

## B 8 KN 7/03 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
8  
1. Instanz  
SG Freiburg (BWB)  
Aktenzeichen  
S 2 KN 3358/00  
Datum  
30.07.2002  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 13 KN 3643/02  
Datum  
15.07.2003  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 8 KN 7/03 R  
Datum  
07.07.2004  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Für den in [§ 237 Abs 4 S 1 Nr 1 Buchst b](#) iVm S 2 und 3 SGB VI gewährten Vertrauensschutz steht eine am Stichtag 14.2.1996 ausgeübte nicht kurzzeitige aber von vornherein nur befristete selbständige Tätigkeit einer am Stichtag ausgeübten vertraglich befristeten abhängigen Beschäftigung gleich.

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 15. Juli 2003 wird zurückgewiesen. Die Beklagte hat dem Kläger dessen außergerichtliche Kosten auch des Revisionsverfahrens zu erstatten.

Gründe:

I

Der Kläger begehrt höhere Altersrente (AIR) wegen Arbeitslosigkeit unter Berücksichtigung des Zugangsfaktors 1,0.

Der im Juli 1940 geborene Kläger war, nachdem er eine Ausbildung als Chemie-Laborant durchlaufen hatte, durchgehend in diesem Berufsfeld beschäftigt, zuletzt mit der Funktionsbezeichnung Betriebsassistent im Bereich der Ver- und Entsorgung. Im Juni 1994 schloss er mit seinem langjährigen Arbeitgeber wegen eines von diesem mit Interessenausgleich und Sozialplan durchgeführten Personalabbaus einen Aufhebungsvertrag, wonach das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 1994 beendet wurde und der Kläger für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Bruttoabfindung in Höhe von 212.137 DM (netto 182.137 DM) erhielt. Auf Antrag und Arbeitslosmeldung bewilligte das Arbeitsamt (ArbA) dem Kläger ab 2. Januar 1995 Arbeitslosengeld (Alg) für 832 Tage in Höhe von 642,60 DM wöchentlich. Der Kläger bezog die aus diesem Stammrecht erworbene Leistung bis zum 18. Juli 2000, dem Tag der Vollendung seines 60. Lebensjahrs. Der Leistungsbezug war mehrfach unterbrochen oder es war Nebeneinkommen auf das Alg angerechnet und dadurch die Anspruchsdauer verlängert worden.

Schon vor Abschluss des Aufhebungsvertrags war der Kläger an das ArbA und die Beklagte wegen der Auswirkungen einer von ihm beabsichtigten Tätigkeit als freier Mitarbeiter seines Arbeitgebers auf Alg und Rentenansprüche herangetreten. Am 6. März 1995 meldete er ein Gewerbe mit den Tätigkeiten "Industrieberatung, Beaufsichtigung von Anlagen wie Kläranlagen und Schlammabseparationsanlagen, Erstellen von Abrechnungen sowie Entsorgung von Müll- und Sonderabfällen" an. Am 16. Oktober 1995 schloss er mit dem früheren Arbeitgeber einen auf unbestimmte Zeit geltenden "Rahmenwerkvertrag" mit dem Leistungsumfang "Selbständiges und eigenverantwortliches Durchführen von zeitlich befristeten Dienstleistungen im Bereich der Ver- und Entsorgung des Auftraggebers, Sonderauswertungen unter technischen und kostenorientierten Gesichtspunkten, Sonderuntersuchungen, Sonderinspektionen einzelner Anlagenbereiche, Service bei Störungen sowie Störungsbeseitigung im Bereich der Entsorgung"; neben Regelungen ua zur Vergütung enthielt der Vertrag auch die Bestimmung, dass der Werkvertrag selbst erst mit der Erteilung eines Einzelauftrags zu Stande kommen sollte. Ein nur bis 15. November 1995 geltender "Zusatzvertrag" ebenfalls vom 16. Oktober 1995 regelte die Bereitschaft zur Übernahme von Arbeiten bei Urlaub dreier namentlich genannter Mitarbeiter; ein nur bis 31. Dezember 1997 geltender Bereitschaftsvertrag vom 3. März 1997 hatte die Bereitschaft für Stör- und Zwischenfälle in bestimmten Bereichen des früheren Arbeitgebers zum Gegenstand.

Zur Unterbrechung im Bezug des Alg wegen fehlender Kurzzeitigkeit führte erstmals ein Einsatz des Klägers im Auftrag des früheren Arbeitgebers vom 6. März bis 25. September 1995; am 25. September 1995 berechnete der Kläger einer anderen Firma die Vermessung eines von seinem früheren Arbeitgeber an diese Firma verkauften Edelstahlbehälters. Der am 26. September 1995 wieder einsetzende Alg-Bezug wurde vom 16. Oktober bis 6. Dezember 1995 erneut wegen einer Tätigkeit für den früheren Arbeitgeber unterbrochen, beim weiteren Alg-Bezug ab 7. Dezember 1995 wurde für einen Tag im Dezember und für die Zeit vom 8. bis 31. Januar 1996 vom Kläger selbst bescheinigtes Nebeneinkommen angerechnet. Vom 7. Februar bis 6. März 1996 und auch in der Folgezeit war der Leistungsbezug wegen

Tätigkeiten für den früheren Arbeitgeber unterbrochen und es wurde verschiedentlich Nebeneinkommen auf das Alg angerechnet. Mit Wirkung zum 15. September 1998 meldete der Kläger das Gewerbe ab. Danach bezog er bis zur Erschöpfung des Anspruchs am 18. Juli 2000 Alg; in dieser Zeit überstieg der Nebenverdienst aus kurzzeitigen Tätigkeiten bei dem früheren Arbeitgeber den insoweit geltenden Freibetrag nicht.

