

Kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis für den Mitpächter einer Schulkantine (§ 25 Abs. 1 SGB III);  
hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) für das Land Brandenburg vom 25.6.2002 - L 10 AL 224/00 -

Das LSG für das Land Brandenburg hat mit Urteil vom 25.6.2002 - L 10 AL 224/00 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

#### **Orientierungssatz**

Zum Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit des Ehemannes in einer Schulkantine, soweit der Pachtvertrag von den Eheleuten gemeinsam unterschrieben wurde, die Pächter vorhandenes Personal im Rahmen eines Betriebsübergangs übernahmen, der Ehemann Verpflichtungen aus einem Darlehensvertrag übernommen hat und durch Pachtvertrag eine persönliche Verantwortlichkeit für die Betriebsführung festgeschrieben wurde.

#### Anlage

Urteil des LSG für das Land Brandenburg vom 25.6.2002 - L 10 AL 224/00 -

**Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgericht Neuruppin vom 12. Oktober 2000 aufgehoben.**

**Die Klagen werden abgewiesen.**

**Die Beteiligten haben einander außergerichtliche Kosten des Rechtsstreits nicht zu erstatten.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

#### **Tatbestand:**

Zwischen den Beteiligten ist der Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) streitig.

Der 1941 geborene Kläger arbeitete nach eigenen Angaben von 01. Januar 1991 bis 28. Februar 1992 als Fleischer bei seiner Ehefrau, die auf ihren Namen ein Reisegewerbe für Fleisch- und Wurstwaren sowie für einen Imbiss beim Landratsamt K. angemeldet hatte.

Der Kläger und seine Ehefrau pachteten zum 01. März 1992 von der Stadt N. (D.) eine Schulküche, übernahmen das Personal der Schulküche und schlossen mit der Stadt zur Finanzierung der neu zu installierenden Küchengeräte einen Darlehensvertrag über 35.830 DM ab (Pachtvertrag vom 17. Januar 1992, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 57 bis 61 der Leistungsakten der Beklagten verwiesen wird). Auf den Namen der Ehefrau wurde das Gewerbe angemeldet und sie hatte die Erlaubnis nach dem Gaststättengesetz (Bescheid vom 09. April 1992 des Landratsamtes K., wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 44, 45 der Gerichtsakten verwiesen wird). Der Kläger nahm seine Tätigkeit aufgrund "Arbeitsvertrages" mit seiner Ehefrau vom 01. März 1992, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 48 bis 49 R. der Leistungsakte der Beklagten verwiesen wird, auf. Danach war er als Küchenleiter für die Anleitung der Arbeitskräfte, Organisation des Einkaufs und Verkaufs sowie Erstellung von Kalkulation und Speiseplänen in der so bezeichneten Schulkantine "Centralküche" tätig.

Der Kläger meldete sich am 02. Juni 1994 erstmals arbeitslos und beantragte Alg. Die Steuerklasse zu Beginn des Jahres 1994 gab er mit 3 und keine Kinderfreibeträge an. Die Ehefrau des Klägers erklärte in der Arbeitsbescheinigung vom 01. Juli 1994 u.a., dass das Arbeitsverhältnis am 30. April 1994 zum 31. Mai 1994 aufgrund betrieblicher Gründe gekündigt worden sei. Das Bruttoarbeitsentgelt habe im Dezember 1993 2.500 DM und von Januar 1994 bis Mai 1994 jeweils monatlich 3.000 DM bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden betragen. Die Arbeitsbescheinigung trug neben der Unterschrift der Ehefrau des Klägers den Firmenstempel u.a. mit der Angabe "E.+ M. R."

In einem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Beschäftigung beim

Ehegatten erklärte der Kläger u.a., die Beschäftigung sei nicht aufgrund von familienhafter Mithilfe, sondern aufgrund von vertraglichen Vereinbarungen ausgeübt worden. Er sei wie eine fremde Arbeitskraft im Betrieb seiner Ehefrau eingegliedert worden und habe die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt. Eine andere Arbeitskraft hätte statt seiner eingestellt werden müssen. Er sei an Weisungen der Betriebsinhaberin über die Ausführung seiner Arbeiten gebunden gewesen. Seine Tätigkeit sei nicht weisungsfrei gewesen und habe nicht nach eigenem Ermessen ausgeübt werden können. Das Arbeitsentgelt habe dem tariflichen bzw. dem ortsüblichen Lohn/Gehalt entsprochen. Es sei ihm auch monatlich auf ein privates Bank-/Girokonto überwiesen worden. Hierfür seien Lohnsteuer und ggf. Kirchensteuern entrichtet worden. Das Arbeitsentgelt sei als Betriebsausgabe auch gebucht worden. Es habe sich bei dem Betrieb nicht um eine Personengesellschaft (z.B. einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts) gehandelt. Er sei auch nicht an dem Betrieb beteiligt gewesen. Alleinige Pächterin sei seine Ehefrau.

