sei es für die Bejahung eines Ehegatten-Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer-Ehegatte wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen sei. Besonders betont das BSG, wie schon in der vorangehenden und auch in der nachfolgenden Rechtsprechung (s. zuletzt BSG vom 17.12.2002 Az.: [B 7 AL 34/02 R](#), dort Rz.14), dass der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich nicht entgegenstehe, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt sei und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werde (BSG vom 23.06.1994, a.a.O., S.60, s.a. Gagel/ Fuchs, Rz.23 zu [§ 25 SGB III](#), Kasseler Kommentar/Seewald, Rz.101 a zu [§ 7 SGB IV](#), jeweils mit Hinweisen auch zur neueren Rechtsprechung).

Legt man die o.g. Kriterien zugrunde, so hat der Kläger seinen Beruf als Spengler/Klempner im Rahmen eines Ehegatten-Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt.

Der "Betrieb", um den es geht, bestand nach den Akten und den Angaben des Klägers und der Zeugin aus einer auf demselben Grundstück gelegenen Klempnerei mit Gas- und Wasserinstallation und einer Eisenwarenhandlung. Die Zeugin hat ihren eigenen Aufgaben- und Tätigkeitsbereich und den des Klägers geschildert wie folgt: Sie habe die Eisenwarenhandlung geführt und die kaufmännischen Tätigkeiten für beide Teilbetriebe übernommen. Sie habe auch für die Spenglerei den Schriftverkehr geführt, desgleichen den telefonischen Geschäftsverkehr über den Laden abgewickelt, habe Aufträge angenommen und Angebote gemacht. In ihrer Abwesenheit habe das Lehrling die Telefonate entgegengenommen. Sie habe ihren Ehemann dann zu den Kunden geschickt, wo er die Aufträge ausgeführt habe. Der Kläger und der Geselle seien den ganzen Tag über auswärtig auf den Baustellen gewesen, allenfalls gelegentlich zurückgekommen, wenn es z.B. für das Zurichten eines bestimmten Stückes einer maschinellen Bearbeitung bedurft habe. Ansonsten sei niemand in der Werkstatt gewesen. Ihr Ehemann und der Geselle hätten regelmäßige Arbeitszeiten gehabt. Bei Aufträgen im Ort sei er mittags nach Hause gekommen, ansonsten abends. Die Arbeit auf der Baustelle bzw. bei den Kunden selbst sei dem Kläger und dem Gesellen überlassen geblieben.

Sie habe das Geschäftskonto und damit den Gewinn verwaltet. Das Geld, das von außen hereinkam, sei im Wesentlichen reinvestiert worden, wofür sie sich den fachkundigen Rat ihres Ehemanns geholt habe. Der Rest des Geldes sei in den Alltagsausgaben für die Familie aufgegangen, die im Wesentlichen von ihr getätigt worden seien.

Sie lebten im gesetzlichen Güterstand. Der Kläger habe ein eigenes Konto, auf das sie den Lohn überwiesen habe. Sie habe den Lohn, - nach dem Feststellungsbogen und den dem SG überlassenen AOK-Gehaltsbögen seit 1996 gleichbleibend monatlich 4.000,00 DM brutto, ab August monatlich 6.000,00 DM brutto -, in den letzten Jahren vor der Arbeitslosmeldung nicht mehr erhöhen können, da nicht mehr ausreichend Geld hereingekommen sei.

Die Eisenwarenhandlung hätten sie im Jahr 2000 aufgegeben, wenig später nach dem (krankheitsbedingten) Ausscheiden ihres Ehemanns habe sie auch die Klempnerei aufgelöst wegen der Schwierigkeit, insbesondere unter den Bedingungen in W. überhaupt einen Spengler-Meister zu finden.

Auch wenn in einem Beschäftigungsverhältnis unter Ehegatten in der Regel eine eher kooperative Art und Weise der Zusammenarbeit gepflegt wird, wie dies auch in der Aussage und Ausdrucksweise der Zeugin sichtbar wird, so entnimmt der Senat den Aussagen der Zeugin in Verbindung mit den Angaben im Feststellungsbogen doch im Kern, dass sie über die Eisenwarenhandlung die organisatorischen Fäden des Betriebes - beider Teilbetriebe - in der Hand hielt und auch die kaufmännisch-unternehmerischen Entscheidungen maßgeblich beeinflusste, insbesondere die "Finanzhoheit" inne hatte, wobei sich der Kläger im Wesentlichen auf den fachlich-technischen Rat und die Ausführung der Aufträge beschränkte.

