

## L 10 AL 63/00

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung

Abteilung  
10  
1. Instanz  
SG Würzburg (FSB)

Aktenzeichen  
S 10 AL 97/96

Datum  
26.10.1999

2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen

L 10 AL 63/00  
Datum

14.05.2003

3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 26.10.1999 sowie der Bescheid vom 03.01.1996 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 14.02.1996 und der Bescheid vom 14.03.1996 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 19.04.1996 aufgehoben und die Beklagte verurteilt, dem Kläger dem Grunde nach Arbeitslosengeld und Konkursausfallgeld zu zahlen.  
II. Die Beklagte erstattet dem Kläger die außergerichtlichen Kosten beider Rechtszüge.  
III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist der Anspruch des Klägers auf Arbeitslosengeld (Alg) und Konkursausfallgeld (Kaug).

Der am 1941 geborene Kläger war bis 31.12.1993 Inhaber der Einzelfirma Auto H. (K.), in der seine Ehefrau G. H. als kaufmännische Angestellte tätig war. Der Antrag des Klägers auf Eröffnung des Konkursverfahrens wurde durch Beschluss des Amtsgerichts - Konkursgericht - Würzburg vom 07.07.1994 mangels Masse abgewiesen. Die Geschäftstätigkeit endete am 31.12.1993 (Gewerbeabmeldung). Anschließend existierte die Firma nur noch als sogenannte Besitzfirma, da Grund und Gebäude noch als Betriebsvermögen bilanziert waren.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 02.12.1993 errichtete die Ehefrau des Klägers eine GmbH unter der Firma Auto-H. GmbH in den bisherigen Geschäftsräumen, die sie vom Kläger mietete (Mietvertrag vom 09.12.1993). In das Handelsregister wurde die GmbH am 13.05.1994 eingetragen. Gegenstand des Unternehmens waren An- und Verkauf, Reparatur und Instandsetzung von Fahrzeugen, Vermittlung von Versicherungen und Finanzierungen sowie das Leasing-Geschäft mit eigener Handelsware. Ziel der Ehefrau war es, ein Autohaus in kleinerem Rahmen als es der Kläger inne hatte, zu betreiben. Das Stammkapital (50.000,- DM) zahlte Frau H. aus ihrem eigenen Vermögen (Erbschaft) bar ein. Sie kaufte von der Einzelfirma das Werkstattinventar und übernahm deren Personal. Der bisherige Werkstattleiter wurde jedoch durch den Kläger ersetzt, der mit Anstellungsvertrag vom 03.01.1994 ab 02.01.1994 von der GmbH als technischer Betriebsleiter und Kfz-Meister eingestellt wurde. Seine wöchentliche Arbeitszeit betrug 40 Stunden, die tägliche Arbeitszeit 8 Stunden (7.30 - 12.00 und 13.15 - 16.45 Uhr). Das monatliche Gehalt (4.000,- DM; ab 01.05.1995 4.900,- DM) war grundsätzlich bargeldlos zu zahlen. Der Kläger hatte Anspruch auf 30 Tage Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Es galten die Tarifverträge für die Kfz-Branche. Durch Beschluss des Amtsgerichts Würzburg - Konkursgericht - vom 04.01.1996 wurde der Antrag der GmbH auf Konkurseröffnung mangels Masse abgelehnt.

Am 16.10.1995 beantragte der Kläger bei der Beklagten Alg. Nach der Arbeitsbescheinigung der GmbH vom 21.10.1995 war der Kläger vom 01.01.1994 bis 15.10.1995 bei dieser als Kfz-Meister und technischer Betriebsleiter beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung der Arbeitgeberin. Die maßgebliche Kündigungsfrist für die Arbeitgeberin hätte 6 Wochen zum Ende des Vierteljahres betragen.

Antrag auf Kaug stellte der Kläger am 24.10.1995. Als Tag der vollständigen Beendigung der Betriebstätigkeit bezeichnete er den 13.10.1995. Ab 01.07.1995 hatte er kein Gehalt mehr erhalten.

Mit Bescheid vom 03.01.1996 - bestätigt durch Widerspruchsbescheid vom 14.02.1996 - lehnte die Beklagte die Zahlung von Alg ab, da die Tätigkeit des Klägers bei der GmbH vom 01.01.1994 bis 15.10.1995 wegen fehlender Arbeitnehmereigenschaft nicht beitragspflichtig gewesen sei. Mit im Wesentlichen gleicher Begründung lehnte die Beklagte ebenfalls den Antrag auf Kaug ab (Bescheid vom 14.03.1996/Widerspruchsbescheid vom 19.04.1996).