Für die Zeiten der Unterbrechung im Bezug von Alg bis März 1998 entrichtete der Kläger freiwillige Beiträge zur Rentenversicherung und ab April 1998 Pflichtbeiträge als Selbständiger. Am 15. März 2000 beantragte er AIR ab 1. August 2000 ohne Abschlüsse. Vorausgegangen war eine Korrespondenz mit der Beklagten, deren Auslöser eine Rentenauskunft war, wonach der Kläger die AIR wegen Arbeitslosigkeit ohne Abschlüsse erst ab 1. März 2004 in Anspruch nehmen könne und bei Gewährung ab 1. August 2000 einen Abschlag von 12,9 vH hinnehmen müsse, da er nicht unter die Vertrauensschutzregelung des [§ 237 Abs 4](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) falle. Der Kläger vertrat demgegenüber unter Vorlage der Bescheinigung seines früheren Arbeitgebers vom 19. Januar 2000 die Auffassung, der nur kurze Einsatz vom 7. Februar bis 6. März 1996 stehe dem Vertrauensschutz nicht entgegen; da die Dauer des zuerkannten Anspruchs auf Alg nicht zur Überbrückung bis zur Rente gereicht habe, habe er sich selbständig gemacht, um auf diese Weise den Bezug von Alg bis zum Rentenbeginn zu verlängern. Mit Bescheid vom 25. Mai 2000 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 2. Oktober 2000 bewilligte die Beklagte ab 1. August 2000 AIR wegen Arbeitslosigkeit in Höhe von 2.849,48 DM mit einem wegen vorzeitiger Inanspruchnahme um 0,129 (43 Kalendermonate x 0,003) auf 0,871 verminderten Zugangsfaktor. Sie vertrat dabei den Standpunkt, der Kläger sei am 14. Februar 1996 nicht arbeitslos gewesen, ein Beschäftigungsverhältnis sei auch nicht auf Grund einer vorherigen Kündigung nach dem Stichtag beendet worden; nach der von ihr eingeholten Auskunft des ArbA vom 7. Februar 2000 sei der Kläger während der Unterbrechungen im Bezug von Alg mit dem bis 15. September 1998 angemeldeten Gewerbe selbständig erwerbstätig und nicht abhängig beschäftigt gewesen; außerdem habe er bis 31. Dezember 1998 nur 501 anrechenbare Monate mit Pflichtbeiträgen zurückgelegt.

