

Bundessozialgericht

- 7 RAr 22/79 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

.....
Kläger und Revisionskläger,
Prozeßbevollmächtigter:

g e g e n

.....
Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne
mündliche Verhandlung am 21. Mai 1980
für Recht erkannt:

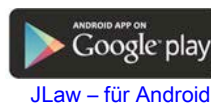
Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
Hessischen Landessozialgerichts vom 30. November 1978
wird zurückgewiesen.

Kosten sind nicht zu erstatten.

- 2 -



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



G r ü n d e :

I

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger Anspruch auf Arbeitslosenhilfe (Alhi) hat.

Der 1935 geborene Kläger pachtete 1971 von einer Brauerei die Gaststätte "..." für die Dauer von zehn Jahren. Die Brauerei kündigte das Pachtverhältnis am 19. Oktober 1976 fristlos. Von diesem Zeitpunkt an belieferte sie den Kläger weder mit Bier noch mit alkoholfreien Getränken. Daraufhin klagte der Kläger gegen die Brauerei auf Vertragserfüllung und diese gegen den Kläger auf Räumung. Beide Klagen wurden vom Landgericht (LG) Limburg mit Urteil vom 19. Januar 1977 zugunsten des Klägers entschieden. Auf die Berufung der Brauerei hat das Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main mit Urteil vom 10. Juni 1977 das Urteil des LG aufgehoben und den Kläger zur Räumung der Gaststätte verurteilt. Dieses Urteil wurde am 4. Juli 1977 vollstreckt. Die gegen das Urteil des OLG eingelegte Revision des Klägers hat der Bundesgerichtshof (BGH) mit Beschluß vom 7. September 1977 nicht angenommen. Zum 14. September 1977 wurde der Gewerbebetrieb des Klägers von Amts wegen abgemeldet.

Am 21. September 1977 beantragte der Kläger die Gewährung von Alhi. Er fügte seinem Antrag eine Bescheinigung seines Steuerbevollmächtigten bei, in der angegeben wird, der Gewerbebetrieb des Klägers ruhe seit dem 20. Oktober 1976. Mit Bescheid vom 3. Oktober 1977 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers mit der Begründung ab, er habe innerhalb des letzten Jahres vor der Arbeitslosmeldung weder Arbeitslosengeld (Alg) bezogen noch mindestens zehn Wochen in entlohnter Beschäftigung gestanden. Seine selbständige Tätigkeit habe er nur vorübergehend aufgegeben; deshalb könne § 1 Nr 3 der Arbeitslosenhilfe-Verordnung (Alhi-VO) nicht wirksam werden. Widerspruch,



(Widerspruchsbescheid vom 3. November 1977), Klage (Urteil des Sozialgerichts -SG- vom 23. Mai 1978) und die Berufung des Klägers hatten keinen Erfolg.

Das Landessozialgericht (LSG) hat zur Begründung seines Urteils vom 30. November 1978 ausgeführt, der Kläger könne in dem maßgeblichen Jahreszeitraum vor der Arbeitslosmeldung (21. September 1976 bis 20. September 1977) keine mindestens zehn Wochen andauernde Tätigkeit als Selbständiger iS des § 1 Nr 3 Alhi-VO nachweisen. Aus dem Wesen eines Ersatztatbestandes folge, daß die Tätigkeit als Selbständiger ebenso wie eine Beschäftigung nach § 134 Abs 1 Nr 4b Arbeitsförderungsgesetz (AFG) über der Grenze der Kurzzeitigkeit nach § 102 AFG liegen müsse. Es stehe aber zur Überzeugung des Gerichts fest, daß der Kläger seit dem 20. Oktober 1976 nicht mehr oder nur noch unwesentlich in seinem Gewerbebetrieb tätig gewesen sei. Nach Sinn und Zweck der Regelung des § 134 Abs 1 Nr 4b AFG iVm § 1 Nr 3 Alhi-VO müsse der Nachweis erbracht werden, daß der Betreffende durch eine über der Kurzzeitigkeitsgrenze liegende Tätigkeit eine Beziehung zum Arbeitsleben herstellen könne. Dem stehe nicht entgegen, daß als Beitragszeiten im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich auch Zeiten geeignet seien, in denen ein Beschäftigungsverhältnis bestehe, jedoch der Arbeitnehmer - trotz Dienstbereitschaft - tatsächlich die Beschäftigung nicht ausübe. Beim Kläger liege ein anderer Sachverhalt vor, da er sich, veranlaßt durch den Rechtsstreit mit der Brauerei, selbst zu einem Ruhen des Gewerbes und damit zu einem zeitweisen Wegfall seiner selbständigen Tätigkeit entschlossen habe.