Die Beklagte bewilligte dem Kläger Alg nach einem wöchentlichen Bemessungsentgelt von 670 DM mit einer Anspruchsdauer von 676 Leistungstagen ab 02. Juni 1994 nach der Leistungsgruppe "C/0"; Alg-Bewilligungs-Bescheid vom 22. August 1994. Der wöchentliche Leistungssatz betrug 293,40 DM (täglich 48,90 DM). Der Kläger zeigte zum 01. Dezember 1994 an, wieder bei der "Centralküche"/N. in Arbeit zu sein.

Der Kläger meldete sich anschließend am 20. Juni 1995 zum 01. Juli 1995 wiederum arbeitslos und beantragte erneut Alg ohne Angaben zur Änderung der Steuerklasse für das Jahr 1995 und bzgl. des Kinderfreibetrages. Nach der Arbeitsbescheinigung vom 30. Juni 1995 hat er vom 01. Dezember 1994 bis 30. Juni 1995 wiederum als Küchenleiter in der "Centralküche" gearbeitet. Für die Monate Dezember 1994 bis Juni 1995 betrug das jeweilige monatliche Bruttoarbeitsentgelt 3.500 DM. Das Arbeitsverhältnis habe aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse gekündigt werden müssen. Die Arbeitsbescheinigung trug die Unterschrift der Ehefrau des Klägers, der u.a. erneut der Firmenstempel der "Centralküche" und u.a. "E.+M. R." beigefügt war. Der Kläger wiederholte im Wesentlichen seine früheren Angaben – auch, dass alleinige Pächterin seine Ehefrau sei – im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Beschäftigten beim Ehegatten vom 30. Juni 1995 wie in der Erklärung zuvor.

Die Beklagte bewilligte dem Kläger daraufhin weiter Alg ab 01. Juli 1995 für die Restanspruchsdauer von 520 Leistungstagen (dynamisiertes Bemessungsentgelt 760 DM/Leistungsgruppe C/0; AFG-LeistungsVO 1995; Alg-Bewilligungs-Bescheid vom 04. August 1995. Der wöchentliche Leistungssatz betrug 320, 40 DM (täglich 53,40 DM).

Der Leistungsbezug endete am 22. August 1995 (Lohnfortzahlungsanspruch). Der Kläger war bis 30. April 1996 arbeitsunfähig erkrankt.

Der Kläger meldete sich am 15. Juli 1998 mit Wirkung zum 18. Juli 1998 ein drittes Mal arbeitslos und beantragte wiederum Alg ohne Änderung der bisherigen Angaben zur Steuerklasse und zum Kinderfreibetrag.

Die Arbeitsbescheinigung vom 15. Juli 1998 bestätigte dem Kläger eine Tätigkeit vom "1.1.1991 bis 30.6.1995, zuletzt als Koch/Küchenleiter" und "vom 10.2.1996 bis 8.7.1998, zuletzt als Koch/Küchenleiter". Das Bruttoarbeitsentgelt in den Monaten Juli 1997 bis Juni 1998 habe jeweils 4.000 DM und die Arbeitszeit weiterhin 40 Stunden pro Woche betragen. Das Arbeitsverhältnis habe zum 08. Juli 1998 aufgrund Betriebsauflösung geendet. Neben der Unterschrift der Ehefrau der Klägerin trug die Arbeitsbescheinigung erneut den Firmenstempel u.a. mit der Angabe "E.+M. R."

In dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Beschäftigten beim Ehegatten vom 16. Juli 1998 machte der Kläger im Wesentlichen dieselben Angaben wie bereits in seinen früheren Erklärungen hierzu, bezeichnete nun aber als Pächter "E.+M. Richter".