Die vom Kläger erhobene Klage hat das Sozialgericht (SG) durch Urteil vom 30. Juli 2002 abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG aufgehoben und die Beklagte unter Änderung der angefochtenen Bescheide verurteilt, dem Kläger ab 1. August 2000 AIR wegen Arbeitslosigkeit mit einem Zugangsfaktor von 1,0 zu gewähren (Urteil vom 15. Juli 2003). Zur Begründung hat das LSG im Wesentlichen ausgeführt: Zugunsten des Klägers greife die Vertrauensschutzbestimmung des [§ 237 Abs 4 SGB VI](#) in der Fassung des Rentenreformgesetzes 1999 ein; danach könne er mit Vollendung des 60. Lebensjahrs die AIR abschlagsfrei beziehen. Der Kläger erfülle zwar dem Wortlaut nach die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht; insbesondere sei er am 14. Februar 1996 nicht arbeitslos gewesen und habe zu diesem Zeitpunkt auch nicht in einem befristeten (Schein-)Arbeitsverhältnis gestanden; vielmehr sei er selbständig tätig gewesen. [§ 237 Abs 4 SGB VI](#) weise aber insoweit eine nach den für die Regelung maßgeblichen Überlegungen planwidrige Unvollständigkeit auf, als darin Versicherte allein deshalb keinen Vertrauensschutz genössen, weil ihre schon vor dem 14. Februar 1996 eingetretene Arbeitslosigkeit durch eine von vornherein begrenzte, mehr als kurzzeitig lediglich einen Monat ausgeübte selbständige Erwerbstätigkeit unterbrochen gewesen sei und anschließend weiter bestanden habe, sodass der Versicherte allein wegen dieser selbständigen Erwerbstätigkeit am Stichtag 14. Februar 1996 nicht arbeitslos gewesen sei. Den in [§ 237 Abs 4 SGB VI](#) geregelten Fällen sei - mit Ausnahme des Vertrauensschutzes für die langjährig Pflichtversicherten - gemeinsam, dass es sich um rentennahe Versicherte handele, die am Stichtag - unbeschadet einer lediglich kurzzeitigen selbständigen Erwerbstätigkeit - arbeitslos gewesen seien oder die in hohem Maß von Arbeitslosigkeit bedroht gewesen seien und bei denen sich diese Arbeitslosigkeit später auch realisiert habe. Dabei sei klar gewesen, dass es sich in vielen Fällen wegen der Verhältnisse des Arbeitsmarkts und des vorgerückten Alters der Versicherten um eine Dauerarbeitslosigkeit handeln werde. Der Gesetzgeber habe offensichtlich nicht bedacht, dass Arbeitslose in diesem fortgeschrittenen Alter auch mehr als kurzzeitig noch eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben könnten, dass jedoch dieser der Arbeitslosigkeit entgegenstehende Versuch einer Selbsthilfe lediglich zeitlich begrenzt sein oder nach kurzer Zeit scheitern könne. Der nicht geregelte Fall des Klägers, dessen Arbeitslosigkeit lediglich wegen einer von vornherein begrenzten, mehr als kurzzeitigen selbständigen Erwerbstätigkeit kurz vor dem Stichtag unterbrochen, einen Monat später jedoch schon wieder fortgesetzt werde, sei den gesetzlich geregelten Fällen ähnlich und wegen dieser Ähnlichkeit auch gleich zu bewerten. Arbeitslose, die am Stichtag mittels einer zeitlich begrenzten, mehr als kurzzeitigen selbständigen Tätigkeit ihre Arbeitslosigkeit zu überwinden gesucht hätten, seien nicht weniger schutzbedürftig als solche Versicherte, die die Arbeitslosigkeit nicht beseitigend eine lediglich kurzzeitige selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hätten, ein lediglich befristetes Arbeitsverhältnis eingegangen oder in eine befristete arbeitsmarktpolitische Maßnahme eingetreten seien.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Beklagte die Verletzung des [§ 237 Abs 4 SGB VI](#). Sie trägt vor: Der Kläger erfülle, wie auch das LSG festgestellt habe, keine der in [§ 237 Abs 4 SGB VI](#) genannten Voraussetzungen. Insbesondere sei er am 14. Februar 1996 nicht arbeitslos gewesen. Der Begriff der Arbeitslosigkeit sei unter Berücksichtigung der besonderen Erfordernisse der Rentenversicherung dem Arbeitsförderungsrecht zu entnehmen, wobei aus Gründen des Vertrauensschutzes auf das zur Zeit der Arbeitslosigkeit geltende Recht abzustellen sei. Arbeitslos sei danach jedoch noch nicht derjenige, der den Anforderungen des [§ 118](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) bzw § 101 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) genüge (so genannte objektive Arbeitslosigkeit), er müsse vielmehr der Arbeitsvermittlung auch zur Verfügung stehen ([§ 119 Abs 2 bis 4 SGB III](#) bzw § 103 AFG - so genannte subjektive Arbeitslosigkeit). Objektiv arbeitslos sei nach § 101 Abs 1 Nr 1 und § 102 AFG, [§ 118 SGB III](#) ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stehe und der keine Tätigkeit als mithelfender Familienangehöriger oder als Selbständiger ausübe. Eine "kurzzeitige" Beschäftigung iS des [§ 118 Abs 2 SGB III](#) bzw § 102 AFG stehe der Annahme von Arbeitslosigkeit nicht entgegen. Der Kläger habe aber gerade keine nur kurzzeitige selbständige Tätigkeit verrichtet, da er im Zeitraum vom 7. Februar bis 6. März 1996 und somit am Stichtag ebenso wie in den anderen genannten vorherigen und späteren Zeiträumen im Auftrag seines früheren Arbeitgebers sowie zweier anderer Betriebe in einem Umfang von 40 Stunden wöchentlich im Einsatz gewesen sei. Eine analoge Anwendung von [§ 237 Abs 4 Satz 2](#) iVm Satz 1 Nr 1 Buchst b SGB VI auf den Fall des Klägers sei nicht möglich; denn eine Gesetzeslücke in Bezug auf Selbständige und den Fall des Klägers sei nicht erkennbar.

Die Beklagte beantragt,  
das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 15. Juli 2003 aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 30. Juli 2002 zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,  
die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Er hält das Urteil des LSG für zutreffend und trägt ergänzend vor, seine Tätigkeit in dem fraglichen Zeitraum müsse, falls der Argumentation des LSG nicht gefolgt werde, nach den im Berufungsverfahren vorgelegten Unterlagen als Scheinselbständigkeit gewertet werden.

II

Die zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet.

1. Der Rentenanspruch des Klägers richtet sich nach dem bei Rentenbeginn am 1. August 2000 geltenden Recht des SGB VI. Danach ergibt sich der Monatsbetrag der Rente, indem die unter Berücksichtigung des Zugangsfaktors ermittelten persönlichen Entgeltpunkte (EP), der Rentenartfaktor und der aktuelle Rentenwert mit ihrem Wert bei Rentenbeginn miteinander vervielfältigt werden (§ 64 SGB VI). Der Zugangsfaktor ist also ein Berechnungselement der persönlichen EP; durch ihn werden nach § 63 Abs 5 SGB VI Vor- und Nachteile einer unterschiedlichen Rentenbezugsdauer vermieden.

