

## L 18 AL 117/15

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
18

1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 120 AL 3592/12

Datum  
28.04.2015  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 18 AL 117/15

Datum  
27.04.2016  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 28. April 2015 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Zahlung von Arbeitslosengeld (Alg) für einzelne Zeiträume zwischen dem 25. Oktober 2011 und dem 29. September 2013 wegen Unterbrechungen seiner Tätigkeit beim Rundfunk (r).

Der 1970 geborene Kläger ist seit April 2002 beim r als Kameramann tätig, und zwar jedenfalls seit 2007 monatlich in unterschiedlichem Umfang. Nach der "Dienstanweisung für den Einsatz freier Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beim r vom 15. Oktober 2008" sollten freie Mitarbeiter auf der Grundlage von Einzelabreden beschäftigt werden und nicht verpflichtet sein, angebotene Aufträge anzunehmen oder die Arbeitskraft in einem bestimmten Umfang dem r zur Verfügung zu stellen (§ 1). Auf den weiteren Inhalt der Dienstanweisung (Bl. 17 GA) wird verwiesen.

Am 18. Oktober 2011 meldete sich der Kläger persönlich für die Tage, an denen eine Beschäftigung beim r nicht stattfand, arbeitslos. Der r teilte der Beklagten mit der Arbeitsbescheinigung vom 6. Dezember 2011 mit, der Kläger sei in freier Mitarbeit auf Honorarbasis beschäftigt, seine durchschnittliche regelmäßige Arbeitszeit habe 8,0 h/Tag betragen, und Beiträge zur Sozialversicherung seien abgeführt worden. Aus der Auflistung der SV-Zeiträume und -beträge, mit denen zugleich die Tätigkeitszeiträume seit Mai 2007 angegeben wurden, die jedenfalls seit Oktober 2010 stets nur durch wenige Tage unterbrochen waren, die keinen vollen zusammenhängenden Monat erreichten, ergibt sich, dass der Kläger im Oktober 2010 ein sozialversicherungspflichtiges Bruttoarbeitsentgelt in Höhe von 2.581,- EUR, im November 2010 von 3.947,10 EUR, im Dezember von 1.392 EUR, im Januar 2011 1.885,- EUR, im Februar 2011 von 1.624,- EUR, im März 2011 von 2.320,- EUR, im April 2011 von 2.624,50 EUR, im Mai 2011 von 2.784,- EUR, im Juni 2011 von 2.366,95 EUR, im Juli 2011 von 3.048,45 EUR, im August 2011 von 3.528,19 EUR, im September 2011 von 3.145,53 EUR und im Oktober 2011 von 3.083,06 EUR bezog.

Seinen Antrag, ihm Alg zu zahlen, lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 8. März 2012 ab mit der Begründung, der Kläger stehe in einem Dauerbeschäftigungsverhältnis beim r und sei damit nicht arbeitslos. Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies sie mit Widerspruchsbescheid vom 8. Mai 2012 zurück. Der Kläger sei häufig und ohne größere Unterbrechungen zur Arbeitsleistung beim r herangezogen worden, so dass ein Dauerbeschäftigungsverhältnis vorliege.

Mit seiner Klage vor dem Sozialgericht Berlin (SG) hat der Kläger geltend gemacht, weder ein Arbeitsvertrag noch eine Honorarvereinbarung seien geschlossen worden. Das Auftragsvolumen sei abhängig von der Saison und dem Programmbedarf des r. Es stehe ihm frei, kurzfristige Angebote abzulehnen. Auch bundesweite Einsätze seien möglich.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 28. April 2015 abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe keinen Anspruch auf Alg im streitigen Zeitraum, da er nicht arbeitslos gewesen sei, sondern durchgehend in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis beim r und daher nicht der Arbeitsvermittlung zur Verfügung gestanden habe. Von unter sechswöchigen Elternzeiten im Jahr 2012 abgesehen, hätten die Unterbrechungen keinen Monat überschritten. Zugunsten des Klägers würden auch tarifvertragliche Regelungen, wie zB Regelungen über Urlaubsentgelt, gelten. Nach Gesamtwürdigung aller Umstände sei für den gegenständlichen Zeitraum von einem Dauerbeschäftigungsverhältnis auszugehen.