Das Arbeitsamt Neuruppin gewährte dem Kläger kein Alg, weil er innerhalb der Rahmenfrist von drei Jahren vor dem 18. Juli 1998 nicht mindestens 12 Monate in einem versicherungspflichtigen Verhältnis gestanden habe. Es lägen auch nicht die Voraussetzungen für die Gewährung von Arbeitslosenhilfe (Alhi) vor, weil weder Alg innerhalb der Vorfrist von einem Jahr bezogen worden sei, noch er mindestens 5 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden habe; Bescheid vom 14. Oktober 1998.

Der hiergegen am 30. Oktober 1998 eingelegte Widerspruch wurde durch Widerspruchsbescheid vom 29. April 1999, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 97 bis 102 der Leistungsakten der Beklagten verwiesen wird, als unbegründet zurück gewiesen.

Wegen der Gewährung von Alg in den Zeiträumen vom 02. Juni 1994 bis 30. November 1994 (= 156 Leistungstage) und 01. Juli 1995 bis 22. August 1995 (= 45 Leistungstage) gab die Beklagte dem Kläger Gelegenheit zur Stellungnahme, weil er Alg in Höhe von 7.628,40 DM bzw. 2.403 DM zu Unrecht bezogen habe. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung von Beschäftigungen beim Ehegatten seien bezüglich des Pachtverhältnisses falsche Angaben gemacht worden (alleinige Pächterin: Ehefrau E. R.).

Die Beklagte nahm die Entscheidung über die Bewilligung von Alg vom 22. August 1994 und vom 04. August 1995 für die Zeit vom 02. Juni 1994 bis 30. November 1994 und vom 01. Juli 1995 bis 22. August 1995 ganz zurück, weil die Voraussetzungen für die Leistungsgewährung aus den Gründen der Anhörung nicht vorgelegen hätten. Der Kläger habe insgesamt Alg in Höhe von 10.031,40 DM zu erstatten; Bescheid vom 16. März 1999.

Der hiergegen eingelegte Widerspruch wurde durch Widerspruchsbescheid vom 16. Juni 1999, wegen dessen Einzelheiten auf Bl. 120 bis 123 der Leistungsakten der Beklagten Bezug genommen wird, als unbegründet zurück gewiesen.

Der Kläger hat die unter dem Az.: S 6 AL 223/99 registrierte Klage wegen Ablehnung von Alg ab 18. Juli 1998 vor dem Sozialgericht Neuruppin am 27. Mai 1999 erhoben. Aufgrund der Unterschrift des Klägers unter dem Pachtvertrag könne nicht sogleich geschlossen werden, dass die "Centralküche" als Gesellschaft bürgerlichen Rechts betrieben worden sei. Seine Ehe ändere daran nichts. Es sei indessen unstrittig, dass ein gemeinsames Ziel nicht ausbleibe, wenn ein Ehepaar ein Gewerbebetrieb betreibe, unabhängig von der Art des Betriebes. Definitiv sei es bei Ehepartnern in einem Gewerbebetrieb wohl so, dass für den Fall des Scheiterns des Unternehmens, wenigstens ein Partner (sozial) abgesichert sei.

Die Beklagte hat im Wesentlichen den Inhalt ihrer Verwaltungsentscheidung wiederholt.

Der Kläger hat die unter dem Az.: S 6 AL 339/99 registrierte Klage wegen der Rücknahme von Alg und Erstattung für die Zeiträume vom 02. Juni 1994 bis 30. November 1994 und 01. Juli 1995 bis 22. August 1995 gleichfalls vor dem Sozialgericht Neuruppin am 15. Juli 1999 erhoben.

Durch zwei Beschlüsse vom 06. März 2000 hat das Sozialgericht Neuruppin in beiden Verfahren die AOK für das Land Brandenburg beigeladen.

Durch weiteren Beschluss des Sozialgerichts Neuruppin wiederum vom 06. März 2000 hat es den Rechtsstreit S 6 AL 223/99 und S 6 AL 339/99 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung miteinander unter dem führenden Az.: S 6 AL 223/99 verbunden.

Nach Einvernahme der Zeugin E. R., wegen des Inhalts der Aussage wird auf die Anlage 1 zur Sitzungsniederschrift vom 12. Oktober 2000 (Bl. 62 ff der Gerichtsakten) Bezug genommen, hat das Sozialgericht Neuruppin den Bescheid vom 14. Oktober 1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. April 1999 abgeändert und die Beklagte verurteilt, dem Kläger auf

seinen Antrag vom 15. Juli 1998 Alg nach den gesetzlichen Vorschriften zu bewilligen. Zugleich hat es den Bescheid vom 16. März 1999 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 16. Juni 1999 aufgehoben; wegen der Einzelheiten des Urteils vom 12. Oktober 2000 wird auf Bl. 66 bis 72 der Gerichtsakten verwiesen.

