

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 103/94

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 10. August 1995 durch den Vorsitzenden Richter S a t t l e r, die Richter L ü d t k e und Prof. Dr. B ü r c k sowie die ehrenamtlichen Richter G u m p r i c h und M e i d für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird der Beschluß des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 10. Mai 1994 aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)





JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Der Rechtsstreit betrifft einen Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) vom 17. Dezember 1991 bis 3. März 1992.

Der 1941 geborene Kläger betrieb seit 1974 eine Gaststätte (Jazzclub-Musikkneipe). In der örtlichen Presse erschien am 12. Dezember 1991 ein Artikel, wonach das Lokal - bis auf Montag und Dienstag - auch wochentags geöffnet sei. Sonntags verwandle sich die Musikkneipe in einen Talentschuppen. Vom 26. November 1990 bis 16. Dezember 1991 war der Kläger als Wachmann beschäftigt.

Am 11. Dezember 1991 beantragte er Alg und erklärte dazu, die Tätigkeit in seinem Betrieb sei auf 12 bis 18 Stunden wöchentlich beschränkt. Eine größere Inanspruchnahme ergebe sich auch nicht durch Aufsichtstätigkeit. Seine Mitarbeiter, die zum Teil schon seit Jahren bei ihm beschäftigt seien, könnten den Betrieb führen. Er stehe allenfalls für auftauchende Fragen zur Verfügung.

Die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) lehnte den Antrag nach Sachaufklärung ab, weil der Kläger ausgehend von den Öffnungszeiten 20 Stunden wöchentlich beschäftigt sei. Er strebe auch eine abhängige Beschäftigung nicht an, wolle vielmehr sein Lokal betreiben und einen weiten Publikumskreis erschließen. Ihm fehle die Arbeitnehmereigenschaft.

Im Klageverfahren hat der Kläger vorgetragen, erst seit 4. März 1992 betreibe er das Lokal wieder selbst. Samstags seien bis maximal vier Personen und an Wochentagen eine Person beschäftigt gewesen. Es handle sich dabei um langjährige Mitarbeiter, für die eine Aufsicht nicht erforderlich gewesen sei. Ein Geschäftsführer sei nicht bestellt gewesen. Ein Freund habe sich als Stellvertreter während verschiedener Krankenhaus- und Kuraufenthalte voll bewährt.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage abgewiesen. Es hat sich die Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse durch die BA zu eigen gemacht. Der im Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 17. März 1981 - 7 RAr 19/80 - vertretenen Rechtsansicht, ein Selbständiger sei arbeitslos, wenn er selbst nur kurzzeitig tätig sei und im übrigen von Mitarbeitern unterstützt werde, hat sich das SG nicht angeschlossen. Es hat die Ansicht vertreten, die Mitarbeit von Beschäftigten sei dem Selbständigen zuzurechnen. Danach ergebe sich bereits aus den Öffnungszeiten der Gaststätte, daß der Kläger als Selbständiger mehr als kurzzeitig tätig gewesen sei. Die Rechtsmittelbelehrung des SG lautet, das Urteil könne mit der Berufung angefochten werden.