Gegen diese Bescheide hat der Kläger Klage zum Sozialgericht Würzburg (SG) erhoben, das die Klagen ([S 10 AL 97/96](#); S 10 AL 198/96) zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verband. Der Kläger hat beantragt, die Beklagte unter Aufhebung der Bescheide vom 03.01.1996/14.02.1996 und 14.03.1996/ 19.04.1996 zu verurteilen, Alg ab 16.10.1995 sowie Kaug für die Zeit vom 01.07.1995 bis 15.10.1995 zu gewähren.

Zur Begründung hat er vorgetragen: Er habe ab 01.01.1994 in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden, die durch den Anstellungsvertrag vom 03.01.1994 geregelt worden sei. Seine selbständige Tätigkeit habe er am 31.12.1993 beendet. Die GmbH sei von seiner Ehefrau auf deren Initiative und mit deren finanziellen Mitteln gegründet worden. Sie habe versucht, durch eine eigenständige Unternehmensführung das Autohaus wirtschaftlich sinnvoll zu führen und sich zu diesem Zweck verstärkt dem Service zugewandt. Eine PKW-Werksvertretung habe sie nicht mehr gewollt, nur geringe Fahrzeugbestände, weniger Mitarbeiter und niedrigere Fixkosten. Da sie selbst keine Kfz-Meisterin sei, habe sie ihn angestellt. Bei ihr lagen alle Kompetenzen der GmbH, die gesamte kaufmännische Abwicklung, Ein- und Verkauf sowie Buchführung. Er habe sich auf die Arbeiten in der Werkstatt beschränkt. Seine Gehaltszahlungen seien - wie bei den übrigen Mitarbeitern auch - nur schleppend erfolgt. Insgesamt habe er jedoch während seiner Beschäftigung 19.047,70 DM erhalten. Er sei in der GmbH wie ein fremder Arbeitnehmer weisungsgebunden tätig geworden.

Die vom SG als Zeugin gehörte Ehefrau des Klägers gab an, dass das Gehalt diesem zunächst auf ein eigenes Konto überwiesen worden sei. Etwa ab Sommer 1994 sei es dann bar ausbezahlt worden. Sie habe ab 01.01.1994 für ihren Mann Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Der Zeuge N. (Betriebsberater) führte aus, die Einzelfirma habe zu wenig Eigenkapital gehabt und habe daher aus betriebswirtschaftlicher Sicht an der hohen Belastung durch Fremdkapital gelitten. Idee der Neugründung sei es gewesen, im Werkstattbereich mehr zu erwirtschaften und die hohe Fremdkapitalquote durch einen geringeren Fahrzeugbestand zu mindern. Ab 1994 habe er den Kläger überwiegend nur noch im Werkstattbereich angetroffen. Dessen persönliche Mitarbeit in der Werkstatt sei für einen möglichen wirtschaftlichen Erfolg der GmbH absolut notwendig gewesen. Die Zeugin S. sagte aus, der Kläger sei ab 1994 erheblich mehr in der Werkstatt tätig gewesen als früher, als er vorwiegend im Büro gearbeitet habe. Er habe in der Werkstatt Spengler- und Lackierarbeiten durchgeführt und ab 1994 ausschließlich Arbeitskleidung für die Werkstatt getragen.

Mit Urteil vom 26.10.1999 hat das SG die Klagen abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Gegen eine abhängige Beschäftigung spreche eine zeitweise bare Lohnauszahlung, eine der Anstellung vorhergehende Mitunternehmerschaft der Ehegatten sowie die Mitbeteiligung des dienstverpflichteten Ehegatten an der Akquisition von Aufträgen und die Aufrechterhaltung geschäftlicher Beziehungen zu Auftraggebern. Es habe sich um eine unter Ehegatten übliche Arbeitsteilung gehandelt. Lebensfremd sei es anzunehmen, dass der Kläger, der die Einzelfirma von seiner Mutter geerbt habe, in der GmbH nur noch wie ein fremder Arbeitnehmer weisungsgebunden in den Betrieb eingebunden gewesen sei. An seiner Stellung als Chef habe sich nicht viel geändert. Fachlich habe die Ehefrau dem Kläger Weisungen ohnehin nicht erteilen können. Auch die Fortführung der Einzelfirma durch den Ehemann über den 31.12.1993 hinaus spreche gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Es habe sich um einen Betriebsübergang gemäß [§ 613 a](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) gehandelt.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung zum Bayer. Landessozialgericht eingelegt und ausgeführt: Die GmbH habe eine andere Ausrichtung gehabt als die Einzelfirma. Er sei in der GmbH weisungsgebunden gewesen. Auch die Krankenkasse sei von seiner Beitragspflicht ausgegangen. Eine Arbeitsteilung innerhalb des Betriebs spreche nicht gegen seine Arbeitnehmereigenschaft. Seine Ehefrau sei nicht verpflichtet gewesen, einen fremden Meister einzustellen.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 26.10.1999 sowie die Bescheide vom 03.01.1996 und 14.03.1996 jeweils in der Fassung der Widerspruchsbescheide vom 14.02.1996 und 19.04.1996 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm antragsgemäß Alg bzw Kaug zu gewähren.