Gegen das der Beklagten am 04. Dezember 2000 zugestellte Urteil hat sie am 28. Dezember 2000 Berufung eingelegt. Sie trägt vor: Der Kläger sei als Pächter Mitunternehmer im Geschäft seiner Ehefrau gewesen. Der Kläger trage aufgrund dieses Pachtvertrages ein unternehmerisches Risiko, weil es bei Nichtzahlung des Pachtzinses (eventuell bei Insolvenz des Betriebes) Zahlungsansprüchen oder Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sein könnte. Der Ansicht des Sozialgerichts Neuruppin, die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers folge insbesondere aus seiner Verfügbarkeit über die Arbeitszeit und die Bestimmung des Arbeitsortes, lasse das unternehmerische Risiko außer Betracht. Auch subjektiv sei der Wille des Klägers vorhanden, ein unternehmerisches Risiko zu tragen. Dies folge aus dem Firmenstempel, der u.a. auch seinen (abgekürzten Vor-)Namen trage. Den Ausführungen im angefochtenen Urteil, bei der Unterschriftsleistung auf dem Pachtvertrag und dem Firmenstempel handele es sich um ein Versehen, könne nicht gefolgt werden.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Neuruppin vom 12. Oktober 2000

aufzuheben und die Klagen abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er trägt vor, er sei Arbeitnehmer gewesen. Seine Unterschrift im Pachtvertrag sei aus schlichter Unkenntnis, nur aus seiner Position als Ehemann heraus, geleistet worden. Die Leistung der Unterschrift wäre unterblieben, wenn ihm von Anfang an bekannt gewesen wäre, dass dies dazu führen könne, dass er nicht als Arbeitnehmer anzusehen sei. Soweit die Beklagte Rückforderungen von gewährtem Alg geltend gemacht habe, seien diese verfristet. Er habe zuletzt am 22. August 1995 Alg von der Beklagten bezogen. Die Anhörung sei mit Schreiben vom 14. Oktober 1998 erfolgt. § 45 Abs. 3 Satz 1 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) finde vorliegend Anwendung. Der Beklagten sei es möglich gewesen, wesentlich früher zu erkennen, dass der Pachtvertrag auch von ihm unterzeichnet worden sei.

In Erörterungsterminen vom 05. Juli 2001 und 21. September 2001 sind die Zeuginnen I. F., I. M., E. R., M. Sch. und A. K. vernommen worden; wegen der Einzelheiten ihrer Aussagen wird auf den Inhalt der Niederschriften vom 05. Juli 2001 und 21. September 2001 (Bl. 116 bis 120 sowie 132 bis 135 der Gerichtsakten) verwiesen. Die Zeugin Sch. hat Arbeitsvertrag vom 14. Januar 1993 überreicht, der als "Arbeitgeber" u.a. "Centralküche" E.+M. R." durch Stempelaufdruck vorsah. Die Zeugin K. hat Kündigungsschreiben vom 31. Mai 1996 überreicht, das als Absender u.a. "Centralküche N." und "Firma R." vorsah und die Unterschrift des Klägers trug.

Der Kläger und die Beklagte haben abschließend streitig zum Ergebnis der Beweisaufnahme Stellung genommen; wegen der Einzelheiten hierzu wird auf Bl. 136 bis 142 der Gerichtsakten verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Vorbringen der Beteiligten und wegen des Verfahrens wird auf die Gerichtsakten und die Leistungsakten der Beklagten (Stamm-Nr.: ..... ) ebenso Bezug genommen wie auf die vom Kläger eingereichten Dokumentationen (Schnellhefter mit Rechnungen

und Steuerbescheiden, Hefter mit Betriebsprüfungen der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, Rechnung der B. Großmärkte GmbH & Co. KG, SB-Großmarkt, Lebensmittelüberwachung des Landkreises Ostprignitz-Ruppin, Versicherungsscheine der Deutschen Versicherungs-AG (Allianz), Lohnsteuernachweise 1992 bis 1998 bezüglich des Klägers, Jahresabschlüsse 1993 bis 1998). Die Akten haben vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig (§§ 151 Abs. 1, 143 Sozialgerichtsgesetz - SGG -); insbesondere bedurfte sie nicht der besonderen Zulassung gemäß § 144 Abs. 1 SGG.