Der Kläger macht mit seiner Revision geltend, er habe seine Gastwirtstätigkeit erst am 15. September 1977 iS des § 1 Nr 3 Alhi-VO endgültig aufgegeben. Von diesem Tage ab, an dem die Gaststätte durch die neue Pächterin übernommen worden sei, habe er nämlich die Gaststätte mit Sicherheit nicht mehr weiterführen können und wollen. Auf jeden Fall müsse davon



ausgegangen werden, daß er bis zum 10. Juni 1977 (dem Tag der Verkündung des vorläufig vollstreckbaren Urteils des OLG Frankfurt) seine Gaststätte noch betrieben habe. Die Auslegung des § 134 Abs 1 und 3 AFG iVm § 1 Nr 3 Alhi-VO, wie sie das LSG vorgenommen habe, führe dazu, daß ein Pächter in der Lage des Klägers immer Gefahr liefe, seine Anwartschaft auf Alhi zu verlieren, wenn er seine Rechte gegenüber dem Verpächter wahrnehmen wolle. Würde er sich nämlich vor Erlaß eines vollstreckbaren Räumungsurteils arbeitslos melden, würde er zu Recht an dem Einwand scheitern, er habe seine selbständige Tätigkeit nicht endgültig aufgegeben. Würde er sich hingegen - wie im vorliegenden Falle - erst nach einem zu seinen Ungunsten entschiedenen Rechtsstreit arbeitslos melden, so würde ihm entgegengehalten, daß für die Zeit der Dauer des Erfüllungs- bzw Räumungsrechtsstreits von einer Ausübung des Gewerbebetriebs nicht gesprochen werden könne. Solch ein Ergebnis ließe sich dann vermeiden, wenn man die Zeit vom Eintritt der Rechtshängigkeit eines Räumungsrechtsstreits zwischen Verpächter und Pächter eines Gewerbebetriebes jedenfalls bis zum Zeitpunkt des Erlassens eines vorläufig vollstreckbaren Räumungsurteils als Ausübung der Gewerbetätigkeit durch den Gewerbepächter iS des § 134 Abs 1 und 3 AFG iVm § 1 Nr 3 Alhi-VO betrachte.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Hessischen LSG vom 30. November 1978, das Urteil des SG Gießen vom 23. Mai 1978 und den Bescheid der Beklagten vom 3. Oktober 1977 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 3. November 1977 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ab 21. September 1977 Arbeitslosenhilfe in gesetzlicher Höhe zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision des Klägers zurückzuweisen.



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



Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend. Gegenüber der Revisionsbegründung führt sie an, die Regelung in § 1 Nr 3 Alhi-VO nehme bewußt in Kauf, daß ein Selbständiger, der seine selbständige Tätigkeit zunächst nur vorübergehend aufgegeben habe, keinen Anspruch auf Alhi besitze, wenn er zum Zeitpunkt der endgültigen Aufgabe der selbständigen Tätigkeit innerhalb eines Jahres davor keine zehn Wochen selbständiger Tätigkeit mehr ausgeübt habe. Es komme für diese Anspruchsvoraussetzung - wie bei der Erfüllung der Anwartschaftszeit nach § 104 AFG - nicht auf die Gründe an, warum diese Voraussetzung nicht erfüllt werden konnte.

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

II

Die Revision des Klägers ist nicht begründet. Er hat keinen Anspruch auf Alhi ab 21. September 1977. Es kann offen bleiben, ob er die Anspruchsvoraussetzungen des § 134 Abs 1 Satz 1 Nrn 1 bis 3 AFG erfüllt. Jedenfalls sind die Voraussetzungen des § 134 Abs 1 Satz 1 Nr 4 Buchst b AFG - Buchstaben a oder c kommen offensichtlich nicht in Betracht - (idF des Sozialgesetzbuchs, Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung -SGB 4- vom 23. Dezember 1976 - BGBl I 3845) iVm § 134 Abs 3 AFG (idF des Zuständigkeitsanpassungsgesetzes vom 18. März 1975 - BGBl I 705) und § 1 Nr 3 der Alhi-VO vom 7. August 1974 (BGBl I 1929) nicht gegeben.