Gemäß § 77 Abs 1 Satz 1 SGB VI in der hier maßgeblichen, bis 31. Dezember 2000 gültigen Fassung richtet sich der Zugangsfaktor nach dem Alter der Versicherten bei Rentenbeginn und bestimmt, in welchem Umfang EP bei der Ermittlung des Monatsbetrags der Rente zu berücksichtigen sind. EP, die noch nicht Grundlage einer Rente wegen Alters waren, werden bei Renten wegen Alters, die mit Ablauf des Kalendermonats der Vollendung des 65. Lebensjahrs oder eines für den Versicherten maßgebenden niedrigeren Rentenalters beginnen, in vollem Umfang berücksichtigt (Zugangsfaktor 1,0 - § 77 Abs 1 Satz 2 Nr 3 SGB VI). Bei Renten wegen Alters, die vorzeitig in Anspruch genommen werden, ist der Zugangsfaktor für jeden Kalendermonat der vorzeitigen Inanspruchnahme um 0,003 niedriger als 1,0 (§ 77 Abs 2 Nr 1 SGB VI).

Dass der Kläger eine Rente wegen Alters vorzeitig in Anspruch genommen hat, folgt aus § 237 SGB VI.

Unter den - hier unstreitig erfüllten - Voraussetzungen des § 237 Abs 3 Satz 1 SGB VI haben Versicherte, die vor dem 1. Januar 1952 geboren sind, ab Vollendung des 60. Lebensjahrs Anspruch auf AIR wegen Arbeitslosigkeit. Nach § 237 Abs 3 SGB VI wird jedoch die Altersgrenze von 60 Jahren für diese Rente für Versicherte, die nach dem 31. Dezember 1936 geboren sind, angehoben (Satz 1). Die vorzeitige Inanspruchnahme der AIR ist möglich (Satz 2); die Anhebung der Altersgrenze und die vorzeitige Inanspruchnahme bestimmen sich nach Anlage 19 (Satz 3). Für einen Versicherten, der - wie der Kläger - im Juli 1940 geboren ist, ergibt sich daraus eine Anhebung der Altersgrenze für die AIR wegen Arbeitslosigkeit um 43 Monate. Er kann diese AIR entweder erst ab Vollendung eines Lebensalters von 63 Jahren und 7 Monaten in Anspruch nehmen oder muss bei vorzeitiger Inanspruchnahme ab dem 60. Lebensjahr Abschläge in Gestalt des verminderten Zugangsfaktors in Kauf nehmen.

2. Von der Anhebung der Altersgrenze gemäß § 237 Abs 3 SGB VI bestimmt § 237 Abs 4 SGB VI indes Ausnahmen. Danach wird für Versicherte des Geburtsjahrgangs 1940 die Altersgrenze für die AIR wegen Arbeitslosigkeit nicht angehoben, wenn sie zum dort näher beschriebenen Personenkreis gehören. Begünstigt ist keiner bzw nur einer geringeren Anhebung sind: (1) Versicherte, die bis zum 14. Februar 1941 geboren sind und (a) am 14. Februar 1996 arbeitslos waren oder Anpassungsgeld für entlassene Arbeitnehmer des Bergbaus bezogen haben oder (b) deren Arbeitsverhältnis auf Grund einer Kündigung oder Vereinbarung, die vor dem 14. Februar 1996 erfolgt ist, nach dem 13. Februar 1996 beendet worden ist und die daran anschließend arbeitslos geworden sind oder Anpassungsgeld für entlassene Arbeitnehmer des Bergbaus bezogen haben, ferner (2) Versicherte, die bis zum 14. Februar 1944 geboren sind und auf Grund einer Maßnahme nach Artikel 56 § 2 Buchst b des Vertrags über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, die vor dem 14. Februar 1996 genehmigt worden ist, aus einem Betrieb der Montanindustrie ausgeschieden sind, und schließlich (3) Versicherte, die vor dem 1. Januar 1942 geboren sind und 45 Jahre mit Pflichtbeiträgen für eine versicherte Beschäftigung oder Tätigkeit haben, wobei Zeiten, in denen Versicherte wegen des Bezugs von Alg oder Arbeitslosenhilfe versicherungspflichtig waren, nicht mitzählen.

Nach den vom LSG getroffenen, nicht (auch nicht in Gestalt der Gegenrüge) mit zulässigen Verfahrensrügen angegriffenen und damit für den Senat gemäß § 163 Sozialgerichtsgesetz (SGG) bindenden tatsächlichen Feststellungen gehört der Kläger nicht zu dem unter 1a) aufgeführten, in § 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst a SGB VI bestimmten Personenkreis; denn er war am Stichtag 14. Februar 1996 nicht arbeitslos (dazu nachfolgend unter 3.). Auch die Fallgestaltungen (2) und (3) treffen auf ihn nicht zu; er hatte keine 45 Jahre mit Pflichtbeiträgen und war nicht in einem Betrieb der Montanindustrie beschäftigt. Für den Kläger ist jedoch der Ausnahmetatbestand des § 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst b SGB VI in Verbindung mit der Regelung des § 237 Abs 4 Satz 2 und 3 SGB VI anzuwenden. Nach Sinn und Zweck werden dadurch nicht nur die unter 1b) angeführten Personen, deren Arbeitsverhältnis aufgrund vor dem Stichtag 14. Februar 1996 erfolgter Kündigung oder Vereinbarung nach dem Stichtag beendet wurde und die im Anschluss daran arbeitslos geworden sind, im Hinblick auf die von ihnen unter der alten Rechtslage getroffenen Dispositionen geschützt. Vielmehr gilt dieser Schutz auch für alle diejenigen Personen, bei denen eine am Stichtag ausgeübte Tätigkeit aufgrund vorheriger Festlegung in der Weise befristet war, dass durch sie eine früher eingetretene Arbeitslosigkeit lediglich unterbrochen wurde (dazu nachfolgend unter 4.).

