

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 7 RAr 120/95

.....,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Nürnberg, Regensburger Straße 104,

Beklagte und Revisionsklägerin,

beigeladen:

Deutsche Angestellten-Krankenkasse,
Hamburg, Nagelsweg 27 - 35.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. September 1996 durch die Richter Dr. H e n k e, E i c h e r und H u s m a n n sowie



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



den ehrenamtlichen Richter Dr. B r a n d e n b u r g und die ehrenamtliche Richterin O b i
j o u für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom
28. Juli 1994 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 die Zahlung von Arbeitslosengeld (Alg) für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1992.

Die 1954 geborene Klägerin, die den Beruf der Zahnarzthelferin erlernt hat, war vom 1. Januar 1982 bis 31. Dezember 1987 in der Praxis ihres Ehemannes in ihrem erlernten Beruf tätig (Verdienst: 1.500,00 DM brutto monatlich). Vom 1. Januar bis 30. Juni 1988 erhielt sie Alg. Vom 1. Juli 1988 bis 30. September 1992 war sie wiederum bei ihrem Ehemann tätig (bei ungeklärter Wochenarbeitsstundenzahl), zunächst gegen ein Monatsgehalt in Höhe von 1.500,00 DM brutto und ab 1. Januar 1992 in Höhe von 3.200,00 DM brutto. Eine bei dem Ehemann der Klägerin zusätzlich beschäftigte Zahnarzthelferin erhielt nach den Feststellungen des Landessozialgerichts (LSG) monatlich im Jahre 1991 2.778,00 DM brutto und im Jahre 1992 2.978,00 DM brutto. Die Tätigkeit der Klägerin wurde wegen Aufgabe der Praxis zum 30. September 1992 beendet.

Am 1. Oktober 1992 beantragte die Klägerin die Gewährung von Alg; das Arbeitsamt (ArbA) lehnte dies mangels Erfüllung der Anwartschaftszeit ab, weil die Klägerin bis 31. Dezember 1991 angesichts unangemessener Entlohnung (1.500,00 DM monatlich) nur im Rahmen familienhafter Mithilfe tätig gewesen sei (Bescheid vom 23. November 1992; Widerspruchsbescheid vom 14. Dezember 1992).

Mit der Klage begehrte die Klägerin die Zahlung von Alg für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1992 nach einem (wöchentlichen) Bemessungsentgelt von 590,00 DM. Diesem Antrag gab das Sozialgericht (SG) statt (Urteil vom 9. Juni 1993). Es sah die Anwartschaftszeit für die Gewährung von Alg als erfüllt an. Zur Höhe des Alg führt das SG aus, "da der Bevollmächtigte der Klägerin in seinem Antrag auch § 112 Abs 2 Satz 4 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) Rechnung getragen habe, indem er einmal von dem ohne die Mehrarbeit erzielten Entgelt von monatlich 2.978,00 DM ausgegangen und dazu auch die erhebliche Gehaltssteigerung innerhalb des letzten Jahres berücksichtigt habe, sei der Klage stattzugeben."

Das LSG hat die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG zurückgewiesen (Urteil vom 28. Juli 1994). Zur Begründung seiner Entscheidung hat das LSG ausgeführt, es komme für den Erfolg der Klage nur darauf an, ob die Klägerin in der Rahmenfrist von drei Jahren vor Eintritt ihrer Arbeitslosigkeit 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden habe; dies sei der Fall. Unstreitig habe die Klägerin gegen Entgelt in der Praxis ihres Ehemannes gearbeitet; streitig sei nur der



Umfang dieser Tätigkeit. Eine nähere Aufklärung hierzu sei jedoch entbehrlich, weil es im Ergebnis nicht darauf ankomme; es könne vielmehr von der für die Klägerin ungünstigsten Annahme ausgegangen werden, daß sie auch vor dem 1. Januar 1992 40 Wochenstunden abgeleistet habe. Zu Unrecht mache nämlich die Beklagte die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Ehegatten davon abhängig, ob eine angemessene Vergütung is einer tariflichen oder sonst ortsüblichen Vergütung gezahlt worden sei.