Der Kläger hat im Berufungsverfahren den Ausschlußgrund des § 144 Abs 1 Nr 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) aF eingeräumt. Das SG habe diesen aber offenbar übersehen und irrtümlich die Berufung nicht zugelassen. Nach der vom SG nicht geteilten Rechtsansicht des BSG sei der Kläger nur sechs bis acht Stunden wöchentlich in seiner Gaststätte tätig gewesen. Er hat angeregt, die Revision zuzulassen.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung als unzulässig verworfen. Der Kläger habe für den Zeitraum vom 17. Dezember 1991 bis 3. März 1992 nur Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen für einen Zeitraum bis zu 13 Wochen (3 Monaten) geltend gemacht (§ 144 Abs 1 Nr 2 SGG aF). Das SG habe die Berufung nicht zugelassen. Ein Irrtum des SG über die Zulässigkeit der Berufung sei unerheblich. Nach ständiger Rechtsprechung des BSG enthalte eine falsche Rechtsmittelbelehrung nicht die Zulassung des Rechtsmittels. Der Ansicht, Art 3 Grundgesetz (GG) verlange eine Entscheidung des LSG über die Berufungswürdigkeit der Sache und gegebenenfalls eine Sachentscheidung, folge das LSG nicht. Das könne allenfalls gelten, wenn das SG die Berufung willkürlich nicht zugelassen habe. Ein Fall willkürlicher Nichtzulassung sei nicht gegeben, wenn das SG lediglich irrtümlich von der Zulässigkeit der Berufung ausgegangen sei. Im übrigen sei das SG nicht von der Entscheidung des BSG vom 17. März 1981 abgewichen. Dort sei es um die Frage gegangen, ob die Mitarbeit eines Ehegatten der abhängigen Beschäftigung des anderen Ehegatten zuzurechnen sei. Hier aber gehe es darum, ob einem Selbständigen die Beschäftigung seiner Mitarbeiter zur Feststellung seiner Inanspruchnahme durch den eigenen Betrieb zuzurechnen sei.

Mit der vom BSG zugelassenen Revision rügt der Kläger die Verletzung des § 150 Nr 1 SGG aF iVm Art 3 Abs 1 GG sowie die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Er führt aus, die Urteilsbegründung und Rechtsmittelbelehrung des SG zwingen zu dem Schluß, daß es die Berufung irrtümlich nicht zugelassen habe. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) dürfe die von der Prozeßordnung vorgesehene richterliche Prüfung der Rechtsmittelwürdigkeit belastender Entscheidungen dem Rechtsuchenden nicht vorenthalten werden. Dieses Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit verletze das LSG, indem es eine eigene Prüfung der Rechtsmittelwürdigkeit auf Fälle der Willkür beschränke. Seine Entscheidung beruhe auf dieser von der Rechtsprechung des BVerfG abweichenden Rechtsansicht, denn andernfalls hätte es sich mit dem Urteil des BSG vom 17. März 1981 näher auseinandersetzen müssen. Diese Entscheidung habe das LSG nicht richtig und in einer das rechtliche Gehör des Klägers verletzenden Weise überraschend gewürdigt.

Der Kläger beantragt,



den Beschluß des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 10. Mai 1994 aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie vertritt die Ansicht, das LSG sei an die Nichtzulassung der Berufung durch das SG gebunden und könne die eigene Auffassung über die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht an die Stelle der Auffassung des SG setzen. Etwas anderes könne nur für den Fall der willkürlichen Nichtzulassung gelten. Ergänzend weist sie darauf hin, den Anträgen des Klägers in den Vorinstanzen sei eine zeitliche Beschränkung nicht zu entnehmen. Möglicherweise sei davon auszugehen, daß der Kläger beginnend ab 11. Dezember 1991 Alg begehre. Gegebenenfalls sei der Beschluß des LSG aufzuheben, weil es eine Sachentscheidung anstelle einer Prozeßentscheidung hätte erlassen müssen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung (§ 124 Abs 2 SGG) einverstanden erklärt.

II

Auf die Revision des Klägers ist der Beschluß des LSG aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen. Der Beschluß verletzt das Recht des Klägers auf "Rechtsanwendungsgleichheit als einer Grundforderung des Rechtsstaats" (Art 3 Abs 1, 20 Abs 3 GG - BVerfGE 66, 331, 335 ff). Zurückzuverweisen ist die Sache, weil der Kläger seinen Revisionsantrag sachdienlich auf diesen Ausspruch beschränkt hat, denn das LSG hat bedingt durch die von ihm vertretene Rechtsansicht tatsächliche Feststellungen nicht getroffen, die dem Senat eine Entscheidung in der Sache ermöglichen (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG).

