

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 11 RAr 67/92

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg 30, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

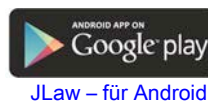
1),

Prozeßbevollmächtigte:,

2),



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



Prozeßbevollmächtigter:,

3) Land Baden-Württemberg,

vertreten durch a) die Gerichtskasse Freiburg,
Freiburg, Holzmarkt 2,
b) die Landesoberkasse Freiburg,
Freiburg, Sautierstraße 34.

Der 11. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1993 durch den Vorsitzenden Richter S a t t l e r, die Richterin Dr. W e t z e l - S t e i n w e d e l und den Richter Prof. Dr. B ü r c k sowie die ehrenamtlichen Richter D e k a r s k i und B r ü n i n g für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 27. Mai 1992 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Streitig ist, ob der Kläger einen Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit ab 29. August 1988 hat.

Der Kläger war bis 1983 als Elektroinstallateur beschäftigt und danach arbeitslos. Nach Erschöpfung des Alg-Anspruchs bezog er Arbeitslosenhilfe (Alhi) bis 20. Februar 1987. Am 10. Juli 1986 - noch während des Bezugs von Alhi - schloß er einen Vertrag mit der Firma K. Deutschland über die Übertragung des Alleinvertriebsrechts für die Produkte von K. für das Vertriebsgebiet Baden-Württemberg. Zur Aufrechterhaltung der Gebietsvertretung unterstützte ihn dabei seine spätere Ehefrau Inge Z. -S. (Z-S), die er am 20. August 1987 heiratete, durch die Gewährung eines Geschäftsdarlehens vom 7. Oktober 1986 in Höhe von 25.000 DM und die Übernahme des bis zum 1. Januar 1987 entstandenen Verlustes in Höhe von 20.000 DM. Im Januar 1987 wandte sich der Kläger an das Landratsamt Emmendingen in der Absicht, eine finanzielle Unterstützung für seine Firma zu erhalten, und legte hierzu in einem Schreiben vom 24. Februar 1987 seine Konzeption sowie die Absicht dar, eine Bürokraft für Buchhaltung, Korrespondenz und ähnliches einzustellen.

Diese Konzeption wurde nach den Feststellungen des Landessozialgerichts (LSG) nach Rücksprache mit dem Steuerberater G. (G) dahingehend geändert, daß Z-S die Vertretung rückwirkend zum 1. Januar 1987 übernahm. Unter dem 31. Juli 1987 schloß sie mit dem Kläger unter Verwendung eines Vordrucks einen schriftlichen Arbeitsvertrag, der vorsah, daß der Kläger "als Geschäftsführer für den Verkauf und die technische Beratung" zum Dienstantritt am 1. August 1987 eingestellt werde. Der Monatslohn sollte 4.000 DM (brutto) betragen. Als Arbeitszeit wurde bestimmt, daß sich diese nach den Anforderungen des Außendienstes richte, aber wöchentlich 40 Stunden nicht überschreiten sollte; die Vergütung von Überstunden wurde ausgeschlossen (§ 2). Der Urlaub betrug 30 Werktage (§ 6). Weitere (vorgedruckte) Bestimmungen betrafen ua Regelungen über das Weisungsrecht des Arbeitgebers sowie über das Verfahren bei Krankheit und bei Beendigung des Vertragsverhältnisses im Rentenfall (§§ 3, 4 und 7). Nach einer Bescheinigung des Steuerberaters G vom 9. Dezember 1988 (richtig: 19. Dezember 1988) wurden ab 1. März 1987 von einem Bruttogehalt von 4.006,49 DM eine monatliche Lohnsteuer in Höhe von 517 DM und Sozialversicherungsabgaben in Höhe von 1.437,52 DM geleistet und hierfür im Jahre 1987 gegenüber dem Finanzamt ein Betrag von 44.726,94 DM als Betriebsausgaben für Gehälter einschließlich Sozialversicherung und Lohnsteuer geltend gemacht. Tatsächlich wurde das vereinbarte Arbeitsentgelt an den Kläger nicht ausgezahlt.



Mit Schreiben vom 27. März 1987 an das Arbeitsamt (ArbA) Emmendingen beantragte Z-S für den Kläger Eingliederungsbeihilfe und gab an, sie beabsichtige, ihn ab 1. März 1987 als Angestellten zu beschäftigen. Diesen Antrag lehnte das ArbA ab, da der Kläger nicht unmittelbar zuvor arbeitslos gewesen, sondern seit Oktober 1986 vollzeitig als Selbständiger tätig gewesen sei (Bescheid vom 5. Mai 1987, Widerspruchsbescheid vom 20. Juli 1987). Zuvor hatte das ArbA unter Hinweis auf die vom Kläger ausgeübte selbständige Tätigkeit mit Bescheid vom 6. April 1987 die Bewilligung der Alhi ab 28. Oktober 1986 aufgehoben; der dagegen eingelegte Widerspruch blieb ohne Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 29. April 1987). Die gegen den Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid erhobene Klage vor dem Sozialgericht (SG) Freiburg (Az: S 8 Ar 1009/87) endete mit einem am 11. Oktober 1988 geschlossenen Prozeßvergleich, in dem sich die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) verpflichtete, unter Abänderung des angefochtenen Bescheids die Bewilligung von Alhi (erst) ab 20. Februar 1987 aufzuheben. In diesem Vergleich war zugleich eine Vereinbarung über die Rücknahme der von der "Fa K. Deutschland, Industrievertretung, Inh. Inge Z." vor dem SG Freiburg erhobenen Klage wegen der Gewährung von Eingliederungsbeihilfe (Az: S 7 Ar 1441/87) getroffen worden.