Mit der Revision rügt die Beklagte eine Verletzung der §§ 104, 168 Abs 1 AFG und des § 551 Nr 7 Zivilprozeßordnung iVm §§ 202 und 136 Abs 1 Nr 6 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Sie ist der Ansicht, im Hinblick auf die untertarifliche Entlohnung der Klägerin vor dem 1. Januar 1992 könne nicht von einem entgeltlichen Beschäftigungsverhältnis zwischen Familienangehörigen und damit nicht von einer beitragspflichtigen Beschäftigung ausgegangen werden; mit der ab 1. Januar 1992 zurückgelegten Beschäftigungszeit erfülle die Klägerin jedoch nicht die Voraussetzungen der Anwartschaftszeit (§ 104 AFG). Im Hinblick auf einen möglichen Leistungsmißbrauch müßten an den Nachweis eines echten Arbeitsverhältnisses zwischen Ehegatten und ebenso an seine Auflösung strenge Anforderungen gestellt werden. Eine versicherungspflichtige Beschäftigung könne deshalb zwischen Familienangehörigen dann nicht anerkannt werden, wenn das vereinbarte Arbeitsentgelt erheblich unter dem tariflichen bzw dem ortsüblichen liege. Müßte nämlich in diesem Fall die sozialversicherungs- und beitragspflichtige Beschäftigung anerkannt werden, würde dieser Personenkreis zu Lasten der Solidargemeinschaft der Versicherten zu nicht mehr vertretbaren Bedingungen versichert; die Mindereinnahmen bei diesem Personenkreis müßten durch Mehreinnahmen der anderen Versicherten ausgeglichen werden. Der vorliegende Fall mit seiner Erhöhung der Bezüge ab 1. Januar 1992 biete auch ein Beispiel dafür, wie bei einer minimierten Beitragszahlung (vor 1. Januar 1992) ein optimaler Leistungsanspruch durchgesetzt werden könne. Das Urteil des LSG sei außerdem in wesentlichen Teilen nicht mit Gründen versehen (§ 136 Abs 1 Nr 6 SGG), weil es keinerlei Erläuterung zur Höhe des Bemessungsentgelts enthalte.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LSG und des SG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, für die Entscheidung darüber, ob ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen habe, könne nicht auf den Tariflohn abgestellt werden. Da die Praxis ihres Ehemannes nicht besonders gut gelaufen sei, hätten zwei Umzüge stattgefunden, und der gesamte Kundenstamm sei verlorengegangen. Unter diesen



Umständen habe für sie (die Klägerin) geradezu eine Verpflichtung bestanden, in der Praxis mitzuarbeiten, wobei das Entgelt an die wirtschaftliche Situation anzupassen gewesen sei. Sie (die Klägerin) habe wie die anderen Angestellten mitgearbeitet, und zwar vor dem 1. Januar 1992 25 Stunden in der Woche und ab 1. Januar 1992 40 Stunden in der Woche.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

Sie ist der Ansicht, daß ein beitrags- und versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann auch bis zum 31. Dezember 1991 vorgelegen habe.

II

Die Revision der Beklagten ist iS mit der Zurückverweisung der Sache an das LSG begründet (§ 170 Abs 2 Satz 2 SGG); insoweit ist nicht entscheidungserheblich, daß das LSG mangels Begründung der Alg-Höhe gegen § 136 Abs 1 Nr 6 SGG verstoßen hat (vgl hierzu: BSGE 76, 233, 234 mwN = SozR 3-1750 § 945 Nr 1; BSG SozR 1500 § 136 Nr 10; SozR 3-1200 § 14 Nr 19 mwN). Es fehlt ohnedies an für eine abschließende Entscheidung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zum Grund des Alg-Anspruchs - unter Einschluß evtl des Ruhestatbestandes des § 119 AFG - und zur Höhe des Anspruchs.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 23. November 1992 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 14. Dezember 1992, gegen den sich die Klägerin mit der kombinierten Anfechtungs- und Leistungsklage wendet (§ 54 Abs 1 und 4 SGG). In der Sache erstrebt die Klägerin die Zahlung von Alg für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1992; ob sie für den Fall, daß Alg nicht zu zahlen wäre, hilfsweise im Hinblick auf die Tätigkeit ab 1. Januar 1992 einen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe (Alhi) geltend macht, beurteilt sich nach dem Meistbegünstigungsgrundsatz (vgl BSGE 74, 77, 79 mwN = SozR 3-4100 § 104 Nr 11). Dies mag das LSG bei seiner erneuten Entscheidung überprüfen, wobei es zu beachten hat, daß die Beklagte im angefochtenen Bescheid vom 23. November 1992 um Rücksendung eines beigefügten Alhi-Antragsformulars gebeten hat. Sollte die Klägerin diesem Ansinnen nicht nachgekommen sein, könnte davon ausgegangen werden, daß sie keine Entscheidung über Alhi begehrt (vgl BSG SozR 3-4100 § 107 Nr 9).