Mit seiner Berufung macht der Kläger Beschäftigungslosigkeit zwischen den jeweiligen Einsatztagen beim r im Zeitraum zwischen dem 25.

Oktober 2011 und 29. September 2013 geltend. Ein Dauerarbeitsverhältnis bestehe nicht. Ein solches ergebe sich auch nicht daraus, dass er Urlaubs- und Krankengeld bzw. Krankengeldzuschuss halten habe. Er sei zwischen den konkret aufgenommenen Einzelarbeitsverhältnissen arbeitslos und für die Arbeitsvermittlung verfügbar gewesen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 28. April 2015 und den Bescheid der Beklagten vom 8. März 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. Mai 2012 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm ab 25. Oktober 2011 bis 29. September 2013 Arbeitslosengeld für die auf Blatt 6 bis 8 des angefochtenen Urteils konkret bezeichneten Einzelzeiträume zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ergänzt, der Kläger sei als arbeitnehmerähnliche Person iSd Tarifvertrages für arbeitnehmerähnliche Personen des r beschäftigt gewesen. Das Beschäftigungsverhältnis sei weder beendet noch unterbrochen worden, sondern habe über den 18. Oktober 2011 hinaus unverändert fortbestanden, so dass der Kläger zwischen den einzelnen Einsätzen nicht arbeitslos gewesen sei.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf deren vorbereitende Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Die Gerichtsakte und die Verwaltungsakten der Beklagten haben vorgelegen und sind, soweit erforderlich, Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Klägers, die vom SG zugelassen worden ist ([§ 144 Abs 3](#) Sozialgerichtsgesetz - SGG) und auch im Übrigen zulässig ist, hat keinen Erfolg. Sie ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Alg während der Tage seiner Arbeitsunterbrechungen zwischen dem 25. Oktober 2011 und dem 29. September 2013. Das die darauf gerichtete kombinierte Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Leistungsklage ([§ 54 Abs 1 und 4 SGG](#)) abweisende Urteil des SG ist nicht zu beanstanden. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 8. März 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 8. Mai 2012 ist rechtmäßig.

Gemäß [§ 117 Abs. 1 Nr. 1](#) iVm [§ 118 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitslosenversicherung - idF des Gesetzes vom 24. März 1997 [[BGBl. I S. 594](#)] - SGB III aF) hat bei Arbeitslosigkeit ein Arbeitnehmer nur dann Anspruch auf Alg, wenn er arbeitslos ist. Arbeitslos ist gemäß [§ 119 Abs. 1 SGB III](#) aF nur ein Arbeitnehmer, der nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit), sich bemüht, seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen) und den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (Verfügbarkeit). Beschäftigungslosigkeit im leistungsrechtlichen Sinne liegt vor ([§ 119 Abs 1 Nr 1 SGB III](#) aF), wenn der Betroffene - unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des Arbeitsrechts - in tatsächlicher Hinsicht ohne Beschäftigung ist (BSG, Urteil vom 11. März 2014 - [B 11 AL 5/13 R](#) - juris Rn 10 mwN). Der Kläger ist nicht beschäftigungslos, wenn und solange er eine Beschäftigung von 15 Stunden wöchentlich oder mehr ausübt ([§ 119 Abs 3 S 1 SGB III](#) aF). Dies ist hier der Fall.

