

## L 10 AL 11/04

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
10  
1. Instanz  
SG Würzburg (FSB)  
Aktenzeichen  
S 10 AL 328/01  
Datum  
03.12.2003  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 10 AL 11/04  
Datum  
07.07.2005  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 03.12.2003 wird zurückgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Gewährung von Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit vom 01.11.2000 bis 14.12.2000 und um die Erklärung der Zustimmung der Beklagten zur Feststellung der Versicherungspflicht des Klägers durch die Beigeladene.

Der am 1948 geborene Kläger ist gelernter Koch und mit der Zeugin P. (P) verheiratet. Sie leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Ab 18.08.1977 meldete die Zeugin den Betrieb der Gaststätte "S.A." als Gewerbe an, zum 10.01.1978 allerdings wieder ab. Ab diesem Zeitpunkt meldete der Kläger diesen Betrieb auf seinen Namen an. Die Schankerlaubnis war ebenfalls dem Kläger erteilt worden. Zumindest seit 19.11.1990 bezog der Kläger jeweils in den Wintermonaten Alg, die restliche Zeit (Saison) arbeitete er nach seinen Angaben als Kellner im Betrieb seiner Ehefrau. Diese führte Sozialversicherungsbeiträge für den Kläger u.a. zur Beklagten ab. Weitere Arbeitnehmer waren im Betrieb nicht beschäftigt.

Bei dem Betrieb handelte es sich um einen Gasthof mit Übernachtungsmöglichkeit. Der Kläger war zusammen mit seiner Ehefrau jeweils zur Hälfte Miteigentümer des Anwesens, auf dem der Gasthof stand. Er hatte seinen Miteigentumsanteil an seine Ehefrau verpachtet.

Am 26.10.2000 meldete sich der Kläger erneut persönlich mit Wirkung ab 01.11.2000 arbeitslos und beantragte Alg. Er sei vom 01.04.1997 bis 15.11.1997, 20.04.1998 bis 15.11.1998, 11.05.1999 bis 17.11.1999 und 01.04.2000 bis 31.10.2000 versicherungspflichtig als Kellner 39 Stunden wöchentlich bei seiner Ehefrau beschäftigt gewesen. Die Beklagte befragte den Kläger und dessen Ehefrau zu dem Beschäftigungsverhältnis. Für die Zeit vom 06.11.2000 bis 26.11.2000 legte der Kläger eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor, nachdem ihm eine Trainingsmaßnahme für die Zeit vom 09.11.2000 bis 03.01.2001 angeboten worden war. Am 01.12.2000 meldete sich der Kläger zum 15.12.2000 aus dem Leistungsbezug ab. Ab diesem Tag nehme er wieder eine Beschäftigung im Gasthof als Koch auf.

Mit Bescheid vom 20.12.2000 lehnte die Beklagte den Antrag auf Alg ab 01.11.2000 ab. Der Kläger habe in der Rahmenfrist von 3 Jahren nicht mindestens 12 Monate in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Die Tätigkeit im Gasthof sei nicht als solches anzusehen.

Den Widerspruch hiergegen begründete der Kläger damit, er sei seit Jahren bei der Betreiberin des Gasthofes beschäftigt und habe Beiträge abgeführt. Er sei im Übrigen Saisonarbeiter iS des [§ 123 Nr 3](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III). Seine Ehefrau sei Geschäftsinhaberin, sie zahle für ihn Beiträge an die Berufsgenossenschaft und den Rentenversicherungsträger. Die Beigeladene teilte mit, der Kläger sei seit 1986 als Arbeitnehmer seiner Ehefrau gemeldet. Die Lohnhöhe habe derjenigen familienfremder Arbeitskräfte entsprochen. Unterlagen lägen jedoch nicht mehr vor. Die LVA Unterfranken gab an, bei Prüfungen bis einschließlich 31.12.1998 hätten sich keine Beanstandungen bezüglich der Versicherungspflicht ergeben. Den Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 08.06.2001 zurück. Der Kläger sei Gewerbetreibender und gehöre als solcher nicht zum Personenkreis der versicherungspflichtig Beschäftigten. Die Sicht der Berufsgenossenschaft und des Finanzamtes sowie die tatsächliche Beitragsentrichtung spiele bei der Entscheidung keine Rolle. Tatsächlich hätte der Kläger nicht in einem abhängigen Arbeitsverhältnis gestanden.