Die Beklagte beantragt, die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Für die rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Klägers sei deren Gesamtbild entscheidend. Zu Recht habe das SG die Tätigkeit des Klägers bei der GmbH in den Kontext zur geschäftlichen Beteiligung der Einzelfirma Autohaus H. gestellt. Die Ehefrau des Klägers habe weder den Bereich des Autoverkaufs noch den des Werkstattbereichs fachlich abdecken können. Zum Weisungsrecht der GmbH sei nichts mitgeteilt worden.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf die beigezogenen Alg- und Kaug-Akten des Klägers, auf die Kaug-Akte der Auto H. GmbH sowie auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers ist zulässig ([§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG -) und begründet, denn der Kläger hat dem Grunde nach sowohl Anspruch auf Alg als auch auf Kaug.

Der Anspruch auf Alg ist u.a. davon abhängig, dass der Arbeitslose die Anwartschaftszeit erfüllt hat (§ 100 Abs 1 AFG). Diese hat der Kläger nur erfüllt, wenn er in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat (§ 104 Abs 1 Satz 1 AFG). Die Rahmenfrist beträgt 3 Jahre (§ 104 Abs 3 AFG) und geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind (§ 104 Abs 2 AFG).

Die Anwartschaftszeit für den ab 16.10.1995 geltend gemachten Anspruch auf Alg hätte der Kläger daher nur erfüllt, wenn er in der Zeit vom 16.10.1992 bis 15.10.1995 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hätte. Ob die vom Kläger in der Zeit vom 01.01.1994 bis 15.10.1995 ausgeübte Tätigkeit als Kfz-Meister und technischer Betriebsleiter im Unternehmen seiner Ehefrau beitragspflichtig iS § 168 AFG war, hängt davon ab, ob er damals in einer abhängigen Beschäftigung als Arbeiter/Angestellter (§ 168 Abs 1 Satz 1 AFG) gegen Entgelt stand.

Die Beitragspflicht ist Folge einer abhängigen Beschäftigung und richtet sich nach den Grundsätzen, die Lehre und Rechtsprechung zum Begriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses in der Sozialversicherung entwickelt haben (BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr 8](#)).

Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit erfordert Eingliederung in den Betrieb und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung (BSG SozR 3-4400 § 7 Nr 4; BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr 8](#)). Zwar kann das Weisungsrecht erheblich eingeschränkt sein, wie dies insbesondere bei Diensten höherer Art der Fall ist, vollständig entfallen darf es jedoch nicht; es muss eine fremdbestimmte Dienstleistung verbleiben, die Dienstleistung also zumindest in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebes aufgehen. Ist ein Weisungsrecht nicht vorhanden, kann der Betreffende seine Tätigkeit also im Wesentlichen frei gestalten, insbesondere über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei verfügen, oder fügt er sich nur in die von ihm selbst gegebene Ordnung des Betriebes ein, liegt keine abhängige, sondern eine selbständige Tätigkeit vor, die zusätzlich durch ein Unternehmerrisiko gekennzeichnet zu sein pflegt (BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr 8](#)).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 1](#)). Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Beschäftigung aufgrund eines Gesellschaftsverhältnisses oder der familienhaften Zusammengehörigkeit ist nicht immer leicht zu ziehen und kann nur nach Lage der jeweiligen Umstände entschieden werden. Hierbei sind insbesondere die Eingliederung des Ehegatten in den Betrieb, die vertragliche Regelung auch der Höhe der Geld- und Sachbezüge und ihr Verhältnis zum Umfang und Art der im Betrieb verrichteten Tätigkeit sowie zu der Bezahlung vergleichbarer fremder Arbeitskräfte und die steuerliche Behandlung wesentlich (BSG SozR 2000 § 165 Nr 90). Dabei kommt es nicht nur auf die Vereinbarung eines Beschäftigungsverhältnisses gegen Entgelt iS des § 168 AFG an, sondern grundsätzlich auch auf die Zahlung eines angemessenen Arbeitsentgelts.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf dem vorliegenden Fall führt zur Annahme einer beitragspflichtigen Beschäftigung des Klägers.