3. Wie bereits das LSG zu Recht ausgeführt hat, war der Kläger am maßgeblichen Stichtag nicht arbeitslos.

Ob eine Person ist des § 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst a SGB VI am 14. Februar 1996 arbeitslos war, richtet sich nach den zu diesem Zeitpunkt geltenden Vorschriften des Arbeitsförderungsrechts. Das SGB VI enthält wie schon das frühere Rentenrecht keine Definition des Begriffs der Arbeitslosigkeit. Das Bundessozialgericht (BSG) hat diesen Begriff daher in stRspr in Anlehnung an das Recht der Arbeitslosenversicherung unter Berücksichtigung der Besonderheiten, insbesondere von Sinn und Zweck der jeweiligen rentenrechtlichen Regelungen ausgelegt und ist dabei davon ausgegangen, dass rentenrechtlich die Arbeitslosigkeit eines Versicherten grundsätzlich auch dessen Verfügbarkeit auf dem Arbeitsmarkt voraussetzt (vgl zB BSG Urteile vom 23. März 1966 - 1 RA 175/62 - BSGE 24, 290 = SozR Nr 39 zu § 1248 RVO, vom 23. März 1976 - 5 RKn 42/75 - SozR 2200 § 1248 Nr 11, vom 29. Juli 1976 - 4 RJ 199/74 - SozR 2200 § 1248 Nr 15 und vom 8. Februar 1996 - 13 RJ 19/95 - BSGE 78, 1 = SozR 3-2600 § 58 Nr 5 mwN). Nach diesen Grundsätzen ist es für die Frage einer am Stichtag 14. Februar 1996 vorliegenden Arbeitslosigkeit des Klägers unerheblich, ob er in der fraglichen Zeit vom 7. Februar bis 6. März 1996 eine selbständige Tätigkeit ausübte oder als so genannter Scheinselbständiger in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stand. Eine selbständige Tätigkeit schließt allerdings Arbeitslosigkeit nicht schlechthin aus. Der Kläger war indes - wie vom LSG ausgeführt - in der fraglichen Zeit 40 Stunden in der Woche tätig. Bei einer solchen Einsatzzeit ist weder bei einem abhängig Beschäftigten noch bei einem Selbständigen Arbeitslosigkeit gegeben.

a) § 101 Abs 1 Satz 1 AFG in der hier maßgeblichen, bis 31. März 1997 geltenden Fassung (AFG aF) definiert als arbeitslos einen "Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht oder nur eine kurzzeitige Beschäftigung ausübt". Danach

gehört zum Kreis der Arbeitnehmer, wer als Arbeitnehmer tätig (gewesen) ist und weiter tätig sein will, wovon bei Personen, die bei der Arbeitslosmeldung ihre Bereitschaft zum Ausdruck bringen, eine abhängige Beschäftigung aufzunehmen, regelmäßig ausgegangen werden kann (so bereits BSG Urteil vom 15. Juni 1976 - [7 RAr 50/75](#) - [BSGE 42, 76](#), 84 = [SozR 4100 § 101 Nr 2 S 18](#)). "Vorübergehend" ohne Beschäftigung ist, wer für die voraussichtliche Dauer seiner Beschäftigungslosigkeit andernfalls eine mehr als kurzzeitige Beschäftigung ausüben würde; er darf mit Eintritt der Beschäftigungslosigkeit nicht für immer oder auf unbestimmte Zeit aus dem Arbeitsleben als abhängig Beschäftigter ausgeschieden sein (BSG aaO, [BSGE 42, 76](#), 80 = [SozR 4100 § 101 Nr 2 S 14](#)). Insoweit kann grundsätzlich eine Person auch arbeitslos sein, wenn sie zugleich bereit ist, eine selbständige Tätigkeit auszuüben, solange sie nicht ausschließlich die Absicht hat, eine selbständige Tätigkeit auszuüben. Die Absicht, eine abhängige Beschäftigung auszuüben, wird auch nicht von vornherein dadurch in Frage gestellt, dass jemand tatsächlich eine selbständige Tätigkeit ausübt, wenn ihm daneben die Möglichkeit zur Ausübung einer abhängigen Beschäftigung bleibt und damit auch seine Verfügbarkeit für den Arbeitsmarkt gegeben ist (vgl BSG Urteile vom 25. August 1981 - [7 RAr 68/80](#) - und vom 8. Oktober 1981 - [7 RAr 38/80](#) - jeweils veröffentlicht in JURIS). Es ist nicht ersichtlich, dass [§ 237 SGB VI](#) von seinem Sinn und Zweck her auf einen engeren Arbeitslosigkeitsbegriff abstellt, bei dem die Bereitschaft, eine selbständige Tätigkeit auszuüben, Arbeitslosigkeit von vornherein ausschließen würde (vgl Diekmann/Grinisch/Wollschläger, DRV 1997, 43, 52 sowie Gehringer in Mitt LVA Oberfranken und Mittelfranken 1999, 257, 259 f, jeweils zur Auslegung des Begriffs der "Arbeitslosigkeit" iS des 237 SGB VI; Klattenhoff in Hauck/Noftz, Komm zum SGB VI, K § 237 RdNr 73, Stand April 2000). Hiervon sind im Fall des Klägers auch weder das ArbA noch die Beklagte ausgegangen.