Am 29. August 1988 meldete sich der Kläger arbeitslos und beantragte Alg. Hierzu legte er ein von seiner Ehefrau unterzeichnetes Kündigungsschreiben vom 28. März 1988 vor, in dem es hieß, daß es ihr, wie bereits am 13. Januar 1988 angekündigt, aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht mehr möglich sei, den Kläger weiterzubeschäftigen und sie deshalb das Arbeitsverhältnis zum 31. März 1988 kündige, die bei der Firma derzeit noch bestehenden Schulden in Höhe von 1.659,36 DM könnten durch gelegentliche Mithilfe bei Geschäftsabwicklungen getilgt werden. Diesen Antrag lehnte das ArbA ab, weil die Tätigkeit des Klägers vom 1. März 1987 bis 31. März 1988 nicht beitragspflichtig gewesen sei (Bescheid vom 14. Dezember 1988; Widerspruchsbescheid vom 12. Mai 1989).

Das SG hat der Klage stattgegeben und die Beklagte verurteilt, dem Kläger ab 29. August 1988 Alg zu zahlen (Urteil vom 26. November 1990). Auf die Berufung der Beklagten hat das LSG das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 27. Mai 1992). Zwar lasse sich im Falle des Klägers ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis - entgegen der Auffassung der Beklagten - nicht schon deshalb verneinen, weil der Kläger seine Berufstätigkeit im wesentlichen selbst bestimmt habe. Für die Wertung gerade des Elements der Weisungsgebundenheit müsse die besondere Situation in einer partnerschaftlichen Beziehung berücksichtigt werden, in der Weisungen, soweit es ihrer überhaupt bedürfe, überwiegend moderat und kaum jemals "imperativ" erfolgten. Überdies biete die Art der Arbeit, die der Kläger ausgeübt habe - Tätigkeit im Außendienst - auch unter "normalen" Umständen wenig Gelegenheit für einen Arbeitgeber, konkrete Weisungen zu erteilen, die den Arbeitsablauf und die Arbeitszeit bestimmten. Verfüge zudem - wie im vorliegenden Fall - jeweils nur ein Ehegatte über die



erforderlichen Fachkenntnisse (hier der Kläger über die technischen und seine Ehefrau über die kaufmännischen), dann sei die Möglichkeit, in den Bereich jeweils des anderen "hineinzureden", von vornherein begrenzt. Auch in Fällen dieser Art könne jedoch die für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses erforderliche persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber gleichwohl dann bestehen, wenn der Mitarbeiter in eine ihm vom anderen Ehegatten oder Verlobten vorgegebene, seine Arbeit betreffende Ordnung eingefügt sei. Im vorliegenden Fall lasse sich aber nicht feststellen, daß diese Voraussetzung beim Kläger erfüllt sei. Es spreche mehr für das Vorliegen einer Innengesellschaft. Im Hinblick darauf, daß der sonst zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Interessengegensatz bei Ehegatten und Verlobten meist stark herabgesetzt sei, was zu einer Verwischung der Konturen führe, bedürfe die Annahme eines sozialrechtlichen Beschäftigungsverhältnisses eindeutiger Anhaltspunkte. Hierzu gehöre auch die regelmäßige Auszahlung des Arbeitslohnes. Daran fehle es jedoch im Falle des Klägers. So habe der als Zeuge vernommene Steuerberater bestätigt, daß für den Kläger Steuern und Sozialabgaben abgeführt und als Betriebsausgaben gebucht worden seien. Fest stehe jedoch, daß das vereinbarte Arbeitsentgelt - nach Abzug der Steuern und der Sozialversicherungsbeiträge - nicht an den Kläger ausgezahlt worden sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) stehe zwar der Annahme, daß ein Arbeitsverhältnis tatsächlich vollzogen werde, nicht entgegen, daß die Gehaltsteile eines Arbeitnehmer-Ehegatten nicht zum Fälligkeitszeitpunkt ausgezahlt, sondern im Betrieb stehengelassen werden. Voraussetzung dafür sei jedoch, daß dies auf der Grundlage eines wie unter Fremden möglichen Darlehensvertrages erfolgt sei. Diese Rechtsprechung des BFH müsse auch auf die Bestimmung des Arbeitnehmer-Begriffs des Sozialrechts übertragen werden. Denn insoweit könne die Frage steuer- und sozialrechtlich nicht unterschiedlich beantwortet werden; es sei auch für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft iS von § 168 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) das Erfordernis der Auszahlung des vereinbarten Entgelts, jedenfalls aber der exakt nachvollziehbaren Verrechnung aufgrund getroffener Vereinbarung sachlich geboten.