1. Gegenstand des Rechtsstreits ist ein Anspruch des Klägers auf Alg für die Zeit vom 17. Dezember 1991 bis 3. März 1992. Von einem entsprechenden Berufungsantrag ist das LSG im angefochtenen Beschluß ausgegangen, obwohl das schriftsätzliche Vorbringen des Klägers eine solche Beschränkung ebensowenig enthält wie der in der mündlichen Verhandlung vor dem SG am 19. November 1992 gestellte Klagantrag. Nach § 123 SGG entscheidet das Gericht über die vom Kläger erhobenen Ansprüche, ohne an die Fassung der Anträge gebunden zu sein. Der Kläger hat sowohl in seinem Widerspruch wie in der Klageschrift deutlich zum Ausdruck gebracht, daß er Alg nur für den genannten Zeitraum beansprucht, weil er selbst davon ausgegangen ist, ab 4. März



1992 wegen der Inanspruchnahme durch die von ihm betriebene Gaststätte nicht mehr arbeitslos zu sein. Wegen der Beschränkung des Widerspruchs ist der ablehnende Bescheid vom 31. März 1992 teilweise bindend geworden (§ 77 SGG), so daß sich der Widerspruchsbescheid vom 8. Mai 1992 nur noch auf die Zeit vom 17. Dezember 1991 bis 3. März 1992 bezogen hat. Unabhängig von der Fassung des Klagantrags ist davon auszugehen, daß der Kläger den Anspruch auf Alg nur in dieser zeitlichen Beschränkung verfolgt.

2. Maßgebend für die Beurteilung des Zugangs zum Berufungsrechtszug sind die §§ 143 ff SGG idF bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege (EntlG) vom 11. Januar 1993 (BGBl I 50) am 1. März 1993. Das SG hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 1992 - vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes - entschieden (Art 14 Abs 1 Satz 1 EntlG).

2.1 Die Berufung war nach § 144 Abs 1 Nr 2 SGG aF grundsätzlich nicht statthaft. Bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen für einen Zeitraum bis zu 13 Wochen (3 Monaten) war sie ausgeschlossen, es sei denn, einer der Ausnahmetatbestände des § 150 Nr 1 bis 3 SGG ist gegeben. Einen wesentlichen Mangel des Verfahrens hat der Kläger im Berufungsrechtszug nicht gerügt (§ 150 Nr 2 SGG aF), wobei ein Verstoß gegen die Pflicht zur Zulassung der Berufung durch das SG (§ 150 Nr 1 SGG aF) die Entscheidung des Rechtsstreits selbst, nicht aber das zu dieser Entscheidung führende Verfahren betreffe. An die Nichtzulassung der Berufung durch das SG war das LSG nach früher ständiger Rechtsprechung des BSG auch dann gebunden, wenn das Urteil des SG nicht erkennen ließ, ob es insoweit überhaupt eine Entscheidung getroffen hat, weil es die Notwendigkeit für eine solche Entscheidung nicht erkannt, die Berufung schon nach § 143 für zulassungsfrei statthaft gehalten oder aber die Zulassungsgründe (§ 150 Nr 1 SGG aF) fehlerhaft beurteilt hat (vgl dazu: BSG SozR 1500 § 150 Nr 27 mwN). Ein solcher Fall kann hier gegeben sein, denn das SG hat den Kläger ausdrücklich darüber belehrt, das Urteil könne mit der Berufung angefochten werden. Eine Entscheidung über die Zulassung hat es nicht getroffen, obwohl es nach den Entscheidungsgründen selbst davon ausgegangen ist, von dem Urteil des BSG vom 17. März 1981 - 7 RAr 19/80 - abzuweichen.