Der Senat hält die Angaben der Zeugin für glaubhaft. Dabei wird nicht verkannt, dass der Kläger und die Zeugin in der formalen Gestaltung des Betriebes des Eisenwarenladens und der Klempnerei sowie ihrer Zusammenarbeit - auch - von dem Motiv geleitet waren, dem Kläger den Schutz der Sozialversicherung zu erhalten. So hat die Zeugin ausgesagt, sie hätten den schriftlichen Arbeitsvertrag auf Anraten des Steuerberaters geschlossen. Dieses Motiv ist jedoch grundsätzlich unerheblich bzw. legitim. Anlass zur Annahme eines Missbrauchs besteht allenfalls dann, wenn jemand, der Zeit seines Lebens nicht in der gesetzlichen Sozialversicherung war, sich vor dem z.B. im Zuge des Alters absehbaren Eintritt des Versicherungsfalles der Krankheit, noch dazu über eine zeitlich eingeschränkte Beschäftigung, einen preiswerten Krankenversicherungsschutz verschaffen will (vgl. BSG vom 07.12.1989 Az.: [12 RK 7/88](#), S.7 unten). Solches war beim Kläger gerade nicht der Fall. Vielmehr war glaubhaft auch schon sein bisheriges Berufsleben seit seiner Lehre im väterlichen Betrieb dadurch bestimmt gewesen, dass er in abhängiger sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung stand, wobei nach dem offenbar recht frühen Versterben des Vaters die Mutter den aus dem Eisenwarenladen und der Klempnerei gebildeten Gesamtbetrieb "fortführte". Dies war der Mutter des Klägers als Ehefrau des Verstorbenen nach der Handwerksordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.12.1965 ([BGBl. 1966 I S.1](#)) nach § 4 Abs.1 und Abs.2 möglich, wenn sich der Kläger in seiner Eigenschaft als Handwerksmeister spätestens ein Jahr nach dem Tod des Vaters als abhängig beschäftigter fachlich-verantwortlicher Betriebsleiter (der Klempnerei) in die Handwerksrolle eintragen ließ. Die von der Zeugin geschilderte Art und Weise des Betriebes des Eisenwarenladens und der Klempnerei und der Zusammenarbeit mit dem Kläger nach dem Versterben auch von dessen Mutter stellt sich daher als nichts anderes als die Fortsetzung der Art und Weise dar, in der der Kläger bereits bisher seinen Beruf ausgeübt hatte, was den Angaben der Zeugin ein erhöhtes Maß an Glaubhaftigkeit verleiht (s. BSG vom 29.03.1961 in [BSGE 14, 142/147](#) unten, BSG vom 24.10.1978 [SozR 2200 § 1227 Nr.19](#), S.44, BSG vom 23.09.1982 [SozR 2100 § 7 Nr.7](#), S.5 oben).

Die fachlich-technische Dominanz eines Betriebsleiters, wie sie dem Kläger - für den Teilbetrieb Klempnerei - zukam, schließt nach der Rechtsprechung eine "Weisungsgebundenheit" in dem Sinn der Einbindung in einen Betriebsablauf auf der Grundlage einer vorgegebenen unternehmerisch-wirtschaftlichen Planung und Geschäftsführung nicht aus (so unter Hinweis auf die Gegebenheiten des jeweils einzelnen Falls in einem Handwerksbetrieb: BSG vom 23.09.1982 SozR 2100 § 7 Nr.7, insbesondere S.5, unter speziellem Hinweis auf die Gegebenheiten der Arbeitsteilung und der notwendigen Sachzwänge speziell im Baunebengewerbe, BSG vom 28.01.1992 Az.: [11 RAr 133/90](#), S.8 oben); auf den Umstand, dass ohnehin in jeglichen Beschäftigungsverhältnissen sich aus der Natur der Sache heraus hinsichtlich der Art und Weise, in der Weisungen erteilt würden, Modifikationen ergäben, weist BSG im Urteil vom 21.04.1993 Az.: [11 RAr 67/92](#), S.13 unten hin).

Der Senat hat aufgrund der beruflichen Vorgeschichte des Klägers und auch aufgrund des persönlichen Eindrucks, den der Kläger und die Zeugin vermittelten, keine Zweifel, dass es der Neigung und den Fähigkeiten des Klägers entsprach, seine fachliche Kompetenz als Klempner-Meister und der Handwerksordnung Genüge leistende formale Stellung als fachlich-technischer Betriebsleiter des Teilbetriebs Klempnerei im Rahmen eines abgesteckten Unternehmensgeschehens zur Verfügung zu stellen, um das er sich im Übrigen möglichst nicht zu kümmern brauchte, also nicht nur als Arbeitnehmer angemeldet zu bleiben, sondern, soweit dies im Rahmen eines Ehegatten-Beschäftigungsverhältnisses möglich war, "Arbeitnehmer" zu "sein". Umgekehrt erschien die Zeugin willens und aufgrund ihrer Verbundenheit seit ihrer Zeit als Lehrling bei der Mutter des Klägers mit der Eisenwarenhandlung und dabei notwendigerweise auch mit der Klempnerei auch geeignet, den aus Eisenwarenladen und Klempnerei mit Gas- und Wasserinstallation gebildeten "Gesamtbetrieb" in Nachfolge der verstorbenen Mutter des Klägers fortzuführen.