Dagegen hat der Kläger Klage zum Sozialgericht Würzburg mit der Begründung erhoben, die Schankerlaubnis sei von beiden Eheleuten

beantragt worden, versehentlich vom Landratsamt jedoch nur dem Kläger erteilt worden. Die Zeugin P habe den Gasthof allerdings auf eigene Rechnung und im eigenen Namen betrieben. Er sei bei ihr beschäftigt gewesen. Auf der Speisekarte und auf anderen Unterlagen sei die Zeugin P als Inhaberin genannt. Die Aufschrift auf Kassenbons mit dem Hinweis auf "Familie P." sei lediglich unzutreffend programmiert worden. Beim Gasthof handele es sich um einen Saisonbetrieb. Während der Saison sei der Kläger in der Küche beschäftigt, mache das Frühstück für Übernachtungsgäste. Die Betreuung der Zimmer sowie die Zimmervermietung selbst oblägen seiner Ehefrau. Im Winterhalbjahr ohne Übernachtung versorge die Ehefrau allein den Gasthof. Im Notfall würden die Kinder (zum Teil gelernte Köche) unentgeltlich aushelfen, die bis 1997 bzw 2000 im elterlichen Anwesen gewohnt hätten. Außerhalb der Saison sei der Kläger zwar in der Gaststätte anwesend, aber nicht tätig gewesen. Er habe in der Gaststätte nur Unterhaltung gesucht und sich selbst gegebenenfalls Essen aus der Küche geholt. Unterschriften unter Steuererklärungen habe der Kläger als Beauftragter seiner Ehefrau geleistet. Auf Gewerbeanmeldungen allein sei nicht abzustellen.

Nachdem die Beigeladene mit Bescheid vom 23.11.2001 die Versicherungspflicht des Klägers ab 01.07.2001 festgestellt hatte, hat der Kläger die Zustimmung der Beklagten hierzu ab 01.07.2001 beantragt. Diese erteilte die Beklagte nicht (Bescheid vom 18.07.2003). Der Kläger sei als selbstständig anzusehen und damit nicht versicherungspflichtig. Der Gasthof firmiere unter "Familie P.". Beide Ehegatten sei gleichberechtigt für einen Aufgabenbereich verantwortlich.

Die Gemeinde Mainbernheim hat die Gewerbean- und -abmeldungen vorgelegt. Lt. Mitteilung der LVA Unterfranken vom 15.10.2003 habe es für den Prüfzeitraum 01.01.1999 bis 31.12.2002 keine Beanstandungen gegeben.

Das SG hat die Ehefrau des Klägers uneidlich als Zeugin vernommen. Diese hat ausgeführt, sie habe mit ihrem Ehemann bereits früher zwei Kantinen betrieben, wobei jeweils der Kläger Pächter gewesen sei. Behördliche Angelegenheiten habe der Kläger erledigt, da sie keinen Führerschein habe. Einkäufe seien in der Regel gemeinsam erfolgt. Aufnahme und Bezahlung der Übernachtungsgäste erfolge in der Regel durch sie. Gelegentlich weise sie den Kläger an, bestimmte Gästewünsche zu erfüllen oder Wein einzukaufen. Einen schriftlichen Arbeitsvertrag habe es nicht gegeben. Das Gehalt sei vom Betriebskonto auf ein Konto überwiesen worden, über das der Kläger und sie verfügungsberechtigt seien. Grundsätzlich entscheide der Kläger, was auf die Speisekarte komme, und er übernehme die Kalkulation für besondere Essen.