Der Kläger habe sich zwar darauf berufen, den verbleibenden Nettolohn deshalb nicht tatsächlich erhalten (ausgehändigt oder auf eigenes Konto überwiesen) zu haben, weil er bei seiner - zunächst noch nicht ehelichen - Partnerin beträchtliche Schulden gehabt und er überdies in der von ihr gemieteten Wohnung gelebt und auch sonst für die Lebenshaltung nichts aufzuwenden gehabt habe. Die zwischen dem Kläger und seiner (späteren) Ehefrau getroffene Darlehensvereinbarung und die Modalitäten der Gehaltsverrechnung auf die Darlehensschuld hielten indes dem hiernach erforderlichen "Fremdvergleich" nicht stand. Es fehle schon an einer exakten (schriftlichen) Vereinbarung über die genaue Höhe der Schuld, die zu zahlenden Zinsen, die Laufzeit des Darlehens und die Art der Tilgung. Auch sei kein Darlehenskonto mit genauer Bezeichnung der durch Verrechnung mit dem einbehaltenen Nettoarbeitsentgelt erfolgenden Tilgungen geführt worden. Es sei nicht geregelt worden, welcher Anteil des



Nettoarbeitsentgelts auf den Beitrag des Klägers zur Haushaltsführung (Kosten für Wohnung und Lebensunterhalt) habe entfallen sollen. Auch habe die Ehefrau des Klägers bei ihrer Zeugenvernehmung vor dem SG nicht angeben können, wieviel ihr der Kläger noch schulde, weil sie keine Aufstellung gemacht habe. Auf derartige Ungewißheiten und Unbestimmtheiten lasse sich ein Arbeitnehmer und Schuldner üblicherweise jedoch nicht ein. Sie seien aber kennzeichnend für ein (ehe-)partnerschaftliches Gesellschaftsverhältnis, in dem das zwischen diesen bestehende Vertrauen rechtlich exakte Vereinbarungen ersetze und als nicht erforderlich erscheinen lasse. Gerade aus diesem Grunde seien für beide Buchung und Umbuchung von Gehaltsteilen - anders als für typische Arbeitnehmer - entbehrliche Formalitäten gewesen.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger eine Verletzung der §§ 100 Abs 1, 104 Abs 1 und 3 sowie 168 AFG. Er macht geltend, das LSG habe zu Unrecht eine abhängige Beschäftigung deshalb verneint, weil der verbleibende Nettolohn nicht ausgezahlt worden sei. Zwar stelle der BFH in seiner Rechtsprechung zum Ehegatten-Arbeitsverhältnis auf die Nichtauszahlung von Nettogehaltsanteilen ab. Diese Rechtsprechung betreffe jedoch ausschließlich den Bereich des Steuerrechts und sei auf die Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses im Sozialrecht nicht übertragbar. Das Bundessozialgericht (BSG) habe in seiner bisherigen Rechtsprechung immer wieder betont, die Bestimmung der Arbeitnehmereigenschaft habe grundsätzlich nach den gleichen Abgrenzungskriterien zu erfolgen, wie sie die Rechtsprechung zur Versicherungspflicht in der Kranken- und Rentenversicherung entwickelt habe; eine Bezugnahme auf das Steuerrecht sei, soweit ersichtlich, in keinem Fall erfolgt. Dies erscheine auch nicht sachgemäß, da die Interessenkonstellationen des Steuerrechts und des Sozialrechts einander diametral entgegengesetzt seien. Während die Finanzverwaltung und die finanzgerichtliche Rechtsprechung stark davon geprägt seien, dem im Ehegatten-Arbeitsverhältnis naheliegenden Mißbrauch zu Zwecken der Steuerersparnis entgegenzuwirken, stehe im Sozialversicherungsrecht das Interesse der Sozialverwaltung im Vordergrund, das Beitragsaufkommen der Pflichtigen möglichst auszuschöpfen, also den Begriff des Arbeitnehmers und damit die Beitragspflicht eher extensiv zu handhaben.

Doch selbst bei Heranziehung der steuerrechtlichen Kriterien habe das LSG seine Arbeitnehmereigenschaft nicht verneinen dürfen. Denn es habe nicht darauf ankommen können, daß zwischen ihm und seiner Ehefrau kein üblicher Darlehensvertrag geschlossen worden sei und keine konkrete Abrechnung/Verrechnung erfolgt sei. Aufgrund der Höhe der Schulden habe ohnehin für beide Teile festgestanden, daß mit einer Tilgung in absehbarer Zeit nicht zu rechnen gewesen sei, für eine Abrechnung habe es daher keinen Grund gegeben. Entgegen den Darstellungen des LSG habe seine Ehefrau bereits bei Übernahme des Betriebes eine konkrete Aufstellung seiner Schulden angefertigt. Diese Aufstellung vom 1. März 1987 sei bereits im Beweisaufnahmetermin