Das beitragspflichtige Beschäftigungsverhältnis ist regelmäßig durch seine Entgeltlichkeit gekennzeichnet (§ 168 Abs 1 Satz 1 AFG). Vorliegend ist dem Kläger das vereinbarte Gehalt allerdings nicht regelmäßig und nicht in vollem Umfange überwiesen bzw bar ausbezahlt worden. Dies geht nach der Rechtsprechung des BSG aber nicht zu Lasten des Arbeitnehmers. Besteht nämlich aufgrund eines fortbestehenden abhängigen Beschäftigungsverhältnisses eine Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit, so wirkt es sich für den Arbeitnehmer nicht nachteilig aus, wenn das geschuldete Arbeitsentgelt aus bestimmten Gründen tatsächlich nicht ausbezahlt wird. Entsprechendes hat auch für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten abhängig oder selbständig verrichtet wird, zu gelten. Denn auch hier wäre es unbillig, den Schutz der Sozialversicherung zu versagen, sofern nicht die gesamten Umstände ergeben, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen ist (BSG Urteil vom 11.01.1989 - [7 RAr 8/87](#) - DBLR 3467 a AFG/§ 168; BSG SozR 4100 § 168 Nr 11).

Die übrigen Umstände ergeben ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers. Dieser war in den Betrieb der Ehefrau eingegliedert und deren Weisungsrecht unterworfen. Dass der Kläger bezüglich seiner fachlichen Arbeiten ohne Weisungen auskam, schließt die grundsätzliche Weisungsbefugnis nicht aus. Eine fachbedingte Arbeitsteilung im Betrieb ohne das Hinzutreten weiterer Umstände spricht nämlich weder für noch gegen eine persönliche Abhängigkeit des Klägers beim Einsatz seiner Arbeitskraft (BSG Urteil vom 28.01.1992 - [11 RAr 133/90](#); BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr 11](#)).

Nach dem Anstellungsvertrag konnte der Kläger seine Tätigkeit keineswegs frei gestalten. Arbeitszeit und Arbeitsort waren vorgegeben. Auch hinsichtlich seiner Arbeitskraft unterlag er prinzipiell den Weisungen seiner Frau. Er trug kein Unternehmerrisiko, denn er war an der GmbH nicht beteiligt; er stellte lediglich seine Arbeitskraft im Rahmen des Anstellungsverhältnisses zur Verfügung. Die tatsächliche Handhabung stimmte mit den Regelungen des Anstellungsvertrages überein. So sagte die Zeugin S. aus, dass der Kläger ab 01.01.1994 erheblich mehr als vorher in der Werkstatt tätig war und er ab 1994 ausschließlich Arbeitskleidung für die Werkstatt trug. Der Zeuge N. hat ab 1994 den Kläger bei seinen Besuchen überwiegend im Werkstattbereich angetroffen. Auch das Vorliegen einer vom SG offenbar angenommenen Innengesellschaft würde im Übrigen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht automatisch ausschließen (BSG SozR 2200 § 1266 Nr 3 mwN).

Der Kläger war somit zur Überzeugung des Senats ab 01.01.1994 beitragspflichtig beschäftigt und damit Arbeitnehmer. Ihm steht daher dem Grunde nach sowohl Alg als auch Kaug zu - § 141 a AFG setzt für den Kaug-Bezug ebenfalls Arbeitnehmereigenschaft voraus -, wobei der Anspruch auf Alg sich um die Tage des Kaug-Bezugs mindert (§ 110 Satz 1 Nr 1 AFG).

Das angefochtene Urteil sowie die Bescheide vom 03.01.1996/ 14.03.1996 idF der Widerspruchsbescheide vom 14.02.1996/ 19.04.1996 waren somit aufzuheben.

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

Gründe, die Revision nach [§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#) zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-14