Mit Urteil vom 03.12.2003 hat das SG die Klage abgewiesen. Der Bescheid vom 18.07.2003 sei Gegenstand des Verfahrens geworden. Der Kläger habe weder Anspruch auf Alg vom 01.11.2000 bis 14.12.2000 noch auf Zustimmung der Beklagten zum Feststellungsbescheid der Beigeladenen. Er habe nicht in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Er sei nicht in dem Betrieb der Zeugin P eingegliedert und den Weisungen der Ehefrau in fachlicher, zeitlicher und örtlicher Hinsicht unterworfen. Vielmehr sei er weisungsfrei als Koch ohne schriftlichen Arbeitsvertrag in dem Gasthof tätig geworden. Er habe das Gewerbe angemeldet und die Schankerlaubnis besessen. Daher habe die Beklagte auch die Erklärung der Zustimmung zum Feststellungsbescheid der Beigeladenen zu Recht verweigert.

Zur Begründung der dagegen zum Bayer. Landessozialgericht eingelegten Berufung hat der Kläger vorgetragen: Er sei in dem Betriebsablauf vollständig integriert und zeitlich, örtlich und inhaltlich weisungsgebunden gewesen. Er müsse zu bestimmten Zeiten Frühstück für Hotelgäste zubereiten. Er sei für die Küche verantwortlich, die Preiskalkulation obliege der Zeugin. Er sei fachlich, nämlich beschränkt auf den Küchenbereich weisungsgebunden und müsse während der Öffnungszeiten vollständig zur Verfügung stehen. Er werde auch angewiesen, Wein einzukaufen. Im Übrigen sei er bei Einkäufen nur für das Fahren und Verladen zuständig. Bei Ehegatten sei die Weisungsgebundenheit von Natur aus eingeschränkt. Er habe das übliche Entgelt erhalten, die Kinder seien dagegen bei ihren Hilfeinsätzen nicht bezahlt worden. Die Organisation insbesondere für den Übernachtungsbetrieb habe der Zeugin P obliegen. Das gezahlte Entgelt sei als Betriebsausgabe verbucht worden und er habe insgesamt eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Steuerrechtlich als auch von anderen Sozialversicherungsträgern sei das Beschäftigungsverhältnis anerkannt worden. Steuerschuldnerin sei jeweils die Zeugin P gewesen.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Würzburg vom 03.12.2003 sowie den Bescheid vom 20.12.2000 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.06.2001 und den Bescheid vom 18.07.2003 aufzuheben, Arbeitslosengeld für die Zeit vom 01.11.2000 bis 14.12.2000 dem Grunde nach zu zahlen und die Zustimmung zum Feststellungsbescheid der Beigeladenen vom 23.11.2001 zu erteilen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des SG für zutreffend. Der vorgelegte Kassenbon und die vorgelegten Zettel samt Angaben des Inhabers seien zum Teil veraltet bzw unzutreffend.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt. Nach den nunmehr vorliegenden Angaben des Klägers sei ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht anzunehmen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die beigezogene Verwaltungsakte der Beklagten sowie die Prüfungsakten der Beigeladenen und die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung (§§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz - SGG -) ist zulässig, aber nicht begründet. Zutreffend hat das SG die Klage abgewiesen. Der Bescheid vom 20.12.2000 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.06.2001 sowie der Bescheid vom 18.07.2003 sind rechtmäßig. Dem Kläger steht in der Zeit vom 01.11.2000 bis 14.12.2000 - ab 15.12.2000 hat er sich aus dem Leistungsbezug abgemeldet - unabhängig von der zwischenzeitlichen Arbeitsunfähigkeit kein Alg zu, er hat die Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zum Feststellungsbescheid der Beigeladenen vom 23.11.2001 für die Zeit ab 01.07.2001 besteht mangels versicherungspflichtiger Tätigkeit ebenfalls nicht.

Anspruch auf Alg hat, wer arbeitslos ist, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und die Anwartschaftszeit erfüllt hat (§ 117 SGB III). Die Anwartschaftszeit erfüllt hat, wer - was hier allein in Betracht kommt - in der Rahmenfrist 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis

gestanden hat ([§ 123 Satz 1 Nr 1 SGB III](#)). Um einen Saisonarbeiter handelt es sich bei dem als Koch bzw Kellner tätigen Kläger nicht, denn er ist nicht in einem Betrieb tätig gewesen, der für eine gewisse Dauer die Produktion bzw Dienstleistung vollständig eingestellt hat und es handelt sich nicht um einen witterungsabhängigen Arbeitsplatz. Auch und gerade zur Produktions- bzw Dienstleistungssteigerung war der Kläger nicht eingestellt worden (§ 1 Abs 2 Satz 1 und 2 Anwartschaftszeit-Verordnung in der bis 31.12.2003 geltenden Fassung).