vor dem SG am 26. November 1990 ausweislich des Sitzungsprotokolls übergeben worden. Eine solche Handhabung, eine Abrechnung erst nach einer längeren Zeit der Tilgung vorzunehmen, sei bei größeren Forderungen und langer Tilgungszeit auch unter Nichtehepartnern im übrigen durchaus üblich. Eine andere Handhabung, bei welcher dem beim Arbeitgeber hoch verschuldeten Arbeitnehmer zunächst das volle Gehalt ausgezahlt und dann ein Teil wieder zurückgefordert werde, wäre ohne Sinn und würde angesichts der sichergestellten vollständigen Versorgung des Arbeitnehmers eine bloße Förmerei darstellen. Schließlich seien die vom LSG herangezogenen Entscheidungen des BFH auch in der Sachverhaltsgestaltung anders als in seinem Fall. Denn dort habe der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber bzw dem Betrieb ein Darlehen zur Verfügung gestellt; bei ihm sei es gerade umgekehrt, nämlich das Arbeitgeberdarlehen sei mit seinem Einkommen verrechnet worden. Eine derartige Verrechnung sei aber bei Vollversorgung durch den Arbeitgeber, wie sie beispielsweise im Gaststätten- und Fremdenverkehrsbereich üblich sei, durchaus auch unter Nichtehegatten denkbar.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 27. Mai 1992 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 26. November 1990 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des LSG für zutreffend. Ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis zwischen Ehegatten setze - neben anderen Kriterien - voraus, daß ein Arbeitsentgelt auch regelmäßig gewährt werde. Es reiche somit nicht aus, daß von dem Arbeitsentgelt regelmäßig Lohnsteuer entrichtet und das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe gebucht werde. Darüber hinaus enthalte die getroffene Darlehensvereinbarung zwischen dem Kläger und seiner späteren Ehefrau keine Anhaltspunkte für eine exakte schriftliche Vereinbarung über die genaue Höhe der Schuld, die zu zahlenden Zinsen, die Laufzeit des Darlehens und die Art der Tilgung. Unter Würdigung dieser Gesamtumstände habe das LSG zutreffend eine Innengesellschaft bejaht, was dazu führe, daß der Kläger nicht als abhängig beschäftigt angesehen werden könne.

Die Beigeladene zu 2) hat sich dem Antrag des Klägers angeschlossen und verweist zur Begründung auf die Ausführungen im Urteil des SG und die Revisionsbegründung des Klägers.

Die Beigeladenen zu 1) und zu 3) haben sich nicht geäußert.



II

Die Revision des Klägers ist im Sinne der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet. Aufgrund der bisherigen Feststellungen läßt sich nicht abschließend entscheiden, ob dem Kläger, wie das LSG meint, ein Anspruch auf Alg deshalb nicht zustand, weil er die hierfür gemäß § 100 Abs 1 AFG erforderliche Anwartschaftszeit nicht erfüllt hatte.

Nach § 100 Abs 1 AFG ist der Anspruch auf Alg ua davon abhängig, daß der Arbeitslose die Anwartschaftszeit erfüllt hat. Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat (§ 104 Abs 1 Satz 1 AFG). Die Rahmenfrist beträgt drei 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 29. August 1988 geltend gemachten Anspruch auf Alg hätte der Kläger daher nur erfüllt, wenn er in der Zeit vom 29. August 1985 bis 28. August 1988 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hätte. Ob die vom Kläger in der Zeit vom 1. März 1987 bis 31. März 1988 ausgeübte Tätigkeit als Geschäftsführer im Unternehmen seiner Ehefrau beitragspflichtig iS des § 168 AFG war, läßt sich indessen den bisher getroffenen Feststellungen des LSG nicht entnehmen. Hierauf kommt es jedoch entscheidend an; denn weitere, der Erfüllung der Anwartschaftszeit dienende oder ihnen gleichgestellte Zeiten (§ 107 AFG) hat das LSG beim Kläger, der zuletzt bis 20. Februar 1987 Alhi bezogen hatte, nicht festgestellt.

Beitragspflichtig sind nach § 168 Abs 1 Satz 1 AFG Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer). Die Beitragspflicht ist damit die 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 mwN). 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 3-2400 § 7 Nr 4 und nicht veröffentlichtes Urteil des erkennenden Senats vom 28. Januar 1992 - 11 RAr 133/90 - sowie 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 wesentlich



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 mwN).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch - wie das LSG in seiner Entscheidung zutreffend ausgeführt hat -, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten oder nichtehelichen Lebenspartners ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, daß die Abhängigkeit unter Ehegatten - wie im übrigen auch unter nichtehelichen Lebenspartnern - im allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSGE 34, 207, 210; BSGE 66, 168, 171 = 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 bzw des nichtehelichen Lebenspartners in den Betrieb, die vertragliche Regelung auch der Höhe der Geld- und Sachbezüge und ihr Verhältnis zu Umfang und Art der im Betrieb verrichteten Tätigkeit sowie zu der Bezahlung vergleichbarer fremder Arbeitskräfte und die steuerliche Behandlung wesentlich (vgl BSG SozR 2200 § 165 Nr 90 mwN). Dabei kommt es nicht nur auf die Vereinbarung eines Beschäftigungsverhältnisses gegen Entgelt iS des § 168 AFG an, sondern - wie das LSG zu Recht ausgeführt hat - grundsätzlich auch auf die tatsächliche Auszahlung eines angemessenen Arbeitsentgelts. Werden dagegen dem in der Familiengemeinschaft lebenden Angehörigen im Rahmen seines freien Unterhalts neben Kost, Wohnung und Kleidung nur geringfügige Barbeträge - Taschengeld - gewährt, so wird im allgemeinen kein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis vorliegen (BSGE 17, 1, 5 f; BSG SozR 2200 § 165 Nr 90).