Die Berufung ist begründet. Der Kläger hat weder Anspruch auf Arbeitslosengeld ab 18. Juli 1998 noch für die Zeiten vom 02. Juni 1994 bis 30. November 1994 und 01. Juli 1995 bis 22. August 1995. Soweit er für diese Zeiten Alg bezogen hat, ist er zu Recht von der Beklagten verpflichtet worden, dieses zu erstatten. Die angefochtenen Verwaltungsentscheidungen der Beklagten (Bescheide vom 14. Oktober 1998 und 16. März 1999 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 29. April 1999 und 16. Juni 1999) sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten.

1. Dem Kläger steht kein Alg ab 18. Juli 1998 zu.

Nach § 117 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) ist der Anspruch auf Alg u.a. davon abhängig, dass der Arbeitslose die Anwartschaftszeit erfüllt hat. Nach § 113 Satz 1 SGB III hat die Anwartschaftszeit erfüllt, wer in der Rahmenfrist u.a. mindestens 12 Monate in einem Versicherungsverhältnis gestanden hat. Die Rahmenfrist beträgt 3 Jahre und beginnt mit dem Tag der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg; § 124 Abs. 1 SGB III. Die Anwartschaftszeit für den ab 18. Juli 1998 geltend gemachten Anspruch auf Alg hätte der Kläger daher nur, wenn er in der Zeit vom 18. Juli 1995 bis zum 17. Juli 1998 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat. Dass die vom Kläger in dem vorgenannten Zeitraum ausgeübte Tätigkeit als Küchenleiter im Unternehmen seiner Ehefrau versicherungspflichtig im Sinne des § 25 Abs. 1 SGB III war, ist zu verneinen.

Nach § 25 Abs. 1 SGB III sind versicherungspflichtig Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt (versicherungspflichtige Beschäftigung) sind. Danach setzt die Versicherungspflicht voraus, dass die Person gegen Arbeitsentgelt beschäftigt ist. Der Begriff der Beschäftigung ist vor allem gekennzeichnet durch persönliche Abhängigkeit, die sich in der Verfügungsbefugnis des Arbeitgebers und der Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers auswirkt (vgl. BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 6). Ob eine abhängige Beschäftigung vorliegt, richtet sich nach den Grundsätzen, die Lehre und Rechtsprechung zum Begriff des entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses in der Sozialversicherung entwickelt haben (vgl. BSG, SozR 3-4100 § 104 Nr. 8 m.w.N.). Arbeitnehmer ist hiernach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Persönliche Abhängigkeit fordert 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; 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 bezeichnet zu sein pflegt (BSG, SozR 3-4100 § 104 Nr. 8 m.w.N.).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht. 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 (BSGE 34, 207, 210; BSGE 66, 168, 171 = SozR 3-2400 § 7 Nr. 1). Die Grenzen zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung in 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 in den Betrieb, die vertragliche Regelung 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 (BSG, SozR 2200 § 165 Nr. 8 m.w.N.). Nach den Einlassungen des Klägers, der Einvernahme der Zeuginnen und aller im Verfahren beigezogenen Dokumentationen ergibt sich, dass der Kläger nicht mindestens 12 Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat.