b) Eine unbeschadet selbständiger Tätigkeit bestehende Arbeitslosigkeit iS des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG aF wird aber durch Ausübung einer nicht kurzzeitigen selbständigen Tätigkeit ebenso beendet wie durch eine nicht kurzzeitige abhängige Beschäftigung. Dies ergibt sich für die abhängige Beschäftigung bereits aus der Definition in § 101 Abs 1 Satz 1 AFG aF und für die selbständige Tätigkeit aus der ausdrücklichen Bestimmung in § 101 Abs 1 Satz 2 Nr 1 AFG aF, wonach ua nicht arbeitslos ist, wer eine Tätigkeit als Selbständiger ausübt, die die Grenze des § 102 AFG aF (weniger als 20 Stunden wöchentlich) überschreitet. Das war hier bei einer wöchentlichen Arbeitszeit des Klägers von 40 Stunden eindeutig der Fall.

4. Auf den Kläger ist jedoch die Vertrauensschutzregelung des [§ 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst b SGB VI](#) für Versicherte, deren Arbeitsverhältnis nach dem 13. Februar 1996 auf Grund einer zuvor erfolgten Kündigung oder Vereinbarung beendet worden ist, anzuwenden, und zwar iVm [§ 237 Abs 4 Satz 2](#) und 3 SGB VI. Danach steht einer vor dem 14. Februar 1996 abgeschlossenen Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine vor diesem Tag vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses oder Bewilligung einer befristeten arbeitsmarktpolitischen Maßnahme gleich (Satz 2). Ein bestehender Vertrauensschutz wird insbesondere durch die spätere Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses oder den Eintritt in eine neue arbeitsmarktpolitische Maßnahme nicht berührt (Satz 3).

a) [§ 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst b SGB VI](#) stellt auf ein "Arbeitsverhältnis" ab und bezieht sich damit - wie auch die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung betont - auf eine abhängige, also unselbständige Beschäftigung (vgl [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#)). Dies erklärt sich ohne weiteres daraus, dass die beim Anspruch auf AIR nach [§ 237 Abs 1](#) und 4 SGB VI vorausgesetzte Arbeitslosigkeit Arbeitnehmer trifft, von denen auch in der Definition des § 101 Abs 1 Satz 1 AFG aF die Rede ist. Ein Arbeitsverhältnis in diesem Sinne lag beim Kläger am 14. Februar 1996 nicht vor; denn er übte keine abhängige Beschäftigung, sondern eine selbständige Tätigkeit aus.

Die Unterscheidung zwischen abhängiger und selbständiger Tätigkeit hat im Recht der Rentenversicherung in erster Linie Bedeutung für die Versicherungspflicht. Darauf bezogen hat das BSG für die Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, in einer umfangreichen Rechtsprechung die Merkmale einer Beschäftigung und diejenigen der selbständigen Tätigkeit sowie Abgrenzungskriterien entwickelt. Merkmale einer Beschäftigung sind insbesondere die persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber, die Eingliederung des Beschäftigten in einen fremden Betrieb und ein - uU nach Art der Tätigkeit beschränktes - Weisungsrecht des Arbeitgebers. Als Merkmale einer selbständigen Tätigkeit werden vornehmlich das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Arbeitszeit gesehen. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen, wobei auf das Gesamtbild der Arbeitsleistung abgestellt wird (zusammenfassend BSG Urteil vom 4. Juni 1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) - [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#) mwN; vgl jetzt auch [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#), angefügt durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl I 2000)). Diese Grundsätze sind auf die in [§ 237 Abs 4 Satz 1 Buchst a SGB VI](#) angesprochene abhängige Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis zu übertragen. Davon ausgehend lässt die Beurteilung des LSG, der Kläger habe auch am 14. Februar 1996 nicht in einem befristeten Arbeitsverhältnis gestanden, es habe sich vielmehr bei seiner Tätigkeit für den früheren Arbeitgeber in der Zeit vom 7. Februar bis 6. März 1996 um eine selbständige Tätigkeit gehandelt, keine Rechtsfehler erkennen.