Nicht zu folgen vermag der Senat jedoch dem LSG, soweit es meint, zur Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses bei Ehegatten oder nichtehelichen Lebenspartnern sei die regelmäßige Auszahlung des vereinbarten Entgelts oder jedenfalls die exakt nachvollziehbare Verrechnung aufgrund getroffener Vereinbarungen zwingend erforderlich, so daß es auf die übrigen Kriterien für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses letztlich nicht mehr ankommt. Wohl wird die Nichtauszahlung des vereinbarten Arbeitsentgelts bzw dessen nicht nachvollziehbare Verrechnung mit Gegenansprüchen des anderen Partners im Hinblick auf den in partnerschaftlichen Beziehungen typischerweise vorhandenen Gleichklang der Interessen mehr noch als bei Fremden ein gewichtiges Indiz dafür darstellen, daß entgegen etwaiger



vertraglicher Abmachungen über das zu zahlende Arbeitsentgelt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis tatsächlich nicht vorliegt. Dieses Merkmal vermag indessen nicht - etwa im Sinne einer ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzung - die auch bei Ehegatten bzw nichtehelichen Lebenspartnern erforderliche Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu ersetzen. Es gelten also auch insoweit entgegen der Auffassung des LSG und wohl auch der Beklagten (vgl Dienstblatt Runderlaß 117/92, Ziff 1) keine Sonderregeln.

Soweit sich das LSG auf die Rechtsprechung des BFH zum Ehegatten-Arbeitsverhältnis bezogen hat, sind die darin aufgestellten Grundsätze zur steuerlichen Anerkennung des Ehegatten-Arbeitsverhältnisses auf die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht ohne weiteres übertragbar. Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH, die vorwiegend am Betriebsausgabenabzug nach § 4 Abs 4 Einkommensteuergesetz (EStG) entwickelt worden ist, sind Verträge zwischen Ehegatten und nahen Angehörigen steuerrechtlich nur dann zu berücksichtigen, wenn sie nach Inhalt und tatsächlicher Durchführung dem zwischen Fremden Üblichen entsprechen und insbesondere, soweit sie einem Fremdvergleich standhalten, auch diesem Vertragsinhalt gemäß vollzogen werden. In Anwendung dieser Grundsätze verlangt der BFH, daß dem Arbeitnehmer-Ehegatten das vereinbarte Gehalt auch tatsächlich zeitgerecht ausgezahlt wird und in seinen alleinigen Einkommens- und Vermögensbereich übergeht (BFHE 130, 149; BFHE GS 158, 563). Eine Nichtauszahlung ist nach der genannten Rechtsprechung jedoch unschädlich, wenn zum Fälligkeitszeitpunkt ein den oben dargelegten Kriterien genügender Darlehensvertrag abgeschlossen wird (BFHE 142, 215; BFH NV 1986, 669; BFH NV 1990, 695) oder wenn beachtliche betriebliche Gründe zu einer kurzfristigen Verschiebung einzelner Gehaltszahlungen geführt haben (vgl BFHE 165, 89, 90 mwN). Diese strengen Anforderungen mögen im Hinblick darauf, daß mit dem steuerlichen Ansatz des Arbeitsentgelts für den Steuerpflichtigen regelmäßig eine Steuerersparnis verbunden ist, unter Ehegatten und nahen Angehörigen die Unterscheidung zwischen betrieblichen und privaten Aufwendungen (etwa zu Unterhaltungszwecken) andererseits häufig Schwierigkeiten bereitet, auch im Hinblick auf § 12 Nrn 1 und 2 EStG sachgerecht sein. Sie zwingt jedoch nicht dazu, die genannten Grundsätze im Hinblick auf die unterschiedlichen Schutzzwecke auf den Bereich des Sozialversicherungsrechts zu übertragen.

Zwar ist das beitragspflichtige Beschäftigungsverhältnis, wie schon die Bestimmung des § 168 Abs 1 Satz 1 AFG zeigt, regelmäßig durch die Entgeltlichkeit der Tätigkeit gekennzeichnet. Beschäftigung gegen Entgelt ist also - anders etwa als in der gesetzlichen Unfallversicherung (vgl hierzu BSG SozR 2200 § 539 Nr 68) - unabdingbare Voraussetzung für die Anerkennung eines die Beitragspflicht zur BA begründenden Beschäftigungsverhältnisses (vgl auch BSGE 20, 154, 156). Dabei darf der Begriff "Entgeltlichkeit" der Beschäftigung jedoch nicht dahingehend verstanden werden, daß seine Voraussetzungen nur erfüllt sind, wenn die ausdrückliche oder jedenfalls



stillschweigend (vgl. § 612 Bürgerliches Gesetzbuch <BGB>) vereinbarte Vergütung tatsächlich ausgezahlt wird. So ist nach der Rechtsprechung des BSG bei der unwirksamen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, und zwar auch ohne Arbeitsleistung, ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis zu bejahen, solange der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt weiter schuldet (BSGE 54, 136, 139 f = SozR 2200 § 393 Nr 9; BSGE 59, 183, 187 f = SozR 4100 § 168 Nr 19). Begründet wird dies damit, daß ein Arbeitgeber sich dadurch, daß er geschuldetes Arbeitsentgelt bei Fälligkeit nicht auszahlt, beitragsrechtliche Vorteile verschaffen könnte (BSGE 54, 136, 139 f; BSGE 59, 183, 189). Entsprechendes gilt, wenn eine Entgeltforderung gegen eine Forderung des Arbeitgebers aufgerechnet oder wegen einer sonstigen Gegenleistung nicht mehr geltend gemacht wird (BSG SozR 2100 § 14 Nr 7).