Indiz für die Selbständigkeit ist neben der freien Gestaltung der Tätigkeit im übertragenen Aufgabenbereich vorrangig die Stellung des Klägers als Pächter nach dem Pachtvertrag (PV) vom 17. Januar 1992. Der Kläger und seine Ehefrau haben sich darin (§ 1 Nr. 1 PV) verpflichtet, eine Schulküche zu betreiben sowie die gastronomische Versorgung der Schüler sicherzustellen. Nach § 7 Nr. 2 PV ist der Pächter eigenverantwortlich für die Betreibung des Wirtschaftsbetriebes, worunter sämtliche dafür notwendige Geschäfte und die Einholung von Genehmigungen fallen. Schon die Mitpächtereigenschaft an sich mit allen sich hieraus ergebenden Verpflichtungen und Risiken hinsichtlich des gemeinsamen Kantinenbetriebes ist mit einem Arbeitnehmerstatus unvereinbar, zumal die Pächter vorhandenes Personal übernahmen (§ 12 Nr. 7 PV) und der Kläger und seine Ehefrau nach § 613 a BGB damit Arbeitgeber des vorhandenen Personals wurden. Darüber hinaus ist der Kläger nach § 12 Nr. 9 PV zugleich die Verpflichtung eines Darlehensvertrages über 35.830 DM eingegangen. Im Rahmen dessen hat er weiter die Verpflichtung übernommen, die Zinsen und die Tilgung für anzuschaffende Geräte zu begleichen. Auch dies ist nicht arbeitnehmertypisch. Das allgemeine Pachtrisiko wurde zudem noch dadurch verstärkt, dass nach § 9 Nr. 3 PV der Kläger sich neben seiner Ehefrau dazu verpflichtet hatte, die Schulkantine in eigener Person und für eigene Rechnung zu betreiben. Den Eheleuten war es danach gemeinsam verwehrt, diese unterverpachten oder untervermieten zu können ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Verpächters. Zudem war nach § 5 Nr. 1 PV eine Kündigung des Pachtverhältnisses frühestens zum 30. Juni 2002 vorgesehen, so dass die Eheleute bei Vertragsschluss (01. März 1992) davon ausgehen mussten, dass die Kantine mindestens für 10 Jahre betrieben würde. Damit war vertraglich eine persönliche Verantwortlichkeit für die Betriebsführung der Schulkantine festgeschrieben worden, mit der zwingend ein hohes Eigeninteresse auch des Klägers an der Funktion des Betriebes und seines organisatorischen Ablaufes einherging. Dass diese auch den Kläger verpflichtende Stellung auch nach außen hin deutlich in Anspruch genommen wurde, zeigt darüber hinaus der Firmenstempel, der auf den Arbeitsbescheinigungen nach § 133 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) wiederholt verwendet worden ist. Er weist als Inhaber ausdrücklich "E.+M. R." aus. Dass die Gewerbeanmeldung bzw. auch Gaststättenerlaubnis lediglich auf den Namen der Ehefrau lautete, erklärt sich aus den dadurch ausreichend erfüllten gewerberechtlichen bzw. gaststättenrechtlichen Voraussetzungen.

Der Kläger und seine Ehefrau haben die Schulkantine arbeitsteilig betrieben. Der Kläger war nach eigenen Angaben und nach Aussagen der Zeuginnen E. R., I. F., I. M., M. Sch. und A. K. für den Küchenbetrieb im Wesentlichen allein zuständig. Er gestaltete in diesem Rahmen seinen eigenen Arbeitsablauf und den Arbeitsablauf hinsichtlich der weiteren in diesem Bereich tätigen Zeugen. Seine Ehefrau hingegen nahm im Wesentlichen die finanziellen Angelegenheiten hinsichtlich des Schulkantinenbetriebes wahr. Der Kläger wies die Küchenbediensteten an, z.B. welches Gemüse sie zuzubereiten hatten, welche Reinigungsarbeiten zu verrichten waren oder andere Dienste ausgeübt werden mussten. Er besprach mit seiner Ehefrau den Speiseplan, die Fleischbestellung und sonstige Bestellungen von Esswaren. Dies spricht im Ergebnis dafür, dass der Kläger und seine Ehefrau die Schulkantine gemeinsam betrieben haben.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Aussagen der Zeuginnen I. F., I. M. und M. Sch. Soweit alle 3 Zeuginnen übereinstimmend erklärt haben, sie haben die Ehefrau des Klägers als "Chefin" angesehen, so kann sich dies in ihrer Funktion für die finanziellen Angelegenheiten erklären. Das unternehmerische Risiko aufgrund des Pachtvertrages können die Erklärungen der Zeuginnen die Stellung des Klägers als Selbständigen nicht entkräften. Der Kläger hat darüber hinaus auch wenigstens in zwei Fällen gegenüber den Zeuginnen Sch. und K. arbeitgebertypische Handlungen vorgenommen. Der Arbeitsvertrag der Zeugin Sch. sah die Bezeichnung als "Arbeitgeber" u.a. "Centralküche" "E.+M. R." durch Stempelaufdruck vor. Dies verdeutlicht, dass der Kläger neben seiner Ehefrau dieser Zeugin gegenüber auch als Arbeitgeber auftreten wollte. Eine weitere arbeitgebertypische Handlung hat der Kläger durch die Kündigung der Zeugin K. vorgenommen. Die Kündigung sieht als Absender u.a. "Centralküche N." und "Firma R." vor und trug die Unterschrift des Klägers. Die Einlassung der Ehefrau des Klägers in diesem Zusammenhang, sie habe aus emotionalen Gründen selbst die Kündigung gegenüber dieser Zeugin nicht aussprechen können und insoweit ihren Ehemann nur beauftragt, erscheint nicht glaubhaft.