Das BSG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Begriff der Beschäftigung nicht abschließend und allgemein bestimmt werden kann, weil er je nach Sinnzusammenhang, in dem er steht, unterschiedliche Bedeutung erlangen kann (BSG, Urteil vom 3. Dezember 1998 - [B 7 AL 108/97 R](#) - juris Rn 21). Leistungsrechtliche Beschäftigungslosigkeit tritt bereits dann ein, wenn die tatsächliche Beschäftigung beendet wird und es an dem Willen der Parteien des Beschäftigungsverhältnisses fehlt, dieses fortzusetzen (BSG, Urteil vom 11. März 2014, [aaO](#) Rn 11). Andererseits besteht ein Beschäftigungsverhältnis in Fällen weiter, in denen die tatsächliche Arbeitsleistung beendet oder unterbrochen ist, aber sowohl das Arbeitsverhältnis fortbesteht als auch beide Parteien den Willen haben, das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen (BSG, Urteil vom 11. März 2014, [aaO](#) Rn 12; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. Juni 2009 - [L 4 AL 180/07](#) - juris Rn 28). In einem solchen Fall liegt leistungsrechtlich keine Beschäftigungslosigkeit vor, weil die jeweiligen Arbeitnehmer in einem die Arbeitslosigkeit ausschließenden sogenannten Dauerbeschäftigungsverhältnis stehen (BSG, Urteil vom 11. März 2014, [aaO](#) Rn 12 mwN). So liegt es hier.

Der Kläger stand auch an den Tagen, für die mit seinem Arbeitgeber keine Einsätze vereinbart waren, in einem mehr als kurzzeitigen Beschäftigungsverhältnis in rechtlichem Sinne. Die Zuordnung einer Tätigkeit - wie diejenige, die der Kläger im gegenständlichen Zeitraum ausübte - zur Beschäftigung oder aber als selbstständige Tätigkeit setzt voraus, dass nach deren Gesamtbild alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar sind, dh den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil vom 11. März 2014, [aaO](#) Rn 14, sowie Urteil vom 30. Oktober 2013 - [B 12 KR 17/11 R](#) - juris Rn 23). Nach diesen Maßstäben hat das SG zutreffend unter Berücksichtigung sämtlicher vorliegend aus den Akten ersichtlicher bzw ermittelter Umstände das Bestehen eines leistungsrechtlichen Dauerbeschäftigungsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem rbb im streitgegenständlichen Zeitraum bejaht. Dies steht in Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hinsichtlich der nicht programmgestaltenden, aber rundfunk- und fernsehtypischen Mitarbeit an Sendungen, sich diese in der Regel nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchführen lassen (vgl. BAG, Urteil vom 22. April 1998 - [5 AZR 92/97](#) - juris Rn 24 mwN). Diese Mitarbeiter sind - wie der Kläger - weitgehend weisungsgebunden; sie können nicht im Wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten. Kameraleute gehören - wie Kameraassistenten im zitierten Fall des BAG - zum betriebstechnischen Personal des r, nicht dagegen zu den programmgestaltenden Mitarbeitern. Sie sind fest in die Arbeitsorganisation des Senders eingebunden und haben die Weisungen etwa von Redakteuren und Regisseuren zu befolgen (vgl BAG [aaO](#) Rn 26).

Dass hier schriftliche Vereinbarungen zwischen dem Kläger und seinem Arbeitgeber über das Bestehen eines Dauerrechtsverhältnisses nicht vorliegen, kann für die Typisierung letztlich dahinstehen. Denn selbst bei anfänglicher beidseitiger Unverbindlichkeit kann ein Dauerarbeitsverhältnis entstehen (vgl. BSG, Urteil vom 3. Dezember 1998, [aaO](#) Rn 26). Insofern ist vorliegend nach dem Gesamtverhalten der Vertragsparteien darauf zu schließen, dass sich der Kläger und sein Arbeitgeber zumindest im streitgegenständlichen Zeitraum seit Oktober 2011 bis Ende September 2013 über die jeweils für konkrete Einsätze verabredeten Dienste als Kameramann hinaus auf