Dementsprechend ist auch bei einem unstreitig fortbestehenden Beschäftigungsverhältnis zu verfahren, solange Arbeitnehmer und Arbeitgeber den Willen haben, dieses fortzusetzen (vgl. hierzu BSGE 68, 236, 240 = SozR 3-4100 § 104 Nr 6; vgl. auch nicht veröffentlichtes BSG-Urteil vom 19. März 1992 - 7 RAr 82/91 -). Beitragspflichtig iS des § 168 AFG und damit anwartschaftsbegründend (§ 104 AFG) sind demnach auch Zeiten, in denen der geschuldete Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht durch Auszahlung, sondern auf andere Weise erfüllt wird. Dem steht nicht die Bestimmung des § 104 Abs 1 Satz 2 Nr 1 AFG entgegen, wonach Zeiten, für die kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, nicht zur Erfüllung der Anwartschaftszeit dienen. Denn diese Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß für Zeiten, für die kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, grundsätzlich keine Beiträge an die Arbeitslosenversicherung zu entrichten sind (vgl. BSG-Urteil vom 22. August 1984 - 7 RAr 32/83 - DBIR 2993 AFG/§ 104). Besteht dagegen aufgrund eines fortbestehenden abhängigen Beschäftigungsverhältnisses eine Beitragspflicht zur BA, so geht es nicht zu Lasten des Arbeitnehmers, wenn das geschuldete Arbeitsentgelt aus bestimmten Gründen tatsächlich nicht ausgezahlt wird. Entsprechendes hat auch für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten bzw. nahen Angehörigen 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 (vgl. BSG-Urteil vom 11. Januar 1989 - 7 RAr 8/87 - DBIR 3467a AFG/§ 168 - zur Gehaltsabtretung des in der GmbH seiner Ehefrau Tätigen).

Trotz unterschiedlicher Ansatzpunkte wird im übrigen die steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung von Ehegatten-Arbeitsverhältnissen regelmäßig zu übereinstimmenden Ergebnissen führen. Jedenfalls ist das BSG nicht an die steuerrechtliche Beurteilung und die hierzu ergangene Rechtsprechung des BFH gebunden und auch nicht gezwungen, diese Frage dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes gemäß § 2 Abs 1 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (RsprEinhG)



vorzulegen, da der Arbeitnehmerbegriff im steuerrechtlichen Sinn durchaus in Randbereichen abweichend ausgelegt werden kann. Auch der BFH hat darauf hingewiesen, daß die von ihm zur steuerrechtlichen Anerkennung des Ehegatten-Arbeitsverhältnisses aufgestellten Grundsätze nicht schematisch angewendet, sondern vielmehr nach Lage des Einzelfalles in ihrer Bedeutung zu gewichten sind (BFHE 165, 89, 90 f; differenzierend auch BFH/NV 1990, 759). Insbesondere können auch diese Grundsätze auf Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft nicht ohne weiteres übertragen werden (BFH/NV 1986, 452; BFHE 153, 224; BFHE 158, 431, 439 f).

Ist die Revision hiernach begründet, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, zumal sich die vom LSG getroffene Entscheidung nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 170 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>). Denn für eine Würdigung der Gesamtumstände und für eine abschließende Entscheidung reichen die vom LSG getroffenen Feststellungen nicht aus. Das LSG hat sich zwar zur Verneinung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht allein auf die Feststellung beschränkt, daß im Rahmen der zwischen dem Kläger und seiner (späteren) Ehefrau getroffene Darlehensvereinbarung keine exakte (schriftliche) Vereinbarung über die genaue Höhe der Schuld, die zu zahlenden Zinsen, die Laufzeit des Darlehens und die Art der Tilgung erfolgt sei. Vielmehr hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf die von der Rechtsprechung des BSG entwickelten Merkmale für eine Beschäftigung in unselbständiger Arbeit allgemein dargestellt, daß das für eine Ehe kennzeichnende partnerschaftliche Verhältnis in der Regel auch bei echten Beschäftigungsverhältnissen hinsichtlich der Art und Weise, in der Weisungen erteilt werden, Modifikationen unterworfen sei. Es hat in diesem Zusammenhang auf die Berufstätigkeit des Klägers abgestellt und hierzu ausgeführt, die Art der Arbeit - Tätigkeit im Außendienst - biete auch unter "normalen" Umständen wenig Gelegenheit für einen Arbeitgeber, konkrete Weisungen in bezug auf den Arbeitsablauf zu erteilen. Konkrete Feststellungen dazu, ob, in welchem Umfang und in welchem Zeitraum der Kläger den Weisungen seiner (späteren) Ehefrau unterworfen war und ob die tatsächliche Handhabung mit den Regelungen im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 31. Juli 1987 übereinstimme, sind dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Das LSG hat lediglich weiter ausgeführt, daß die Möglichkeiten, in den Bereich jeweils des anderen "hineinzureden", von vornherein begrenzt seien, wenn - wie im vorliegenden Falle - jeweils nur ein Ehegatte über die erforderlichen Fachkenntnisse verfüge. Dieser Gesichtspunkt spricht jedoch im Hinblick auf eine fachbedingte Arbeitsteilung im Betrieb ohne das Hinzutreten weiterer Umstände weder für noch gegen eine persönliche Abhängigkeit des Klägers im Einsatz seiner Arbeitskraft (vgl nicht veröffentlichtes Urteil des erkennenden Senats vom 28. Januar 1992 - 11 RAr 133/90 -).