Damit sind die maßgeblichen Kriterien, die das BSG im Urteil vom 23.06.1994 [SozR 3-2500 § 5 Nr.17](#) (S.60) für das Vorliegen eines beitragspflichtigen Ehegatten-Beschäftigungsverhältnisses aufgeführt hat, gegeben. Das gilt insbesondere für die Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb des Arbeitgeber-Ehegatten bei gegebenenfalls partnerschaftlich abgeschwächt ausgeübtem Weisungsrecht sowie den Bezug eines Entgelts, das "einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht". Letzteres gilt ohne Weiteres auch für die im Feststellungsbogen angegebenen und in den eingereichten AOK-Gehalts-Bögen seit 1996 aufgeführten monatlichen 4.000,00 DM brutto mit einer Erhöhung erst ab August 2000. Dies mag für einen Spenglermeister zwar wenig sein, jedoch müsste sich auch ein Nicht-Familienmitglied letztlich mit den örtlichen Gegebenheiten in W. abfinden. Die Hälfte des ansonsten üblichen Tariflohnes ist ohne Weiteres erreicht (BSG Beschluss vom 25.02.1997, Az.: [12 BK 49/96](#)). Auch verfügt bzw. verfügte der Kläger über ein eigenes Konto und der Senat bezweifelt nicht, dass dem Kläger grundsätzlich und in der Regel sein Gehalt zur Verfügung gestellt wurde, ob im Wege der Überweisung oder der Barauszahlung, wobei die Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht wegen des familiären Aufeinander-Angewiesenseins und Entgegenkommens unter Ehegatten ohnehin eine gewisse Flexibilität in der Art und Weise der Erfüllung toleriert (s. hierzu BSG vom 21.04.1993 [SozR 3-4100 § 168 Nr.11](#), S.31, 32). Auch enthalten weder die Angaben des Klägers noch die Aussage der Zeugin, noch enthält der vorgelegte Arbeitsvertrag einen Hinweis oder deuten die Gesamtumstände des Falles darauf hin, dass etwa das mit dem Kläger vereinbarte Arbeitsentgelt ganz oder zu einem größeren Teil von vornherein dem Geschäftskonto etwa in Gestalt eines Darlehens gutgeschrieben worden ist; es handelte sich somit, was entscheidend ist, um "sein Geld", wenn auch der Kläger vermutlich mit einem erheblichen Teil des aus seiner Berufsausübung als Klempner erzielten Arbeitsentgelts seine Unterhaltungspflichten gegenüber seiner Familie erfüllte, wobei es den Senat nicht zu interessieren hat, inwieweit die Zeugin nicht nur über das Geschäftskonto der Teilbetriebe und des aus Klempnerei und Eisenwarenladen gebildeten "Gesamtbetriebes", sondern auch über die Verteilung des "Familienbudgets" bestimmte.

Die Beklagte wendet ein, dass der Kläger als Eigentümer und Verpächter des Betriebsgrundstücks und der Betriebsstätte, noch dazu - in der Klempnerei - für die fachlich-technische Ausführung der Aufträge verantwortlich, ein unternehmerisches Risiko getragen habe, was unmöglich mache, ihn als abhängig Beschäftigten anzusehen.

Dazu ist zu sagen, dass das Verpachten einer Betriebsstätte mit Übergang des Umlaufvermögens in das Eigentum des Pächters bei Weiterarbeit in dem vom Pächter fortgeführten Betrieb als Arbeitnehmer, gegebenenfalls auch in leitender Stellung, im allgemeinen Wirtschaftsleben nichts Außergewöhnliches ist, hier mit der Besonderheit eines "Fortführens" des (Gesamt-)Betriebes seitens der Zeugin der Sache nach eher im Anschluss an die Mutter des Klägers. Naturgemäß können sich weder Verpächter noch Arbeitnehmer von der Existenz bzw. überhaupt gänzlich vom wirtschaftlichen Erfolg des Betriebes abkoppeln. Es kann durchaus vorkommen, dass sie in wirtschaftlich schwierigen Zeiten durch - ad hoc - Vereinbarungen von Stundungen, gegebenenfalls auch Kürzung ihrer Forderungen zum Überleben des Betriebes beitragen.