Für den Fall irrtümlicher Nichtentscheidung über die Zulassung der Berufung ist die frühere Rechtsprechung des BSG, der das LSG gefolgt ist, durch Rechtsprechung des BVerfG überholt (BVerfGE 66, 331, 335 f; vgl ferner: BVerfG NJW 1992, 1496). Die Rechtsanwendungsgleichheit gegenüber einem Rechtssuchenden ist verletzt, wenn die Prüfung der Rechtsmittelwürdigkeit unterbleibt, obwohl die Verfahrensordnung den Zugang zu einer höheren Instanz von einer entsprechenden richterlichen Prüfung abhängig macht. Dies traf für die hier maßgeblichen Regelungen des sozialgerichtlichen Verfahrens zu, denn § 150 Nr 1 SGG aF ordnete bei Vorliegen bestimmter



Zulassungsgründe die Zulassung der Berufung durch das SG an. Ein Verstoß gegen die Rechtsanwendungsgleichheit ist danach jedenfalls dann gegeben, wenn das sozialgerichtliche Urteil nicht erkennen läßt, ob es die Notwendigkeit der Zulassung der Berufung erkannt hat, obwohl es sich in den Entscheidungsgründen zu einem möglichen Zulassungsgrund geäußert hat und das LSG seinerseits bei seiner Entscheidung über den Zugang zum Berufungsrechtszug die Berufungswürdigkeit im Hinblick auf § 150 Nr 1 SGG aF nicht prüft.

2.2 Unrichtig ist der Beschluß des LSG auch, weil das LSG im Hinblick auf Rechtsprechung des BSG eine willkürliche - und damit unbeachtliche - Nichtzulassung nur dann für möglich hält, wenn diese bewußt, nicht bloß irrtümlich unterblieben ist. Das BSG hat jedoch - allerdings in seine Entscheidung nicht tragenden Ausführungen - Willkür schon bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit angenommen (BSG SozR 1500 § 150 Nr 27). Auch das BVerfG versteht Willkür im objektiven Sinn und verbindet mit ihr keinen subjektiven Schuldvorwurf. Danach ist zwar eine "zweifelsfrei fehlerhafte Rechtsanwendung" noch nicht willkürlich, wohl aber eine solche, die etwa "eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt" (BVerfGE 62, 189, 192; 83, 82, 84; 86, 59, 62; 89, 1, 13 f) oder "unter keinem Gesichtspunkt mehr vertretbar und damit unhaltbar ist" (BVerfGE 58, 163, 168; 70, 93, 97; vgl auch: BVerfG NJW 1992, 1675; BVerfG DVBl 1993, 1002). Diesen Maßstab hat das LSG verkannt, indem es sich an die Nichtzulassung der Berufung durch das SG gebunden gefühlt hat.

Willkürlich ist die Nichtzulassung der Berufung durch das SG im vorliegenden Fall, weil sie wegen der Abweichung von der Rechtsprechung des BSG (vom 17. März 1981 - 7 RAr 19/80 -) im Hinblick auf § 150 Nr 1 SGG aF unhaltbar ist. Die Ansicht des LSG, das SG sei nicht von diesem Urteil abgewichen, ist unrichtig. Zwar hat das LSG Unterschiede im Sachverhalt zutreffend aufgezeigt. Dies schließt jedoch nicht aus, daß die Urteile die gleiche Rechtsfrage betreffen, nämlich die Zurechenbarkeit der Arbeit anderer bei der Feststellung einer geringfügigen Beschäftigung oder Tätigkeit iS des § 102 Arbeitsförderungsgesetz. Dies trifft hier - wie das SG auch erkannt hat - zu.