unbestimmte Zeit gebunden haben (vgl BSG, Urteil vom 3. Dezember 1998, [aaO](#) Rn 25). Hierauf lassen übereinstimmend die Aufstellungen betreffend die Bruttoarbeitsentgelte sowie die vom Kläger markierten Kalenderdaten und die zur Gerichtsakte (Bl. 37 f) gereichten elektronischen Vermerke der Beklagten schließen, aus denen sich ergibt, dass der Kläger jedenfalls seit 2009, maßgebend im hier gegenständlichen Zeitraum ab Oktober 2011, regelmäßig, nämlich jeden Monat an mehreren aufeinanderfolgenden Tagen, für den r tätig war und sonstige selbstständige Tätigkeiten als Kameramann hingegen seiner Einlassung zufolge nur in sehr geringfügigem Umfang - jeweils maximal fünf Tage in den Jahren 2011 bis 2013 - übernommen hatte. Insofern hat auch das BAG wiederholt zu Mitarbeitern von Rundfunk- und Fernsehanstalten entschieden, dass ein Dauerarbeitsverhältnis auch dann vorliegen kann, wenn die einzelnen Einsätze jeweils vorher verabredet werden, und zwar selbst dann, wenn dem Arbeitnehmer das Recht eingeräumt wird, Einsätze abzulehnen, zumindest, wenn der Arbeitgeber auf diese Weise keinen Spitzen- oder Saisonbedarf, sondern wie auch offensichtlich hier einen Dauerbedarf an Arbeitskräften abdeckt, er also auf Dauer mehr Arbeitnehmer benötigt, als er unbefristet eingestellt hat und der einzelne Arbeitnehmer häufig und ohne größere Unterbrechungen herangezogen wird und von seinem Ablehnungsrecht regelmäßig keinen Gebrauch macht, also darauf vertraut, auch in Zukunft herangezogen zu werden (vgl BAG, Urteil vom 22. April 1998 - [5 AZR 92/97](#) - aaO Rn 35). Ein solches Dauerarbeitsverhältnis könne auch entstehen bei Einsätzen jeweils aufgrund vorhergehender telefonischer Anfragen des Arbeitgebers (BAG aaO). Dies war hier der Fall. Dementsprechend wurde auch auf den Kläger der Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen des Rundfunk in der Fassung vom 29. März 2010/8. April 2010, der rückwirkend zum 1. Januar 2008 in Kraft getreten ist, einvernehmlich auf den Kläger angewandt, der nach seiner Ziffer 1.1 für arbeitnehmerähnliche Personen, also Mitarbeiter unabhängig von der Rechtsform des Vertrages gilt, die bei der Herstellung von Produktionen des Hörfunks oder Fernsehens persönlich und für datumsmäßig bestimmte oder durch Produktionsdauer begrenzte Zeit mitwirken. Das arbeitnehmerähnliche Rechtsverhältnis mit dem r beginnt hiernach mit dem Eintritt der hier gegebenen Voraussetzungen (TZ 2 und 3), ohne dass es einer ausdrücklichen Erklärung oder Feststellung bedarf (Ziffer 6.1). Will der r die Zusammenarbeit mit einem Mitarbeiter, der, wie der Kläger, an mindestens 72 Tagen im Laufe eines Kalenderjahres bzw an mindestens zwei Tagen im Kalenderdritteljahr für den r tätig war, nicht fortsetzen, so ist dies innerhalb einer Frist von mindestens einem Kalendermonat vor Beendigung der Zusammenarbeit anzukündigen. Diese Frist verlängert sich auf bis zu 12 Kalendermonate nach mindestens 20 aufeinander folgenden Kalenderjahren in vorstehendem Sinn. Wie bei Arbeitnehmern besteht Anspruch auf Urlaubsgeld für 42 Kalendertage im Urlaubsjahr (=Kalenderjahr) (Ziffer 7.1), wobei die Urlaubszeiten der Personalabteilung schriftlich mitzuteilen und bis zum 30. April des Folgejahres in Anspruch zu nehmen sind (Ziffer 7.4). Ferner besteht Anspruch auf Zahlung im Krankheitsfall (Ziffer 8.1). Nach Ziffer 4.2 obliegt den Mitarbeitern eine Verschwiegenheitsverpflichtung auch über die Dauer der jeweiligen Tätigkeit hinaus. Kinderbetreuungszeiten, wie sie auch der Kläger wahrgenommen hat, sind im Voraus schriftlich anzuzeigen (Ziffer 6.3). Schon die Anwendung dieser tariflichen Regelung indiziert das Vorliegen von Beschäftigung iSd [§ 7 Abs 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch - Gemeinsame Vorschriften (SGB IV) -, so dass die Dienstanweisung des r vom 15. Oktober 2008, auf die der Kläger Bezug nimmt, für die Typisierung des Arbeitsverhältnisses als Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit nicht relevant ist (vgl BSG, Urteil vom 11. März 2014, [aaO](#) Rn 16). Obgleich in der genannten tarifvertraglichen Regelung nur von "arbeitnehmerähnlichen" Personen die Rede ist, so entspricht die tatsächliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung zwischen dem Kläger und dem r der eines Arbeitnehmers, nicht hingegen der eines Selbständigen (vgl auch BSG, Urteil vom 11. März 2014, [aaO](#) Rn 16). Insofern geht der Senat davon aus, dass auch das Weisungs- und Direktionsrecht des r dem Kläger gegenüber derart umfassend war, dass von ihm, auch ohne dazu explizit schriftlich verpflichtet worden zu sein, faktisch erwartet und dies vom Kläger auch tatsächlich so gehandhabt wurde, dass er sich außerhalb seines Urlaubs auch an Nicht-Einsatztagen für seinen Arbeitgeber zur Verfügung hielt. Anders wäre die vom Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem SG bekundete Praxis seines Arbeitgebers, in einer erheblichen Zahl der Fälle (ein Drittel bis hälftig) seine Einsätze sehr kurzfristig, also unterhalb von zwei Wochen wohl innerhalb von Stunden oder Tagen anzufordern, von vornherein nicht denkbar, zumal der Kläger solcherart Anfragen offenbar tatsächlich auch nie abgelehnt hat, also darauf vertraut haben muss, kurzfristig wieder angefordert zu werden.