Von Amts wegen zu beachtende Verfahrensverstöße stehen einer Sachentscheidung nicht entgegen; insbesondere war die Berufung statthaft (§ 144 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGG in der ab 1. März 1993 geltenden Fassung).



Ob die Klägerin Anspruch auf Alg hat, richtet sich nach § 100 AFG. Danach setzt der Anspruch auf Alg Arbeitslosigkeit, Verfügbarkeit, eine Arbeitslosmeldung, eine Antragstellung und die Erfüllung einer Anwartschaftszeit voraus. Die tatsächlichen Feststellungen des LSG ermöglichen allenfalls eine Bejahung der vier erstgenannten Voraussetzungen. Für eine Beurteilung, ob die Anwartschaftszeit erfüllt war, bietet das LSG-Urteil keine hinreichende tatsächliche Grundlage.

Nach § 104 AFG (hier idF des Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes vom 15. Oktober 1984 - BGBl I 1277) hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 168) gestanden hat (Abs 1 Satz 1). Die Rahmenfrist geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind oder nach § 105 als erfüllt gelten (Abs 2). Die Rahmenfrist beträgt drei Jahre und reicht nicht in eine vorangegangene Rahmenfrist hinein, in der der Arbeitslose eine Anwartschaftszeit erfüllt hat (Abs 3). Beitragspflichtig iS des § 104 Abs 1 Satz 1 AFG sind gemäß § 168 AFG (hier idF des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung - Rentenreformgesetz 1992 - vom 18. Dezember 1989 - BGBl I 2261) die Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer), soweit sie nicht nach den §§ 169 bis 169c oder einer Rechtsverordnung nach § 173 Abs 1 beitragsfrei sind.

Ob die Klägerin innerhalb dreier Jahre - rückgerechnet ab dem 1. Oktober 1992 - 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hat, läßt sich nicht abschließend beurteilen. Diese Frage kann andererseits nicht deshalb dahinstehen, weil bei Nichterfüllung der Anwartschaftszeit zumindest noch ein Restanspruch auf Alg aus dem Jahre 1988 bestehen könnte. Nach § 125 Abs 2 AFG (hier idF des Siebten Gesetzes zur Änderung des AFG vom 20. Dezember 1985 - BGBl I 2484) wäre dieser Alg-Anspruch ohnedies vier Jahre nach seiner Entstehung erloschen.

Entscheidend ist mithin vorliegend, ob die Klägerin bei ihrem Ehemann vor dem 1. Oktober 1992 gegen Entgelt in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat. Dies richtet sich nach den Grundsätzen, die Lehre und Rechtsprechung zum Begriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses in der Sozialversicherung entwickelt haben (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 11; BSGE 3, 30, 39; 17, 1, 3 f = SozR Nr 31 zu § 165 RVO; BSG SozR 2200 § 165 Nr 90; im Ergebnis auch BSGE 74, 275, 276 ff mwN = SozR 3-2500 § 5 Nr 17). 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 3-4100 § 168 Nr 11 mwN). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, daß die



Abhängigkeit unter Ehegatten im allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 11 mwN). Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSGE 3, 30, 39 f; 17, 1, 4 f = SozR Nr 31 zu § 165 RVO; BSGE 74, 275, 278 f = SozR 3-2500 § 5 Nr 17; BSG SozR 2200 § 165 Nr 90; BSG SozR 3-4100 § 168 Nr 11). Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt dabei der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu (BSG aaO; vgl auch BSG, Beschluß vom 30. November 1995 - 11 BAr 159/95 - unveröffentlicht). Es gilt mithin nicht der Rechtssatz, daß eine untertarifliche oder eine erheblich untertarifliche Bezahlung des Ehegatten die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt. Ein solcher findet sich weder im Gesetz noch in Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSG); der Senat sieht auch keine Veranlassung, einen solchen Rechtssatz unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zu bilden. Manipulationsmöglichkeiten kann in ausreichender Weise unter Rückgriff auf die bestehende Rechtsprechung begegnet werden.