Der Sinn des o.g. Arrangements besteht für den Verpächter darin, nicht das Risiko eines Unternehmers tragen zu müssen. Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass das Einkommen aus der eigenen Erwerbstätigkeit seiner Höhe nach unmittelbar durch die laufenden Erträge des Unternehmens gegebenenfalls auch die aktuelle Unternehmenspolitik bestimmt wird, wohingegen der Arbeitnehmer regelmäßig mit laufenden Einkünften in gleichmäßiger Höhe rechnen kann, die ein in etwa angemessenes Entgelt für seine Tätigkeit darstellen (s. die allgemeinen Ausführungen des Bundesfinanzhof (BFH) im Urteil vom 22.01.1985, Az.: [VIII R 303/81](#), insbesondere Rz.16 und 22, in welcher Entscheidung zu einer GmbH & Co.KG der BFH eine verdeckte Mitunternehmerschaft des Betriebsanlagen-Verpächters und Geschäftsführers im Sinne von [§ 15 Abs.1 Nr.2](#) Einkommensteuergesetz verneint, dessen Gehalt folglich zu den Einkünften eines Arbeitnehmers, nicht jedoch zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb zu rechnen sei). Ausdrücklich thematisiert der BFH unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme von Ehepaaren am Wirtschaftsleben die steuerliche Qualifizierung der Pachtzinsen in den Fällen des so genannten "Wiesbadener Modells", in denen der Ehegatten-Verpächter die Betriebsgrundlagen an den Ehegatten-Pächter verpachtet, der das "Betriebsunternehmen" betreibt, in dem der Verpächter-Ehegatte, gegebenenfalls in leitender Stellung, mitarbeitet. Die im engeren Sinn steuerrechtliche Problematik betrifft die Frage, ob die Pachtzinsen als Einkünfte aus Verpachtung oder aus Gewerbebetrieb anzusehen sind. Übertragbar aus der BFH-Rechtsprechung zum "Wiesbadener Modell" auf die hier zur Beurteilung anstehende sozialversicherungsrechtliche Frage nach dem Charakter der Tätigkeit des Klägers ist, dass auch die notwendigerweise engere Verflechtung der wirtschaftlichen Interessen von Ehegatten keine a priori-Gleichsetzung der mit dem Verpachten der Betriebsstätte verbundenen wirtschaftlichen Risiken mit dem unternehmerischen Risiko des "Betriebsunternehmers" bedeutet (s. BFH vom 30.07.1985, Az.: [VIII R 263/81](#), BFH vom 12.10.1988, Az.: [X R 5/86](#) u.a. im Anschluss an den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom der steuerrechtlichen Thematik auf das Sozialversicherungsrecht, s. BSG vom 21.04.1993 [SozR 3-4100 § 168 Nr.11](#), dort S.30).

Der Senat hatte im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung auch nicht abschließend darüber zu befinden, ob der Kläger und

die Zeugin, u.U. ohne sich dessen bewusst zu sein, einen gemeinsamen Geschäftszweck in Gestalt einer bürgerlich-rechtlichen Ehegatten-Innengesellschaft verfolgt haben (Palandt/Sprau Rz.33 bis 35, 39 zu § 705), was dann etwa bejahendenfalls aus Rechtsgründen - gewissermaßen per definitionem - die Qualifizierung der Tätigkeit des Klägers als abhängige Beschäftigung ausschliesse. Der Ehepartner kann, wenn - wie hier - die sozialversicherungsrechtliche Gesamtwürdigung dies verlangt, gegebenenfalls auch im Rahmen eines so genannten "Drittverhältnisses" im Rahmen einer bürgerlich-rechtlichen Ehegatten-Innengesellschaft abhängig beschäftigt sein (BSG vom 26.05.1966, Az.: [2 RU 178/64](#), BSG vom 26.08.1975 SozR 2200 § 1266 Nr.3, S.18, BSG vom 21.04.1993 [SozR 3-4100 § 168 Nr.11](#), s. dort unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung, S.34 oben).

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG war demnach zurückzuweisen, nachdem der Kläger zum Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung und Antragstellung am 06.06.2001 neben den sonstigen Voraussetzungen für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld auch die Anwartschaftszeit erfüllt hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Ein Anlass, die Revision nach [§ 160 Abs.2 Nr.1 oder Nr.2 SGG](#) zuzulassen, bestand nicht. Der Rechtssache kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu. Das Urteil weicht nicht von einer Entscheidung des Bundessozialgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts ab.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2006-09-29