Die Rahmenfrist beträgt 3 Jahre und beginnt mit dem Tag vor Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg ([§ 124 Abs 1 SGB III](#)). Sie umfasst somit den Zeitraum vom 01.11.1997 bis 31.10.2000.

In dieser Zeit war der Kläger vom 20.03.1997 bis 15.11.1997, 20.04.1998 bis 15.11.1998, 11.05.1999 bis 17.11.1999 und 01.04.2000 bis 31.10.2000 im Gasthof tätig und es wurden Sozialversicherungsbeiträge abgeführt.

Dabei handelt es sich jedoch nicht um ein Versicherungspflichtverhältnis. In einem Versicherungspflichtverhältnis stehen Personen, die als Beschäftigte und aus sonstigen Gründen versicherungspflichtig sind ([§ 24 Abs 1 SGB III](#)). Beschäftigte und damit versicherungspflichtig sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zur Berufsausbildung beschäftigt (versicherungspflichtige Beschäftigte) sind ([§ 25 Abs 1 Satz 1 SGB III](#)).

Die Mitarbeit im Rahmen des Gasthofes erfolgte nicht aufgrund einer solchen versicherungspflichtigen Beschäftigung und dient damit nicht der Erfüllung der Anwartschaftszeit. Zutreffend hat das SG die Kriterien, die bei sog. Ehegattenarbeitsverhältnissen zu beachten sind, festgestellt und den Sachverhalt hierunter subsummiert. Maßgeblich sind dabei nicht nur vertragliche Abreden, sondern auch die tatsächliche Ausgestaltung (LSG Berlin, Urteil vom 16.01.2003 - [L 8 AL 7/02](#) -). Vertragliche Abreden existieren vorliegend nicht, einen schriftlichen Arbeitsvertrag gibt es nicht. Somit ist von den tatsächlichen Verhältnissen auszugehen (Brand in Niesel, SGB III, 2. Auflage, § 25 RdNr 8). Es sind alle Umstände zu würdigen und es ist festzustellen, welche Merkmale überwiegen bzw der Beziehung das Gepräge geben (Brand aaO, 3. Auflage, § 25 RdNr 24). Dabei ist vor allem zu werten: Die Eingliederung des Familienangehörigen in den Betrieb, die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit, die vertragliche Regelung (auch bezüglich der Höhe der Geld- bzw sowie Sachbezüge), die Angemessenheit des vereinbarten Entgelts im Verhältnis zu den übertragenen Aufgaben sowie zu der Entlohnung vergleichbarer fremder Arbeitskräfte, die Umsetzung der vertraglichen Regelungen in der Praxis, die Entrichtung von Lohnsteuer für das Arbeitsentgelt, die Qualifizierung des Arbeitsentgeltes als Betriebsausgaben sowie - bei Ehegatten - der eheliche Güterstand. Allen Umständen kommt allerdings nur Indizwirkung zu (Brand aaO). Der eheliche Güterstand schließt ein Beschäftigungsverhältnis nur aus, wenn Gütergemeinschaft vereinbart worden ist (Brand aaO § 25 RdNr 25). An den Nachweis des Beschäftigungsverhältnisses zwischen Familienangehörigen sind strenge Anforderungen zu stellen (Brand aaO § 25 RdNr 26 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hierzu).