b) Über die Gleichstellungsregelung in [§ 237 Abs 4 Satz 2 SGB VI](#) erfasst [§ 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst b SGB VI](#) aber auch Fallgestaltungen, in denen am Stichtag eine nicht kurzzeitige selbständige Tätigkeit ausgeübt wurde, bei der auf Grund ihrer vor dem Stichtag erfolgten vertraglichen Gestaltung eine zuvor bestehende Arbeitslosigkeit lediglich für einen von vornherein begrenzten Zeitraum entfiel, der Versicherte im Übrigen aber im Sinne der Voraussetzung für die AIR wegen Arbeitslosigkeit als Arbeitnehmer von Arbeitslosigkeit betroffen war. Dieses Verständnis der Regelung ergibt sich aus Sinn und Zweck der Regelung und dem Umstand, dass sie wesentlich an eine die Beschäftigungssituation des Versicherten betreffende Disposition anknüpft, die dazu geführt hat, dass er am Stichtag von Arbeitslosigkeit bedroht war. Letzteres war bei dem Kläger der Fall. Nach den bindenden Feststellungen des LSG handelte es sich bei seinem Arbeitseinsatz vom 7. Februar bis 6. März 1996 um eine von vornherein befristete selbständige Tätigkeit, die seine Arbeitslosigkeit nicht auf unbestimmte Zeit beseitigte, sondern lediglich für die genannte Zeit unterbrochen hat. Es ist nicht ersichtlich und ließe sich auch nicht rechtfertigen, dass der Gesetzgeber einen im Übrigen arbeitslosen Versicherten nur wegen eines am Stichtag wahrgenommenen mehr als kurzzeitigen, aber von vornherein nur befristeten Einsatz als Selbständiger vom Vertrauensschutz im Hinblick auf eine am Stichtag drohende Arbeitslosigkeit hätte ausschließen wollen oder können. Vielmehr ist auch bei der Auslegung des [§ 237 Abs 4 Satz 2 SGB VI](#) die bereits dargestellte Gleichstellung von mehr als kurzzeitiger selbständiger Tätigkeit mit einer mehr als kurzzeitigen abhängigen Beschäftigung für das Bestehen von Arbeitslosigkeit nach dem Arbeitsförderungsrecht zu berücksichtigen. Insoweit liegt entgegen der Ansicht des LSG auch keine planwidrige Lücke der Vertrauensschutzregelung vor.

aa) Bei [§ 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst b SGB VI](#) handelt es sich um einen Vertrauensschutztatbestand für ältere Versicherte, die im Hinblick auf die Möglichkeiten des früheren Rechts eine unumkehrbare, zur Arbeitslosigkeit führende Disposition über ihr Arbeitsverhältnis getroffen haben und aufgrund dieser Disposition nicht mehr in der Lage waren, sich ausreichend auf eine zukünftige Gesetzesänderung einzustellen.

Der Gesetzgeber hat damit Rücksicht darauf genommen, dass diese Personen wegen ihres Alters regelmäßig auf dem Arbeitsmarkt benachteiligt waren und kaum eine Möglichkeit hatten, bei eingetretener Arbeitslosigkeit nochmals in ein bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze dauerndes Arbeitsverhältnis zu gelangen (vgl BSG Urteile vom 30. Oktober 2001 - [B 4 RA 15/00 R](#) - [SozR 3-2600 § 237 Nr 1 S 8](#) und vom 25. Februar 2004 - [B 5 RJ 44/02 R](#) - zur Veröffentlichung bestimmt, Umdruck S 15 f). Durch die Regelung des [§ 237 Abs 4 Satz 2 SGB VI](#) kommt der Ausnahmetatbestand des [§ 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst b SGB VI](#) auch denjenigen bis zum 14. Februar 1941 geborenen Personen zugute, die nach Beendigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bis zum Stichtag 14. Februar 1996 nur noch befristete Arbeitsverhältnisse eingegangen sind und anschließend (weiterhin) arbeitslos waren, weil sich durch die nur befristete Beschäftigung die Situation, bis zur Regelaltersgrenze nicht mehr durchgehend beschäftigt zu werden, im Ergebnis nicht verändert hat, sondern die befristete Beschäftigung die sonst bestehende Arbeitslosigkeit nur unterbrochen hat.

bb) Bei einer selbständigen Tätigkeit, deren Ausgestaltung ebenfalls nur zu einer Unterbrechung der Arbeitslosigkeit führt, ist die Situation des Betroffenen nicht anders zu beurteilen, da auch in diesem Fall am Stichtag Arbeitslosigkeit drohte. In dieser Situation befand sich aber der Kläger. Die von ihm am 14. Februar 1996 ausgeübte selbständige Tätigkeit bewirkte nach der Ausgestaltung, wie sie nach den Feststellungen des LSG vor diesem Zeitpunkt festgelegt war, lediglich die Unterbrechung der nach der Beendigung des letzten Arbeitsverhältnisses eingetretenen Arbeitslosigkeit.