Der Senat kann die Aussagen der Zeuginnen vorliegend verwerten. Eine Verwertung scheidet hier nicht an dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Nach § 106 Abs. 3 Nrn. 4, 7 SGG kann wegen § 155 Abs. 4 SGG der Berichterstatter Zeugen vernehmen und Termine anberaumen, das persönliche Erscheinen der Beteiligten anordnen und den Sachverhalt mit diesen erörtern. Insoweit stellt § 106 SGG gerade eine Ausnahme von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dar (vgl. Meyer-Ladewig, SGG, 7. Auflage, zu § 117 Rdnr. 3).

Nach dem Ergebnis der Gesamtwürdigung ist daher das Sozialgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger eine fremdbestimmte Arbeit geleistet hat. Er hat neben seiner Ehefrau den Kantinenbetrieb geführt.

2. Die Beklagte hat weiter zutreffend für die Zeiten vom 02. Juni 1994 bis 30. November 1994 und 01. Juli 1995 bis 11. August 1995 die Bewilligung bzw. Wiederbewilligung von Alg durch Bescheid vom 16. März 1999 von Anfang an zurückgenommen.

§ 45 Abs. 1 SGB X bestimmt: Soweit ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), rechtswidrig ist, darf er, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, nur unter den Einschränkungen der Abs. 2 bis 4 ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Abs. 2 der Vorschrift regelt, dass ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt nicht zurückgenommen werden darf, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte erbrachte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, soweit u. a. nach § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X der Verwaltungsakt auf Angaben beruht, die der Begünstigte vorsätzlich oder grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig gemacht hat.

§ 45 SGB X kommt vorliegend zur Anwendung, weil die Bewilligung von Alg von Anfang an rechtswidrig im Sinne der Vorschrift war. § 330 Abs. 2 SGB III verpflichtet die Beklagte die Rücknahme mit Wirkung für die Vergangenheit vorzunehmen.

Der Anspruch auf Alg für die zuvor angegebenen Zeiten folgte seinerzeit aus § 100 Abs. 1 AFG. Danach war der Anspruch auf Alg u.a. 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 (§ 140 Abs. 1 Satz 1 AFG). Die Rahmenfrist beträgt auch danach 3 Jahre (§ 104 Abs. 3 AFG) und geht ebenfalls dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den

Anspruch auf Alg erfüllt sind (§ 104 Abs. 2 AFG). Die Anwartschaftszeit für die erstmalige Gewährung von Alg hätte der Kläger nur erfüllt, wenn er in der Zeit vom 02. Juni 1991 bis 01. Juni 1994 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden hätte. Dies ist vorliegend nicht anders zu beurteilen, als für die Zeit ab 18. Juli 1998. Die zuvor dargelegten Grundsätze der Rechtsprechung und Lehre eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses sind im Wesentlichen zu § 168 AFG ergangen und deswegen anzuwenden. Im Ergebnis kann auch vorliegend offen bleiben, ob der Kläger innerhalb der Rahmenfrist (02. Juni 1991 bis 01. Juni 1994) in der Zeit vom 02. Juni 1991 bis 28. Februar 1992 als Fleischer in einem mobilen Verkaufswagen als abhängig Beschäftigter tätig geworden ist. Jedenfalls erfasst dieser Zeitraum von ca. 9 Monaten nicht den gesetzlich vorgeschriebenen zeitlichen Umfang von 360 Tagen und führt auch deswegen nicht zu Begründung einer innerhalb der Rahmenfrist im erforderlichen Zeitraum von 360 Tagen zu erfüllenden abhängigen Beschäftigung.