Nach § 134 Abs 1 Satz 1 Nr 4 Buchst b AFG ist eine der Voraussetzungen des Anspruchs auf Alhi, daß der Antragsteller "innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung, die dem Antrag auf Alhi vorausgeht, mindestens zehn Wochen ... in entlohnter Beschäftigung gestanden hat. Außer Betracht



bleiben Beschäftigungen, die nach § 102 AFG kurzzeitig sind, und Beschäftigungszeiten, für die wegen Krankheit, Urlaubs oder unberechtigter Arbeitsversäumnis kein Arbeitsentgelt gezahlt worden ist ...". Der Kläger hat sich am 21. September 1977 arbeitslos gemeldet. Die maßgebliche Jahresfrist beginnt daher am 21. September 1976 und endet am 20. September 1977. Eine entlohnte Beschäftigung hat der Kläger in diesem Zeitraum nicht ausgeübt, da er nach den Feststellungen des LSG in keinem Beschäftigungsverhältnis gestanden und damit auch keinen Lohnanspruch gehabt hat.

Zugunsten des Klägers ist auch keiner der Ersatztatbestände der Alhi-VO gegeben, der die zehnwöchige Beschäftigung iS von § 134 Abs 1 Nr 4 Buchst b als Voraussetzung für den Anwartschaftserwerb entbehrlich machen würde. Nach § 1 Nr 3 Alhi-VO tritt an die Stelle der ganz oder teilweise fehlenden entlohten Beschäftigung iS des § 134 Abs 1 Nr 4 Buchst b AFG die im Geltungsbereich des AFG hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit als Selbständiger oder mithelfender Familienangehöriger, wenn sie nicht nur vorübergehend aufgegeben worden ist. Auch dieser Ersatztatbestand der Alhi-VO - ein anderer kommt hier nicht in Betracht - muß nach den oa gesetzlichen Vorschriften innerhalb des letzten Jahres vor der Arbeitslosmeldung für einen Zeitraum von mindestens zehn Wochen erfüllt worden sein. Dies ist jedoch bei dem Kläger nicht der Fall, da er innerhalb der Jahresfrist nur ca 4 Wochen hauptberuflich tätig war.

Seine Tätigkeit als selbständiger Gastwirt hat der Kläger nicht über den 19. Oktober 1976 hinaus hauptberuflich ausgeübt. Nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG, an die das Bundessozialgericht (BSG) gebunden ist, da sie vom Kläger nicht wirksam angegriffen worden sind (§ 163 SGG), war er seit dem 20. Oktober 1976 nicht mehr oder nur noch unwesentlich in seinem Gewerbebetrieb tätig. Er hat dadurch zwar nicht seinen Status als Selbständiger verloren; es liegt jedoch von diesem Zeitpunkt an keine hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit mehr vor.



Der Senat läßt es offen, ob eine hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit als Selbständiger iS des § 1 Nr 3 Alhi-VO in ihrem Umfange im wesentlichen den Mindestvoraussetzungen, wie sie nach § 102 AFG für eine Beschäftigung gelten, entsprechen, also zumindest 20 Stunden wöchentlich umfassen muß. Es mögen Tätigkeiten denkbar sein, die die Arbeitskraft eines Selbständigen in einem unter 20 Stunden liegenden zeitlichen Umfange in Anspruch nehmen und dennoch als hauptberuflich ausgeübte Tätigkeit angesehen werden können. Jedenfalls reicht es nicht aus, daß eine Tätigkeit überhaupt nicht oder nur unwesentlich ausgeübt wird. Das entscheidende Merkmal einer hauptberuflich ausgeübten Tätigkeit eines Selbständigen ist, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 14. November 1978 - 7 RAr 61/77 - ausgeführt hat, daß sie ausgeübt wird, um Erwerbseinkommen zu erzielen. Darüber hinaus muß die ausgeübte Tätigkeit für den Selbständigen auch eine Existenzgrundlage darstellen oder zumindest darauf gerichtet sein. Dies folgt zum einen aus dem im § 1 Nr 3 Alhi-VO verwendeten Begriff der "hauptberuflichen" Tätigkeit als Selbständiger. Daneben ergibt sich auch aus der Ermächtigungsregelung des § 134 Abs 3 AFG, wonach der Ordnungsgeber nur bestimmte andere Erwerbstätigkeiten von bestimmter Dauer der entlohten Beschäftigung nach § 134 Abs 1 Nr 4 Buchst b AFG gleichstellen darf, daß nur eine die Existenz sicherstellende Tätigkeit gemeint ist. Nach dem Zweck der Ermächtigung in § 134 Abs 3 AFG sollte der Ordnungsgeber in die Lage versetzt werden, solche Personengruppen in den Schutz der Alhi gegen Arbeitslosigkeit einzubeziehen, die aus besonderen, objektiv gerechtfertigten Gründen die Voraussetzung einer entlohten Beschäftigung von mindestens zehn Wochen im letzten Jahr vor der Arbeitslosmeldung nicht erfüllen konnten, deren Schutz gegen vorübergehende Arbeitslosigkeit aber sozialpolitisch zweckmäßig und damit erwünscht ist (BSGE 46, 264, 270). Der Senat hat in dem angeführten Urteil zwar auch solche Tätigkeiten zum Schutzbereich der Alhi-VO gerechnet, deren Hauptbestimmung nicht die Existenzsicherung durch Erwerb von Einkommen ist (Wehrdienst oder Polizeivollzugsdienst). Bei der



Ausübung dieser Tätigkeiten ist jedoch, worauf der Senat auch hingewiesen hat, die Existenzsicherung gewährleistet.