Zur Eingliederung der Klägerin in den Betrieb des Ehemannes für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 1992 fehlen im angegriffenen Urteil des LSG die Ausführungen gänzlich. Zur entsprechenden Situation vor dem 1. Januar 1992 enthält das Berufungsurteil ausschließlich die im Ergebnis richtigen Ausführungen, daß die Annahme eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Ehegatten nicht zwangsläufig davon abhängig ist, ob eine angemessene Vergütung iS einer tariflichen oder sonst ortsüblichen Vergütung bezahlt würde (vgl obige Zitate). Dies allein ermöglicht es dem Senat indes nicht, auf der Basis tatsächlicher Feststellungen die rechtliche Wertung über das Bestehen einer beitragspflichtigen Beschäftigung nachzuvollziehen. Sollte das LSG bei erneuter Befassung mit der Sache zur Erkenntnis gelangen, daß die Klägerin die Voraussetzungen des § 104 AFG erfüllt, bedürfte es des weiteren der Prüfung, ob nicht der Anspruch auf Alg gemäß §§ 119, 119a AFG geruht hat; über die Art der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses hat das LSG nämlich ebensowenig tatsächliche Feststellungen getroffen.

Dies gilt schließlich auch für die Höhe des Alg-Anspruchs. Sie bestimmt sich nach § 111 AFG (hier idF des Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen vom 20. Dezember 1988 - BGBl I 2477), § 112 AFG (hier idF des Gesetzes vom 23. September 1990 zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertragsgesetz - und der Vereinbarung vom 18. September 1990 - BGBl II 885) und § 113 AFG (hier idF des Dritten Rechtsbereinigungsgesetzes vom 28. Juni 1990 - BGBl I 1221).



Ausführungen zur Höhe des Alg, insbesondere zur Höhe des vom SG angenommenen Bemessungsentgelts von 590,00 DM, enthält die angegriffene Entscheidung überhaupt nicht. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das LSG zu beachten haben, daß nach § 112 Abs 5 Nr 3 AFG bei der Feststellung des Arbeitsentgelts für die Zeit einer Beschäftigung bei dem Ehegatten höchstens das Arbeitsentgelt zugrunde zu legen ist, das familienfremde Arbeitnehmer bei gleichartiger Beschäftigung gewöhnlich erhalten, und gemäß § 112 Abs 1 Satz 2 AFG jedenfalls bis Ende 1996 (zu dieser Befristung: BVerfGE 92, 53 ff = SozR 3-2200 § 385 Nr 6) bestimmte Zuschläge außer Betracht zu bleiben haben. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß sich der Regelbemessungszeitraum von drei Monaten gemäß § 112 Abs 2 Satz 4 AFG auf zwölf Monate (bei 240 Tagen mit Anspruch auf Arbeitsentgelt) verlängert, wenn das Arbeitsentgelt im letzten Jahr vor dem Ende des Bemessungszeitraums außergewöhnlich gestiegen ist. Eine außergewöhnliche Steigerung des Arbeitsentgelts liegt nach § 112 Abs 2 Satz 5 AFG vor, wenn das Arbeitsentgelt über die betriebsübliche Anpassung der Arbeitsentgelte an die wirtschaftliche Entwicklung hinaus gestiegen und das durchschnittlich in der Woche erzielte Arbeitsentgelt im Regelbemessungszeitraum um mehr als ein Drittel höher ist als das im gesamten Zwölf-Monats-Zeitraum (vgl zur Berechnung des Bemessungsentgelts in diesem Falle: Urteil des Senats vom 15. November 1995 - 7 RAr 12/95 -, unveröffentlicht).

Das LSG wird außerdem 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](#)