

S 60 AL 2384/06-6

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
SG Berlin (BRB)
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
60
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 60 AL 2384/06-6
Datum
22.02.2007
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Klage wird abgewiesen. Kosten haben die Beteiligten einander nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Aufhebung der Arbeitslosengeldbewilligung für die Zeit vom 5. Dezember 2005 bis 28. Dezember 2005 und die Erstattung der Leistung in Höhe von 599,38 EUR wegen Wegfalls der Arbeitslosigkeit durch die Teilnahme als Orchestermusiker an einer Gastspielreise und hierbei um das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung von mindestens 15 Wochenstunden.

Der am 14. September 1947 geborene Kläger bezog nach einer befristeten Beschäftigung vom 9. Juni 2004 bis 8. Juni 2005 als Cellist in einem Sinfonieorchester ab 9. Juni 2005 Arbeitslosengeld in Höhe von täglich 26,06 EUR (Bescheid vom 16. Juni 2005). Am 24. November 2005 erklärte der Kläger gegenüber der Beklagten, Arbeitslosengeld unter den erleichterten Voraussetzungen des § 428 Sozialgesetzbuch / Arbeitsförderung – SGB III – in Anspruch nehmen zu wollen und teilte gleichzeitig seinen beabsichtigten auswärtigen Aufenthalt vom 8. Dezember 2005 bis 28. Dezember 2005 mit. Die schriftliche Einverständniserklärung über die Inanspruchnahme des Arbeitslosengeldes unter den erleichterten Voraussetzungen trägt das Datum vom 1. Dezember 2005.

Am 25. Februar 2006 erhielt die Beklagte durch einen Datenabgleich davon Kenntnis, dass der Kläger für die Zeit vom 5. Dezember 2005 bis 28. Dezember 2005 als sozialversicherungspflichtig Beschäftigter von einem Orchesterverein bei der Einzugsstelle für Sozialversicherungsbeiträge angemeldet worden war. In der angeforderten Arbeitsbescheinigung gab der Orchesterverein eine befristete Beschäftigung des Klägers vom 5. Dezember 2005 bis 28. Dezember 2005 als Aushilfsmusiker – Cello bei einem Bruttoarbeitsentgelt von insgesamt 375,- EUR an. Der Kläger war als Aushilfsmusiker für eine Gastspielreise des Orchesters nach China mit wechselnden Auftrittsorten verpflichtet worden. Die Abreise erfolgte am 12. Dezember 2005 und die Rückreise am 28. Dezember 2005. Nach der schriftlichen Aushilfsvereinbarung vom 1. Dezember 2005 richtete sich die Vergütung nach Honorarsätzen für Zusatzmusiker, wobei ausdrücklich durch diese Honorarvereinbarung kein Arbeitsverhältnis begründet werden sollte. Die Vergütung unterlag nach der Honorarvereinbarung grundsätzlich der Sozialversicherungspflicht für Nichtselbständige. Nach Anhörung hob die Beklagte mit Bescheid vom 26. April 2006 die Arbeitslosengeldbewilligung für die Zeit vom 5. Dezember 2005 bis 28. Dezember 2005 wegen Wegfalls der Arbeitslosigkeit auf und forderte Erstattung in Höhe von 599,38 EUR. Den Widerspruch des Klägers wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 26. Juni 2006 zurück.

Mit der am 14. Juli 2006 eingegangenen Klage wendet sich der Kläger weiter gegen die Aufhebung der Arbeitslosengeldbewilligung und die Erstattungsforderung. Er trägt vor, seine Ortsabwesenheit habe er am 24. November 2005 angezeigt, so dass diese nach den Regeln der Gewährung des Arbeitslosengeldes unter den erleichterten Voraussetzungen des [§ 428 SGB III](#) unschädlich sei. Am 5. Dezember 2005 habe er an einer dreistündigen Probe für die Gastspielreise teilgenommen. Während der Gastspielreise sei die Zeit mit den Fahrten zu den Auftrittsorten und dem Spielen dort geprägt worden. Ein Konzert habe zusammen mit dem Einspielen ca. 1 ½ Stunden in Anspruch genommen. Konzerte hätten jedoch nur am 13., 14., 16., 17., 20., 22., 24., 25., 26. und 27. Dezember 2005 stattgefunden. Es habe auch kultureller Kontakt mit den chinesischen Delegationen bestanden, auf deren Sonderwunsch hin am 24. Dezember 2005 Beethovens 5. Sinfonie gespielt worden sei. Im Proben- und Aufführungsplan seien sowohl die gemeinsamen Reisen als auch die Auftritte und die gemeinsamen Essen, zum Teil im Frack nach dem Konzert mit den chinesischen Delegationen, festgelegt worden. Die Kosten für die Fahrten und die Unterkunft seien von ihm nicht zu tragen gewesen. Es habe während der Gastspielreise viel Freizeit gegeben. So sei es für ihn wie eine touristische Fahrt gewesen, bei der er sich habe viele Sehenswürdigkeiten anschauen können. Die wöchentlichen Arbeitseinsätze hätten insgesamt unter 15 Stunden gelegen, wohl ca. 8 Stunden umfasst.

Der Kläger beantragt,

den Bescheid der Agentur für Arbeit Marzahn- Hellersdorf vom 26. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Agentur für Arbeit Berlin Mitte vom 26. Juni 2006 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hält die angefochtenen Bescheide aus den Gründen des Vorverfahrens für rechtmäßig. Nach ihrer Auffassung ist durch das abhängige Beschäftigungsverhältnis des Klägers vom 5. Dezember 2005 bis 28. Dezember 2005 die Arbeitslosigkeit entfallen. Insoweit liege keine selbständige Tätigkeit vor. Im Übrigen umfasse das Beschäftigungsverhältnis auf einer Gastspielreise wie der vorliegenden die gesamte Zeit, also auch die gemeinsamen Reisezeiten, soweit nicht ausdrücklich Freizeit gewährt worden sei. Dadurch sei eine wöchentliche Arbeitszeit von mindestens 15 Stunden erreicht worden.

Die den Kläger betreffende Leistungsakte der Beklagten - KdNr.: - hat der Kammer vorgelegen und ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Die frist- und formgerecht erhobene Klage ist zulässig, aber nicht begründet.

Der angefochtene Bescheid der Arbeitsagentur vom 26. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Juni 2006 ist rechtmäßig. Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Arbeitslosengeldbewilligung für die Zeit vom 5. Dezember 2005 bis 28. Dezember 2005 ist § 48 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Sozialgesetzbuch / Verwaltungsverfahren - SGB X - i.V.m. § 330 Abs. 3 Sozialgesetzbuch / Arbeitsförderung - SGB III -. Danach ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, um den es sich bei der Arbeitslosengeldbewilligung hier handelt, mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufzuheben, soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die bei seinem Erlass vorgelegen haben, eine wesentliche Änderung eintritt und soweit der Betroffene einer durch Rechtsvorschrift vorgeschriebenen Pflicht zur Mitteilung wesentlicher für ihn nachteiliger Änderungen der Verhältnisse vorsätzlich oder grob fahrlässig nicht nachgekommen ist.

Wesentliche Änderung in den bei Erlass des Bewilligungsbescheides vom 16. Juni 2005 maßgebenden Verhältnissen ist der Wegfall der Arbeitslosigkeit durch die Beschäftigung des Klägers als Aushilfsmusiker im Orchester auf der Gastspielreise in China mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von mindestens 15 Stunden.

Anspruch auf Arbeitslosengeld haben gemäß [§ 117 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) Arbeitnehmer nur, solange sie arbeitslos sind. Arbeitslos ist gemäß [§ 118 Abs. 1 SGB III](#) ein Arbeitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht (Beschäftigungslosigkeit) und eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung sucht (Beschäftigungssuche). Die Ausführung einer Beschäftigung schließt die Beschäftigungslosigkeit gemäß [§ 119 Abs. 3 Satz 1 SGB III](#) nicht aus, wenn die Arbeitszeit weniger als 15 Stunden wöchentlich umfasst. Mit Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch / Gemeinsame Vorschriften - SGB IV - die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis gemeint. Arbeitnehmer ist danach, wer von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist, bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb mithin derjenige, der in den Betrieb eingegliedert ist und einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, das Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsausführung umfasst. Demgegenüber wird die selbständige Tätigkeit durch das Unternehmerrisiko und durch das Recht und die Möglichkeit gekennzeichnet, über die eigene Arbeitskraft, über Arbeitsort und Arbeitszeit frei zu verfügen. Das richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, wobei die vertragliche Ausgestaltung zurücktritt, wenn die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend davon abweichen (vgl. U. d. BSG v. 30. Januar 1997 - 10 RAr 6/59). Die Darlegung in der Aushilfsvereinbarung, dass es sich um kein Arbeitsverhältnis handele, ist daher für sich allein nicht maßgeblich. Entscheidend für die Beurteilung von Orchestermusikern als abhängig Beschäftigte ist vielmehr, ob sie vertraglich verpflichtet sind, an festgelegten Proben teilzunehmen, ob sie eine im Voraus festgesetzte Gage bekommen, ob sie auf die Vertragsverhandlungen mit dem Veranstalter bzw. die Programmgestaltung und die Programmdurchführung einen Einfluss haben und inwieweit sie an der musikalisch-künstlerischen Gestaltung mitbeteiligt werden (vgl. BSG U. v. 4. April 1997 - 12 RK 37/39; U. d. Hessischen LSG v. 31. Januar 2002 - [L 14 KR 429/99](#)).

Hiernach stand der Kläger in einer abhängigen Beschäftigung im Zeitraum vom 5. Dezember 2005 bis 28. Dezember 2005, da er auf die Ausgestaltung seiner Tätigkeit während der Gastspielreise keinen Einfluss hatte, wie es bei einer selbständigen Tätigkeit erforderlich wäre. Er war bis ins Einzelne den Weisungen des Arbeitgebers unterworfen, wie ganz detailliert im Proben- und Aufführungsplan der Gastspielreise geregelt war. Er hatte weder einen Einfluss auf die Programmgestaltung und -durchführung, sondern musste an den festgelegten Proben und auch den gemeinsamen Reisen zu den jeweiligen Auftrittsorten teilnehmen und darüber hinaus auch bei den vorgeschriebenen gemeinsamen Essen im Frack mit Gesprächen mit den chinesischen Gastgebern anwesend sein. Die Kosten für die Fahrten, Unterkunft und Verpflegung brauchte er nicht zu tragen. Das Honorar war festgelegt. Ein Unternehmerrisiko bestand damit nicht.

Der Kläger war nach Auffassung der Kammer aber nicht nur während der Probe- und Arbeitseinsätze, sondern auch zwischen den Arbeitssätzen nicht beschäftigungslos, weil insoweit der Arbeitgeber weder auf sein Direktionsrecht verzichtete noch der Kläger seine Dienstbereitschaft verweigert hat. Dementsprechend kann die wöchentliche Arbeitszeit nicht allein auf die Zeiten der Orchesterproben und der Orchesterauftritte beschränkt werden, die der Kläger mit wöchentlich 8 Stunden angegeben hat. Nach Auffassung der Kammer sind die gemeinsamen Dinners im Frack mit den chinesischen Gastgebern, die vom Arbeitgeber vorgegeben wurden, in die Arbeitszeit einzubeziehen. Allein hieraus ergibt sich nach Auffassung der Kammer bereits eine wöchentliche Arbeitszeit von 15 Stunden. Darüber hinaus sind auch die Reisetage und die Reisezeiten für die An- und Abreise von den jeweiligen Gastspielorten als Arbeitszeit zu werten. Arbeitsrechtlich wird eine Differenzierung zwischen gemeinsamer Spiel- und gemeinsamer Reisezeit nicht vorgenommen, da der Orchestermusiker auf der Gastspielreise verpflichtet ist, die gemeinsamen Reisen, wie vom Arbeitgeber vorgegeben, durchzuführen (vgl. U. d. BAG v. 27. Juni 2002 - [6 AZR 378/01](#); U. d. Nds. LAG v. 16. Mai 2000 - 7 Sa). Dementsprechend erstreckt sich arbeitsrechtlich grundsätzlich die Vergütungspflicht bei der Gastspielreise auf jeden Tag (vgl. U. d. BSG v. 5. Mai 1998 - [6 AZR 101/86](#)). Sozialversicherungsrechtlich ist dieser arbeitsrechtlichen Betrachtungsweise zu folgen, da der Kläger während der gesamten Gastspielreise

entsprechend dem Proben- und

Aufführungsplan sich dem Weisungsrecht des Arbeitgebers gemeinsam mit den anderen Orchestermusikern bis ins Detail, also auch einschließlich der gemeinsamen An- und Abfahrten zu den jeweiligen Gastspielorten unterworfen hat. Insoweit ist er umfassend in die vom Arbeitgeber gestaltete betriebliche Organisation der gesamten Gastspielreise eingegliedert worden, soweit nicht ausdrücklich Freizeit gewährt wurde.

Es ist auch grob fahrlässig, wenn der Kläger nicht gewusst haben sollte, dass er seine Beschäftigung im Rahmen der Gastspielreise der Beklagten hätte melden müssen. Diese Verpflichtung hätte er dem ihm bei Antragstellung ausgehändigten Merkblatt für Arbeitslose entnehmen können. Die Beurteilung, ob es sich um eine selbständige oder abhängige Beschäftigung mit welchem wöchentlichen Arbeitszeitumfang handelt, hätte er der Beklagten überlassen müssen.

Die Erstattungsforderung beruht auf § 50 Sozialgesetzbuch / Verwaltungsverfahren - SGB X -. Sie entspricht dem Ergebnis in der Hauptsache.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2007-03-23