Wenn aber schon die Weisungsgebundenheit des Klägers im Hinblick auf das (ehe-)partnerschaftliche Verhältnis, die Art der beruflichen Tätigkeit und die beim jeweils



anderen Partner vorhandenen Fachkenntnisse nicht eindeutig zu beantworten wäre, so bedarf es im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung jedoch weiter der Prüfung, ob der Kläger im Rahmen seiner Arbeit im Unternehmen seiner späteren Ehefrau jedenfalls in einen übergeordneten betrieblichen Organismus eingegliedert war. Feststellungen hierzu hat das LSG gleichfalls nicht getroffen. Es hat zwar ausgeführt, vorliegend lasse sich "nicht feststellen", daß der Kläger in eine ihm vorgegebene betriebliche Ordnung eingefügt gewesen sei, "es spreche mehr für das Vorliegen einer Innengesellschaft". Mit dieser Formulierung hat das LSG jedoch nicht im Sinne einer negativen Feststellung entschieden, daß der Kläger nicht in eine fremdbestimmte betriebliche Ordnung eingegliedert war. Denn in den nachfolgenden Ausführungen hat das LSG im einzelnen begründet, weshalb es für die Annahme eines Ehegatten-Arbeitsverhältnisses die regelmäßige monatliche Auszahlung des Arbeitsentgelts für zwingend erforderlich hält. Ob der Kläger im Unternehmen seiner Ehefrau fremdbestimmte Arbeit geleistet hat, konnte deshalb - ausgehend von dem Rechtsstandpunkt des LSG - offenbleiben. Davon abgesehen schließt das Vorliegen einer Innengesellschaft ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht immer aus (vgl BSGE 40, 161, 164 = SozR 2200 § 1266 Nr 3 mwN). Ehepartner können in den verschiedensten Formen zur Erzielung von Einkünften zusammenarbeiten. Dabei wird von einer Innengesellschaft auch gesprochen, wenn nur einer der Gesellschafter nach außen in Erscheinung tritt (vgl BSGE 38, 179, 180 = SozR 2200 § 1266 Nr 1; BSGE 40, 161, 164 sowie SozR aaO Nrn 11, 17 und 23; vgl ferner Urteil des erkennenden Senats vom 20. Juni 1985 - 11b/7 RAr 34/84 - DBIR 3083 AFG/§ 41). Obwohl das Unternehmen - wie vom LSG festgestellt - nach außen hin auf den Namen der Ehefrau des Klägers lief, können somit die geschäftlichen Beziehungen der Eheleute im Innenverhältnis gesellschaftlicher Art sein, ohne daß sich die Beteiligten dessen bewußt gewesen sein müssen (BSGE 40, 161, 163). Ist der (Ehe-)Partner im Einzelfall im Rahmen eines selbständigen Dienstverhältnisses tätig oder aufgrund seiner Gesellschafterstellung in der Innengesellschaft als Unternehmer zu betrachten, so fehlt es regelmäßig am Merkmal der unselbständigen Beschäftigung (vgl hierzu im einzelnen BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 1).

Im Rahmen der sonach vom LSG vorzunehmenden Gesamtwürdigung wird es die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und seiner (späteren) Ehefrau noch weiter aufzuklären und insbesondere dem schriftlichen Arbeitsvertrag vom 31. Juli 1987 Beachtung zu schenken haben. Zwar enthält der Vertrag in Vordruckform für ein Arbeitsverhältnis übliche Regelungen und wurden - wie vom LSG bereits festgestellt - die erforderlichen einzelfallbezogenen Angaben über die Tätigkeit, Dauer, Kündigungsmodalitäten, Entgelt, Arbeitszeit usw ergänzt. Auffällig ist jedoch, daß als Text ein "Arbeitsvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer" benutzt wurde, obwohl die leitende Tätigkeit eines Geschäftsführers für den Verkauf und die technische Beratung bei fremdbestimmter Beschäftigung regelmäßig in einem Angestelltenverhältnis ausgeübt wird; wie auch die Regelungen über die Kündigung (vierzehntägige Kündigungsfrist) und