Wie oben unter 3. ausgeführt, bestand nach dem am Stichtag 14. Februar 1996 maßgeblichen Recht trotz Bereitschaft zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit und auch deren Ausübung Arbeitslosigkeit, solange eine Verfügbarkeit für eine mehr als kurzzeitige abhängige Beschäftigung gegeben war. Dies war beim Kläger vor und nach seinem Einsatz vom 7. Februar bis 6. März 1996 der Fall, wie sich schon aus der Tatsache des Alg-Bezugs ergibt. Dafür, dass ihm das Alg zu Unrecht bewilligt worden war, besteht kein Anhaltspunkt. Kurzzeitigkeit iS des Arbeitsförderungsrechts meint die wöchentliche Einsatzzeit und stellt grundsätzlich nicht darauf ab, ob der Arbeitseinsatz befristet oder auf unbestimmte Dauer angelegt ist. Die Gleichstellung einer befristeten nicht kurzzeitigen selbständigen Tätigkeit mit einer entsprechenden abhängigen Beschäftigung wirkte sich insoweit auch nicht nachteilig aus, als der Betroffene bei dem erneuten Eintritt der Arbeitslosigkeit auf den alten Alg-(Gesamt-)Anspruch zurückgreifen konnte, solange dieser noch nicht erloschen war (§§ 110, 111, 125 AFG aF). Damit konnte er zugleich wie ein mehr als kurzzeitig in einem befristeten Arbeitsverhältnis beschäftigter Versicherter damit rechnen, dass die vorübergehende nicht kurzzeitige selbständige Tätigkeit einer weiteren Arbeitslosigkeit als Voraussetzung eines vorzeitigen abschlagsfreien Renteneintritts nicht entgegenstand. Da [§ 237 Abs 4 Satz 1 Nr 1 Buchst b iVm Satz 2 SGB VI](#) aber gerade auch diejenigen schützt, die im Vertrauen auf die frühere Rechtslage am Stichtag bereits ihre Beschäftigungssituation betreffende, zu (erneuter) Arbeitslosigkeit führende Dispositionen getroffen hatten, kann es für diese vor dem Stichtag getroffenen Dispositionen daher wesentlich auch nur darauf ankommen, ob sie an der Bedrohung durch Arbeitslosigkeit etwas geändert hatten.

c) Gegen dieses Ergebnis lässt sich nicht einwenden, der Kläger habe schließlich durch seine selbständige Tätigkeit 1995 und - mit Ausnahme von 1996 - auch in den Folgejahren ebenso hohe Einkünfte wie zur Zeit seiner abhängigen Beschäftigung gehabt. Insoweit findet das Argument der Beklagten, es sei unbillig, nur auf den Zeitraum der Auftrags erledigung vom 7. Februar bis 6. März 1996 abzustellen und nicht zu berücksichtigen, dass der Kläger über einen Zeitraum von dreieinhalb Jahren hinweg in einem Umfang von knapp drei Jahren seine Aufträge erledigt habe, im Gesetz gerade keine Stütze. Denn dieses Argument müsste dann gleichermaßen gelten, wenn entsprechende Einkünfte durch jeweils nur befristete Arbeitsverhältnisse erzielt wurden. [§ 237 Abs 4 SGB VI](#) gewährt aber Vertrauensschutz in allen dort geregelten Fallgestaltungen unabhängig davon, ob die jeweils begünstigten Personen tatsächlich Einkommenseinbußen hatten. Die Regelung in [§ 237 Abs 4 Nr 1 SGB VI](#) stellt zudem ausschließlich auf die Situation am Stichtag ab; nach [§ 237 Abs 4 Satz 3 SGB VI](#) wird ausdrücklich ein "bestehender Vertrauensschutz insbesondere durch die spätere Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses oder den Eintritt in eine neue arbeitsmarktpolitische Maßnahme nicht berührt". Dies gilt auch bei (erneuter) Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit (vgl Jörg in Kreikebohm, Komm zum SGB VI, 2. Aufl 2003, § 237 RdNr 23). Dem Gesetzgeber waren im Übrigen die unterschiedlichen Fallgestaltungen der Frühverrentungen unter dem früheren Recht bekannt; er wusste, dass Betriebe Arbeitnehmer auf diese Weise zum Teil schon vor Vollendung des 55. Lebensjahrs freisetzen (vgl die Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung eines gleitenden Übergangs in den Ruhestand, [BT-Drucks 13/4336, S 14](#)) und die betroffenen Arbeitnehmer in der Zeit bis zum Beginn der AIR wegen Arbeitslosigkeit zum frühestmöglichen Zeitpunkt ab Vollendung des 60. Lebensjahrs dann regelmäßig nicht durchgehend arbeitslos waren, sei es, weil die Leistungen der Arbeitslosenversicherung nicht ausreichten, den Zeitraum zu überbrücken, sei es, um die Voraussetzung von acht Jahren Pflichtbeitragszeiten in den letzten zehn Jahren vor Beginn der Rente ([§ 38 Nr 3 SGB VI](#) idF des Rentenreformgesetzes 1992, ab 1. Januar 1996 in der durch Art 1 Nr 6 des Gesetzes vom 15. Dezember 1995 ([BGBl I 1824](#)) geänderten Fassung) zu erfüllen, oder eben auch, um Einkommensmöglichkeiten ohne Verlust des frühestmöglichen Rentenbeginns auszuschöpfen. Auf diese möglichen Effekte der gesetzlichen Regelungen hatte auch der Bundesrechnungshof in einer Mitteilung an das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung über die finanziellen Auswirkungen der Frühverrentung auf die Rentenfinanzen vom 5. Januar 1996 hingewiesen (vgl die Darstellung bei Albrecht/Müller in DRV 1996, 121, 122). Soweit sie als "missbräuchliche" Inanspruchnahme von Leistungen der Rentenversicherung und "Umgehungsmöglichkeiten" gewertet wurden, lässt sich allerdings nicht feststellen, dass die beobachtete Praxis im Hinblick auf Fallgestaltungen wie die vorliegende gesetzwidrig bzw Anlass für eine der Auffassung der Beklagten entsprechende differenzierende Ausgestaltung des Vertrauensschutzes gewesen wäre.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs 1 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2004-12-21