2.3 Die hier anzuwendende Fassung des SGG regelt für den Zugang zum Berufungsrechtszug nicht, wie eine solche Verfassungsverletzung verfahrensrechtlich zu vermeiden ist. In jener Fassung enthielten die Vorschriften über den Zugang zum Berufungsverfahren eine planwidrige Unvollständigkeit, denn es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber eine verfassungsrechtlichen Anforderungen genügende Regelung hat treffen wollen. Die richterliche Ausfüllung dieser Gesetzeslücke hat sich an den erörterten verfassungsrechtlichen Anforderungen, den Regelungen und Grundsätzen des sozialgerichtlichen Verfahrens sowie der Prozeßwirtschaftlichkeit (Zweckmäßigkeit) zu orientieren. Grundsätzlich sind zwei Lösungsmöglichkeiten verfassungskonform denkbar: Das SG erhält während des Berufungsverfahrens die Möglichkeit, nachträglich über die



Zulassung der Revision zu befinden, oder das LSG entscheidet seinerseits darüber, ob die Berufung nach § 150 Nr 1 SGG aF zuzulassen ist. Die erste Alternative entspricht dem Regelungskonzept des Zugangs zum Berufungsrechtszug bis zum Inkrafttreten des EntlG. Für die Entscheidung über die Zulassung der Berufung war ausschließlich und ohne Kontrollmöglichkeit durch das LSG das SG zuständig. Ein Selbsteintrittsrecht des LSG wäre mit der Bindung des LSG an Entscheidungen der Sozialgerichte über die Zulassung in der Regel nicht vereinbar (abweichend für die Rechtslage nach dem EntlG: LSG Berlin Breithaupt 1995, 528). Hat das SG die Voraussetzungen einer Zulassung der Berufung nicht geprüft, weil es von einem Fall der zulassungsfreien Berufung ausgegangen ist, so hat das LSG zur Wahrung des Rechts der Verfahrensbeteiligten auf Rechtsanwendungsgleichheit grundsätzlich dem SG Gelegenheit zu geben, im Berufungsverfahren diese Entscheidung nachzuholen. Zur Entscheidung berufen ist in diesem Fall die Kammer (§§ 12 Abs 1, 125 SGG) - das Rechtsprechungsorgan, das die Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat (§ 174 SGG entsprechend; vgl dazu Meyer-Ladewig, SGG, 5. Aufl, 1993, § 145 RdNr 6).

2.4 In dem hier gegebenen Fall, in dem eine Entscheidung über die Zulassung der Berufung unterblieben ist und eine Nichtzulassung durch das SG willkürlich wäre, ist eine nachträgliche Entscheidung des SG entbehrlich. Denn: Willkürlich getroffene Entscheidungen wären unbeachtlich (BSG SozR 1500 § 150 Nr 29). Das LSG war deshalb nicht gehindert, von der Statthaftigkeit der Berufung wegen Abweichung auszugehen und bei Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen im übrigen eine Sachentscheidung zu treffen.

2.5 Diese Befugnis ist mit der Revision beim BSG angefallen. Denn im Revisionsverfahren sind von Amts wegen die unverzichtbaren Sachentscheidungsvoraussetzungen zu prüfen. Zu diesen gehören auch die Zugangsvoraussetzungen zum Berufungsrechtszug (vgl zB: BSG SozR 1500 § 150 Nr 18 und 29). Der Senat kann hier abweichend von dem zu 2.3 erörterten Grundsatz über die Zulässigkeit der Berufung entscheiden, denn der Zulassungsgrund der Abweichung des SG von Rechtsprechung des BSG ist - wie ausgeführt - eindeutig feststellbar. Die Nichtzulassung der Berufung wäre willkürlich und damit jedenfalls unbeachtlich. Unter dieser Voraussetzung ist - auch aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit - vom Rechtsmittelgericht über den Zulassungsgrund zu befinden, ohne daß es einer nachträglichen Entscheidung des SG über die Zulassung der Berufung bedarf.

3. Das LSG hat, da auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gegeben sind, über die Berufung des Klägers eine Entscheidung zur Sache zu treffen und die entscheidungserheblichen Tatsachen festzustellen. Dazu ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG).



Durch abweichende Rechtsprechung des BSG ist der Senat nicht an dieser Entscheidung gehindert (§ 41 Abs 2 SGG), denn er folgt damit einer für alle Gerichte und Behörden bindenden Entscheidung des BVerfG (§ 31 Abs 1 BVerfGG).

Bei seiner Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)