die dann auch tatsächlich beim Kläger erfolgte Kündigung mit Schreiben vom 28. März 1988 zum 31. März 1988 im Gegensatz zu den gesetzlichen Regelungen über die Kündigungsfristen für Angestellte stehen. Zu klären wäre ggf auch, weshalb der Arbeitsvertrag vom 31. Juli 1987 als Zeitpunkt des Dienstantritts der Geschäftsführertätigkeit den 1. August 1987 vorsah, während der Kläger nach seinem Vorbringen bereits ab 1. März 1987 im Unternehmen seiner (späteren) Ehefrau beschäftigt gewesen sein soll und ob das Tätigkeitsfeld des Klägers und seine Funktion im Unternehmen ab 1. März 1987 bis 31. März 1988 unverändert gewesen ist. Zu klären könnte ebenfalls sein, wann der Kläger und seine (spätere) Ehefrau auf Anraten des Steuerberaters die Umorganisation des Unternehmens, und zwar rückwirkend zum 1. Januar 1987 vorgenommen haben, nachdem der Kläger - wie vom LSG festgestellt - noch in seinem Schreiben vom 24. Februar 1987 seine Absicht, das Geschäft auszuweiten und selbst eine Bürokraft für Buchhaltung, Korrespondenz uä einstellen zu wollen, dargelegt hatte. In diesem Zusammenhang wäre außerdem zu klären, wann und ob der Gewerbebetrieb auf den Namen des Klägers bzw seiner (späteren) Ehefrau angemeldet worden ist. Weiteren Aufschluß könnte ferner die steuerrechtliche Behandlung des Klägers und des Gewerbebetriebes durch das Finanzamt bringen; in diesem Zusammenhang wird das LSG auch der Frage nachzugehen haben, weshalb für den Kläger nach den Feststellungen des Vordergerichts noch für Februar und März 1988 Steuern und Sozialabgaben abgeführt, jedoch der Lohn nur noch bis Januar 1988 als Betriebsausgabe gebucht worden ist. Möglicherweise könnte auch der im Kündigungsschreiben vom 28. März 1988 enthaltene Hinweis auf eine bereits am 13. Januar 1988 stattgehabte Unterredung zu einer weiteren Aufklärung beitragen. Gerade die Umstände der Kündigung des Arbeitsverhältnisses und das Verhalten des Klägers nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Verbindung mit der Tatsache, daß ihm kein Nettoarbeitsentgelt ausbezahlt worden ist, weil dies - wie ebenfalls vom LSG festgestellt - nach den Angaben der Ehefrau des Klägers die finanziellen Möglichkeiten des Unternehmens überschritten hätte, könnten für eine Beteiligung am Unternehmensrisiko und damit für eine selbständige Tätigkeit sprechen.

Sollte das LSG nach der erforderlichen Gesamtabwägung zu der Auffassung gelangen, daß es sich bei der vom Kläger in der Zeit vom 1. März 1987 bis zum 31. März 1988 verrichteten Tätigkeit um eine selbständige Tätigkeit gehandelt hat, so wird zu beachten sein, daß die fehlende beitragspflichtige Beschäftigungszeit in der Rahmenfrist, wie vom Vordergericht zutreffend erkannt, nicht dadurch ersetzt werden kann, daß tatsächlich Beiträge zur BA entrichtet worden sind (ständige Rspr, vgl zuletzt BSG SozR 3-4100 § 104 Nr 8).

Sollten die weiteren Ermittlungen ergeben, daß der Kläger vom 1. März 1987 bis 31. März 1988 abhängig beschäftigt war und somit die Anwartschaftszeit nach § 104 Abs 1 AFG erfüllt hat, wird weiter zu prüfen sein, ob er nach Beendigung seiner Tätigkeit bzw



Beschäftigung ab 29. August 1988 arbeitslos (§ 101 AFG) und subjektiv verfügbar (§ 103 Abs 1 Nr 1 AFG) war. Nach den Feststellungen des LSG hat der Kläger noch nach Beendigung seiner Geschäftsführertätigkeit bei Geschäftsabwicklungen mitgeholfen. Insoweit fragt sich insbesondere, ob der Kläger wirklich ab 29. August 1988 bereit war, jede zumutbare Beschäftigung, die er ausüben konnte und durfte, auf dem Arbeitsmarkt anzunehmen (§ 103 Abs 1 Nr 2 Buchst a AFG).

Das Urteil des LSG war somit aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für die erneute Entscheidung wird darauf hingewiesen, daß die Beiladung zu Ziff 3 insoweit einer Korrektur bedarf, als die Landesoberkasse Freiburg keinen Anspruch auf ein etwaiges dem Kläger gegenüber der BA zustehendes Alg geltend machen kann. Denn zum einen hat sie mit Schreiben vom 21. Mai 1992 an das LSG mitgeteilt, daß die der Pfändungsverfügung zugrundeliegende Forderung bereits am 31. Januar 1986 beglichen worden sei. Zum anderen dürfte die Pfändungsverfügung vom 14. März 1985 nicht den jetzt geltend gemachten Anspruch auf Alg für die Zeit ab 29. August 1988, sondern nur frühere Ansprüche auf Alg bzw Alhi erfaßt haben, die zwischenzeitlich verbraucht bzw erloschen sein dürften (vgl zum Pfändungsumfang nach § 832 Zivilprozeßordnung <ZPO> BSGE 53, 182, 185 = SozR 1200 § 54 Nr 5; BSGE 64, 17, 20 f = SozR 1200 § 54 Nr 13).

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)