Alle diese Umstände belegen darüber hinaus, dass hier keine nur auf wenige Tage gerichteten Einzelarbeitsverhältnisse vereinbart wurden, sondern ein Dauerrechtsverhältnis begründet worden ist, mithin selbst vormals als "freie Mitarbeiter" bezeichnete Personen tatsächlich umfassend in den Betrieb des r eingegliedert und auch sozial abgesichert wurden, ohne dass jeweils befristete Arbeitsverhältnisse vorgelegen hätten. Wie sich insofern auch aus der Arbeitsbescheinigung des r vom 6. Dezember 2011 ergibt, war mit dem Kläger eine regelmäßige Arbeitszeit von 8 Stunden am Tag vereinbart worden bei -so die tarifliche und tatsächlich praktizierte Regelung - einem Urlaubsanspruch des Klägers von sechs Wochen im Kalenderjahr, was ebenfalls auf ein auf Dauer angelegtes Arbeitnehmerverhältnis schließen lässt. Schlussendlich sprechen auch die vom Arbeitgeber mitgeteilten Bruttogehälter für eine Dauerbeschäftigung, die dem im Bundesgebiet durchschnittlichen Monatseinkommen eines Kameramanns (2015 zwischen 1.939,- - 3.397,- EUR; vgl <http://www.gehalt.de/einkommen/suche/Kameramann-Kamerafrau>) entsprochen haben dürften. Wie sich insofern aus [§ 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV](#) ergibt, gilt eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt als fortbestehend, solange das Beschäftigungsverhältnis - wie im Falle des Klägers - ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht länger als einen Monat unterbrochen wird. Bei dieser Sachlage ist zur Überzeugung des Senats davon auszugehen, dass beide Parteien jedenfalls im gegenständlichen Zeitraum den Willen hatten, das als ein solches zu würdigende Beschäftigungsverhältnis auch nach - stets nur kurzfristigen, weniger als einen Monat dauernden - Arbeitsunterbrechungen fortzusetzen, mithin leistungsrechtlich durchgehend - also auch an den Tagen, an denen keine Einsätze des Klägers für den r vereinbart waren - Beschäftigungslosigkeit nicht gegeben war.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Gründe für eine Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 oder 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2016-07-15