Es widerspricht entgegen der Auffassung des Klägers nicht dem Sinn und Zweck des § 1 Nr 3 Alhi-VO, daß ein Selbständiger, der seine selbständige Tätigkeit zunächst nur vorübergehend aufgegeben hat, keinen Anspruch auf Alhi hat, wenn er nach der endgültigen Aufgabe der selbständigen Tätigkeit keine zehn Wochen selbständiger Tätigkeit innerhalb eines Jahres vor der endgültigen Aufgabe mehr ausgeübt hat. Der Ersatztatbestand der hauptberuflich ausgeübten Tätigkeit als Selbständiger tritt nach dem oben Gesagten lediglich an die Stelle der mindestens zehnwöchigen entlohnnten Beschäftigung innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung. Diese als "kleine Anwartschaft" bezeichnete Anspruchsvoraussetzung für die Alhi ist aber vom Gesetzgeber bewußt als Indiz dafür aufgestellt worden, daß der Antragsteller als Arbeitnehmer zum Arbeitsmarkt gehört (Hennig/Kühl/Heuer, Kommentar zum AFG, § 134, Erläuterung 6c; Schönefelder/Kranz/Wanka, Kommentar zum AFG, 1.Lfg., Stand August 1972, § 104 Anm 2). Die gleiche Indizfunktion kommt dem Ersatztatbestand des § 1 Nr 3 Alhi-VO zu, denn es ist nicht einzusehen, daß Antragsteller, die in einer entlohnnten Beschäftigung gestanden haben, anders behandelt würden als solche, die als Selbständige tätig gewesen sind.

Der so verstandene Begriff der "hauptberuflich ausgeübten Tätigkeit als Selbständiger" entspricht auch der allgemein vertretenen Auffassung zu dem Begriff der "selbständigen Erwerbstätigkeit" in Art 2 § 9a Abs 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Rentenversicherung der Arbeiter -ArVNG- idF des Rentenreformgesetzes vom 16. Oktober 1972 -BGBI I 1965 - (= Art 2 § 9a Abs 2 des Gesetzes zur Neuregelung der Angestelltenversicherung -AnVNG-). Unter einer "Erwerbstätigkeit" wird in diesem Zusammenhang jede auf Dauer angelegte gewerbliche oder berufsmäßige Tätigkeit zur Erzielung von nachhaltigen Einkünften verstanden. Der Selbständige muß durch sie seinen Lebensunterhalt überwiegend



oder doch in solchem Umfange erwerben, daß seine wirtschaftliche Stellung zu einem erheblichen Teil auf der Tätigkeit beruht (Koch, Die Sozialgerichtsbarkeit 1978, 13, 15; Schmidt, Mitt der LVA Oberfranken 1979, 210, 211). Eine bloß gelegentliche Tätigkeit reicht jedenfalls nicht aus (BSGE 43, 211, 215).

Offen bleiben kann unter diesen Umständen im vorliegen Rechtsstreit die vom Kläger in der Revisionsbegründung angeschnittene Frage, zu welchem Zeitpunkt ein Selbständiger seine hauptberufliche Tätigkeit "endgültig aufgegeben" hat, insbesondere die Frage, ob jegliche selbständige Tätigkeit aufgegeben werden muß (s dazu BSGE 47, 275, 277 f; Schmidt aaO, 212; Koch aaO 16). Der Senat brauchte sich auch nicht mit der Frage zu befassen, ob ein Selbständiger, der, wie der Kläger, seine Tätigkeit nicht ausüben kann, jedoch noch um die weitere Ausübung seiner selbständigen Tätigkeit einen Rechtsstreit führt, in entsprechender Anwendung von § 117 Abs 4 iVm § 134 Abs 2 AFG einen Anspruch auf Alhi hat. Voraussetzung dafür wäre auf jeden Fall, daß der Kläger einen der Anwartschaftszeit des § 134 Abs 1 Nr 4 Buchst b AFG entsprechenden Ersatztatbestand erfüllt hätte, was hier nicht der Fall ist.

Die Revision des Klägers kann daher keinen Erfolg haben.



Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)