Vorliegend hat der Kläger ein auch einem fremden Beschäftigten zustehendes Gehalt auf ein gesondertes Konto überwiesen erhalten, über das er und seine Ehefrau verfügungsberechtigt waren. Sein Gehalt wird - sinnvollerweise - als Betriebsausgabe verbucht. Diese Indizien, die für ein Beschäftigungsverhältnis sprechen, werden jedoch deutlich überwogen von dagegen sprechenden Hinweisen. Dabei spielen etwaige Bezeichnungen auf Kundenkarten, Quittungen und alten Werbelöcken keine Rolle, wobei jedoch als seltsam erscheint, dass z.B. auf der Speisekarte "Familie P." als Betriebsinhaber angegeben wird, hinsichtlich des Kassenbons die Bezeichnung jedoch der Willkür eines Programmierers überlassen worden sein soll. Entscheidend für die Annahme einer nicht versicherungspflichtigen Beschäftigung sind nach Auffassung des Senates jedoch folgende Punkte: Beide Ehepartner haben bereits zwei Kantinen betrieben, wobei jeweils der Kläger als Pächter aufgetreten ist. Auch ist der Gasthof letztendlich als Gewerbe auf den Kläger angemeldet, eine Umschreibung ist ausdrücklich 1978 erfolgt. Allein dem Kläger ist nach Auskunft der Zeugin P die Schankerlaubnis erteilt worden. Diese für den Betrieb des Gasthofes wesentlichen behördlichen Dokumente sind somit alle in der Hand des Klägers. Der Aufgabenbereich der im Rahmen eines Gasthofes anfällt (Versorgung der Gäste mit Speisen und Getränken; Zimmerbewirtung), ist zwischen den beiden Ehepartnern getrennt aufgeteilt. Dies ist durchaus sinnvoll und erscheint dem Senat aufgrund der beruflichen Vorkenntnisse des Klägers als angebracht. Dabei verwaltet und organisiert jeder der Eheleute den ihm obliegenden Betriebsteil selbst. Insbesondere ist der Kläger im Rahmen der Küche und der Bewirtung nicht weisungsgebunden. Nach Aussage der Zeugin P bestimmt er den Inhalt der Speisekarte und macht bei besonderen Essen auch die Kalkulation. Er bereitet Frühstück und Mittagessen für die Übernachtungsgäste. Lediglich abends will die Zeugin in der Gaststätte wesentlich mitgeholfen haben. Von einer Weisungsbefugnis der Klägerin innerhalb des Bereiches des Klägers ist daher nicht auszugehen. Selbst wenn die Zeugin P dem Kläger besondere Wünsche der Übernachtungsgäste hinsichtlich bestimmter Speisen und auch Getränke (Wein) mitgeteilt hat, so ist hierin keine Weisung zu sehen. Vielmehr handelt es sich um eine in einem Dienstleistungsbetrieb übliche Weitergabe von Wünschen der Gäste, deren Erfüllung allein im Interesse der beiden den Gasthof betreibenden Eheleute steht.

Die Einkäufe, die für die Übernachtungsgäste wie auch für Tagesgäste erforderlich waren, haben die beiden Eheleute nach Auskunft der Zeugin P gemeinsam ausgeführt. Dabei hatte der Kläger nicht nur eine untergeordnete Funktion, nachdem er nach Aussage der Zeugin P den Inhalt der Speisekarte festlegte. Hierdurch wird bereits durch den Kläger bestimmt, welche Waren einzukaufen sind. Ob er konkret noch beim Einkauf selbst dabei war oder nur für die Fahrt und Beladung des Fahrzeuges zuständig war, hat dann keine weitere Bedeutung.

Somit stand der Kläger in den angegebenen Zeiträumen nicht in einer versicherungspflichtigen Beschäftigung bei seiner Ehefrau. Er hat damit die Anwartschaftszeit für den Anspruch auf Alg nicht erfüllt.

Mangels Vorliegens einer versicherungspflichtigen Beschäftigung besteht auch kein Anspruch des Klägers auf Erteilung der Zustimmung der Beklagten zum Feststellungsbescheid der Beigeladenen vom 23.11.2001 über die Versicherungspflicht des Klägers ab 01.07.2001 ([§ 336 SGB III](#) in der bis 31.12.2004 geltenden Fassung). Bei diesem Feststellungsbescheid der Beigeladenen handelt es sich um einen personenbezogenen positiven Feststellungsbescheid - im Gegensatz zum Bescheid der LVA Unterfranken vom 15.10.2003, der nicht eindeutig diesen bezeichnet (vgl hierzu Niesel aaO, 2. Auflage, § 336 RdNr 8 ff).

Nach alledem ist die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§§ 193, 184 SGG](#).

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

Aus  
Login  
FSB  
Saved  
2005-09-06