Der Kläger kann sich auch nicht auf Vertrauensschutz im Sinne des § 45 Abs. 2 SGB X berufen, da die Bewilligung bzw. Wiederbewilligung von Alg auf Angaben beruht, die der Kläger mindestens grob fahrlässig in wesentlicher Beziehung unrichtig gemacht hat (§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X). Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Begünstigte die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat (§ 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 2. Halbsatz SGB X). Grobe Fahrlässigkeit setzt also eine Sorgfaltspflichtverletzung ungewöhnlich hohen Ausmaßes, d. h. eine besonders grobe und auch subjektiv unentschuldbare Pflichtverletzung voraus, die das gewöhnliche Maß der Fahrlässigkeit erheblich übersteigt. Anzulegen ist bei der Prüfung des Vorliegens der groben Fahrlässigkeit nicht ein objektiver, sondern ein subjektiver Sorgfaltsmaßstab (vgl. BSG, Urteil vom 24. April 1997 – 11 RAr 89/96 m.w.N. in Arbeit und Beruf – AuB 1997, 282). Der in Verhältnis zu seiner Ehefrau gut 10 Jahre ältere Kläger ist in Anwesenheit seiner Ehefrau im Termin am 25. Juni 2002 gehört worden. U.a. hiernach hat der Senat folgende Überzeugung gewonnen: Die Angabe des Klägers, wer Pächter der Schulkantine gewesen ist, hat er in den Feststellungsbögen zur versicherungspflichtigen Beurteilung von Beschäftigungen beim Ehegatten für die hier geltend gemachten Zeiträume mindestens grob fahrlässig nicht wahrheitsgemäß gemacht: Nicht allein seine Ehefrau ist Pächterin der Schulkantine gewesen, sondern er zusammen mit ihr (s.o.). Dies begründet ein mindestens grob fahrlässiges Verhalten des Klägers.

Die Beklagte hat auch die bei einer rückwirkenden Rücknahme nach § 45 Abs. 4 SGB X zu beachtende Jahresfrist eingehalten. Nach § 45 Abs. 4 Satz 1 SGB X wird nur in den Fällen des § 45 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 Satz 2 SGB X der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen. Die Behörde muss dies innerhalb eines Jahres seit Kenntnis der Tatsachen tun, welche die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes für die Vergangenheit rechtfertigen (§ 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X).

Die Kenntnis im Sinne von § 45 Abs. 4 SGB X hat sich sowohl auf diejenigen Tatsachen zu erstrecken, aus dem sie die Rechtswidrigkeit des begünstigenden Verwaltungsaktes ergibt (hier die Rechtswidrigkeit der Bewilligung von Alg), als auch auf diejenigen Tatsachen, welche in § 45 Abs. 2 Satz 3 oder Abs. 3 Satz 2 SGB X vorausgesetzt werden, z.B. die Bösgläubigkeit des Betroffenen (vgl. BSG SozR 3-1300 § 45 Rdnrn. 24 und 27 m.w.N.). Der Anwendungsbereich des § 45 Abs. 4 Satz 2 SGB X ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen die Behörde bei Erlass des begünstigenden Verwaltungsaktes von einem falschen, d.h. unrichtig oder unvollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist und dies nachträglich aufgrund neuer Tatsachen erkennt. Das Bundessozialgericht (a.a.O.) wendet sogar die Vorschrift auf Sachverhalte an, bei denen eine fehlerhafte Rechtsanwendung bei vollständig und richtig ermittelten Tatsachen vorliegt. Der Senat folgt dieser überzeugenden Rechtsprechung des BSG und gelangt deswegen vorliegend zur Bejahung der Jahresfrist von § 45 Abs. 4 SGB X.

Die Anwendung von § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB X – Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakt innerhalb von zwei Jahren nach seiner Bekanntgabe – kommt hier wegen § 45 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 SGB X nicht in Betracht; vorliegend sind nämlich die Voraussetzungen von § 45 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X bejaht worden (s.o.). Die danach zu beachtende 10-Jahres-Frist ist für die beiden zurückgenommenen Leistungszeiträume noch nicht abgelaufen. Der Kläger bezog Alg vom 02. Juni 1994 bis 30. November 1994 aufgrund Alg-Bewilligungsbescheid vom 22. August 1994 und vom 01. Juli 1995 bis 22. August 1995 aufgrund Alg-Wiederbewilligungsbescheid vom 04. August 1995. Die Rücknahmen hierzu erfolgten durch Bescheid vom 16. März 1999.

Schließlich ist der Erstattungsbetrag von der Beklagten rechnerisch richtig ermittelt worden. Der Kläger hat in den zuvor genannten Zeiten 7.628,40 DM bzw. 2.403 DM an Alg gewährt erhalten, die er nach § 50 Abs. 1 Satz 1 SGB X zu erstatten hat.

Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten folgt aus § 193 Abs. 1 SGG.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG nicht vorgelegen haben. Urteil: