

S 16 AL 169/04

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
SG Landshut (FSB)
Sachgebiet
Arbeitslosenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Landshut (FSB)
Aktenzeichen
S 16 AL 169/04
Datum
20.10.2005
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist, ob dem Kläger ab dem 01.07.2003 Leistungen wegen Arbeitslosigkeit zustehen, insbesondere ob ein Anspruch auf Arbeitslosengeld gegeben ist.

Der 1973 geborene Kläger ist seit dem 01.10.1998 bis heute bei den SZM Studios in U. bei M.(SZM) mit Unterbrechungen als Toningenieur bzw. Tonassistent tätig. Nach einer beitragsfreien Tätigkeit als Praktikant ohne Entgelt vom 01.10.1998 bis zum 31.12.1998 wurde gemäß den Arbeitsbescheinigungen des SZM für folgende Zeiträume Lohn abgerechnet: 03.02. bis 28.12.1999 (Unterbrechungen sind aus BI 86/87 der Beklagtenakte ersichtlich), 04.01. bis 19.12.2000 (Unterbrechungen sind aus BI 93/94 der Beklagtenakte ersichtlich), 03.01. bis 16.12.2001 (Unterbrechungen sind aus BI 100/101 der Beklagtenakte ersichtlich), 02.01. bis 30.12.2002 (Unterbrechungen sind aus BI 107/108 der Beklagtenakte ersichtlich), 02.01. bis 30.06.2003 (Unterbrechungen sind aus BI 114 der Beklagtenakte ersichtlich)

Am 01.07.2003 meldete sich der Kläger bei der Beklagten arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld (Alg). Am 07.07.2003 teilte der Kläger der Beklagten telefonisch mit, dass er zur geplanten Gruppeninformation am 11.07.2003 nicht kommen könne, weil er ab dem 09.07.2003 wieder im SZM freiberuflich beschäftigt sei. Tatsächlich war der Kläger vom 09.07. bis 15.07.2003, vom 24.07. bis 25.07.2003, am 14.08.2003, am 18.08.2003, am 21.08.2003, vom 25.08. bis 29.08.2003, vom 01.09. bis 12.09.2003, vom 19.09. bis 22.09.2003, vom 24.09. bis 26.09.2003, am 29.09.2003, vom 01.10. bis 03.10.2003, am 06.10.2003, am 17.10.2003, vom 23.10. bis 25.10.2003, vom 20.10. bis 31.10.2003, am 04.11.2003, vom 20.11. bis 21.11.2003, vom 25.11. bis 29.11.2003, vom 02.12. bis 06.12.2003, vom 08.12. bis 11.12.2003, am 17.12.2003 und am 30.12.2003 im SZM beschäftigt.

Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 27.01.2004 ab, weil der Kläger beim SZM laufend auf Abruf beschäftigt sei. Der Kläger sei im gleichen Umfang wie vor der Arbeitslosmeldung am 01.07.2003 beschäftigt. Die Annahme einer zumutbaren Beschäftigung sei ihm daher nicht möglich, er stehe den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes nicht zur Verfügung.

Hiergegen erhob der Kläger mit Schreiben vom 13.02.2004 Widerspruch, der unter anderem sinngemäß damit begründet wurde, dass es für ihn nicht nachvollziehbar sei, dass Arbeitskollegen, die unter gleichen Bedingungen bei SZM arbeiten, vom Münchner Arbeitsamt Arbeitslosengeld erhalten würden. Es müsse doch die selben Richtlinien in ganz Bayern geben.

Diesen Widerspruch wies die Beklagte mit Bescheid vom 02.03.2004 ab. Sie begründete ihre Entscheidung damit, dass sowohl das Arbeitsverhältnis, als auch das Beschäftigungsverhältnis des Klägers mit SZM über den 30.06.2003 hinaus ungekündigt fortbestehe. Durch seine Beschäftigung als Tonassistent sei der Kläger auch nicht in der Lage, eine auf längere Dauer angelegte versicherungspflichtige Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes auszuüben. Die Verfügbarkeit für den Arbeitgeber stehe im Gegensatz zu den Anforderungen der objektiven Verfügbarkeit.

Hiergegen erhob der Kläger am 02.04.2005 Klage, die mit Schriftsatz vom 19.04.2004 begründet wurde. Der Kläger trug vor, dass zwischen dem Arbeitsamt M. und SZM ein Übereinkommen bestehe, wonach den bedarfsbeschäftigten Mitarbeitern die Möglichkeit eingeräumt werde, in nichtgebuchten Zeiträumen, Arbeitslosengeld zu beantragen. Er könne daher nicht nachvollziehen, wieso Arbeitskollegen, die

unter den gleichen Bedingungen bei SZM arbeiten – wie er – vom Münchner Arbeitsamt Arbeitslosengeld erhalten. Es könne nicht sein, dass das Arbeitsamt L. keine Rücksprache mit dem Arbeitsamt M. halte und er durch die Tatsache, dass er seinen Wohnsitz in L. habe unter ein anderes Beurteilungsschema falle und der Willkür eines Sachbearbeiters ausgesetzt sei. Es müssten gleiche Richtlinien für alle gelten.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte in Aufhebung des Bescheids vom 27.01.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.03.2004 zu verurteilen, ihm ab 01.07.2003 Arbeitslosengeld zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bezieht sich in ihrer Klageerwiderung vom 14.06.2004 auf ihre Begründung im Widerspruchsbescheid. Bezüglich der vom Kläger zitierten Absprachen zwischen dem Arbeitsamt M. und SZM verweist sie auf die Bl 21 und 71 der Beklagtenakte.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakte, die Niederschrift vom 27.10.2005 sowie die Leistungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte Klage ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Der mit der Klage angegriffene Bescheid der Beklagten vom 27.01.2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 02.03.2004 ist im Ergebnis rechtmäßig und verletzt den Kläger daher nicht in seinen Rechten.

Gegenstand des Verfahrens sind die o.g. Bescheide der Beklagten mit denen die Anträge des Klägers vom 01.07.2003, 07.10.2003 und 18.12.2003 auf Bewilligung von Arbeitslosengeld für die beschäftigungslosen Zeiten vom 01.07. bis 31.12.2003 abgelehnt worden sind.

Nach [§ 117 Abs. 1 SGB III](#) haben Arbeitnehmer Anspruch auf Arbeitslosengeld, die arbeitslos sind, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet haben und die Anwartschaftszeit erfüllt haben. Arbeitslosigkeit setzt neben der Beschäftigungslosigkeit voraus, dass der Arbeitnehmer eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung sucht ([§ 118 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#)). Dies ist nach [§ 119 Abs. 1 SGB III](#) wiederum nur dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer alle Möglichkeiten nutzt und nutzen will, um seine Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Nr. 1) und er den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung steht (Nr. 2 - so genannte Verfügbarkeit). Die Verfügbarkeit hat neben einer objektiven Komponente (Arbeitsfähigkeit) auch eine subjektive Komponente (Arbeitsbereitschaft). Der Arbeitslose muss nicht nur in der Lage sein, eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes aufzunehmen und auszuüben ([§ 119 Abs. 3 Nr. 1 SGB III](#)); er muss hierzu auch bereit sein ([§ 119 Abs. 2 SGB III](#)). Allerdings steht der Arbeitsbereitschaft i.S. der subjektiven Verfügbarkeit eines Arbeitslosen nicht entgegen, wenn er nur bereit ist, eine zumutbare Beschäftigung aufzunehmen und auszuüben ([§ 119 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1](#)).

Die Anwartschaftszeit hat erfüllt, wer in der Rahmenfrist mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis ([§ 24 SGB III](#)) gestanden hat ([§ 123 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#)). Die Rahmenfrist beträgt drei Jahre und beginnt mit dem Tag vor der Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld ([§ 124 Abs. 1 SGB III](#)).

Der Kläger hat sich bei der Beklagten am 01.07.2003 arbeitslos gemeldet und die erforderliche Anwartschaftszeit i.S.d. [§ 123 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) dem Grunde nach erfüllt. Die nach [§ 124 SGB III](#) zu berechnende Rahmenfrist würde am 30.06.2003 beginnen und am 01.07.2006 enden, sofern die sonstigen Voraussetzungen (Arbeitslosmeldung und Arbeitslosigkeit) vorgelegen haben, [§ 124 Abs. 1 SGB III](#).

Zunächst greift [§ 123 Satz 1 Nr. 3 SGB III](#) i.V.m. [§ 1 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Nr. 2](#) der Anwartschaftszeit-Verordnung (AnwZV vom 29. Januar 1982 idF vom 15. Oktober 1984 - [BGBl I 1277](#)) nicht zugunsten des Klägers ein. Danach beträgt die Beschäftigungszeit bei Arbeitnehmern, die allein wegen der Besonderheiten ihres Arbeitsplatzes regelmäßig weniger als 360 Kalendertage im Kalenderjahr beschäftigt werden, lediglich 180 Kalendertage. Zweck dieser Vorschrift ist es, vor allem Saisonarbeitern den Zugang zum Schutz der Arbeitslosenversicherung zu erleichtern. Der Ordnungsgeber hat den Kreis der Begünstigten danach abgegrenzt, ob sie in Betrieben beschäftigt sind, deren Beschäftigungen von regelmäßigen Unterbrechungen bzw. Schwankungen gekennzeichnet sind. Die dort genannten Fallgestaltungen – jährlich wiederkehrende Einstellungen der Produktion für eine zusammenhängende Zeit, Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses aus witterungsbedingten Gründen, Einstellung von Arbeitnehmern wegen Produktionssteigerung – können auf Tontechniker, die solchen Schwankungen nicht unterworfen sind, zweifelsohne nicht angewandt werden.

Der Kläger hat durch seine Beschäftigung bei SZM allerdings die Regelanwartschaftszeit des [§ 123 Satz 1 Nr. 1 SGB III](#) erfüllt, weil er in dem der ersten Antragstellung vorhergehenden Dreijahreszeitraum insgesamt an 367 Kalendertagen bei-tragspflichtig beschäftigt gewesen ist. Damit hat er nach [§ 339 S. 2 SGB III](#) die Grenze von 360 Kalendertagen überschritten und somit innerhalb der dreijährigen Rahmenfrist des [§ 124 Abs. 1 SGB III](#) mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden.

Ein Versicherungspflichtverhältnis im Sinne des [§ 24 SGB III](#) liegt zunächst deshalb vor, weil es sich bei den Arbeitseinsätzen des Klägers als Tontechniker im SZM um eine abhängige Beschäftigung handelt und nicht nur um eine Tätigkeit als sog. "freier Mitarbeiter", der weisungsfrei an Programmgestaltungen mitwirkt (vgl. hier-zu [BAGE 78, 343](#), 352 f). Hinsichtlich der nicht programmgestaltenden, aber rundfunk- und fernsehtypischen Mitarbeit an Sendungen hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) mehrfach ausgesprochen, dass sich derartige Arbeiten in der Regel nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchführen lassen (vgl. BAG [NZA 1998, 1277](#), 1278 mwN). Denn diese Mitarbeiter sind weitgehend weisungsgebunden; sie können nicht im Wesentlichen frei ihre Arbeit gestalten, was sich auch aus der Art der zu verrichtenden Tätigkeit ergibt. Dies gilt auch für Tontechniker gelten, die zum betriebstechnischen Personal gehören und eine eher untergeordnete Tätigkeit ausüben, die keinen nennenswerten eigenen Gestaltungsspielraum zulässt (vgl. auch BSG [NZS 1999, 465](#) f).

Nach der Rspr. des BSG (Urteil vom 03.12.1998, Az. [B 7 AL 108/97](#); [SozR 3-4100 § 104 Nr. 16](#) = [NZZ 1999, 465](#) f) hat der Kläger die erforderliche Anwartschaftszeit aber auch dann erreicht, wenn nicht lediglich auf die einzelnen Beschäftigungstage innerhalb der Rahmenfrist abgestellt wird, sondern sogar ein durchgängiges Arbeits-verhältnis bzw. Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Das BSG hat in der zitierten Ent-scheidung ausgeführt, dass der Begriff der Beschäftigung im Arbeitsförderrecht nicht abschließend und allgemein bestimmt werden kann, weil er je nach Sinnzusammen-hang, in dem er steht, unterschiedliche Bedeutung erlangen kann (vgl. [BSGE 59, 183](#), 184 ff = [SozR 4100 § 168 Nr. 19](#); [BSGE 73, 90](#), 93 f = [SozR 3-4100 § 101 Nr 4](#); [BSGE 73, 126](#), 128 f = [SozR 3-4100 § 101 Nr. 5](#)). Die Rechtsprechung unter-scheide insoweit einen leistungsrechtlichen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses, der an den tatsächlichen Verhältnissen ausgerichtet ist, und einen beitragsrechtlichen bzw. versicherungsrechtlichen Begriff, der im wesentlichen mit den Merkmalen des Arbeitsverhältnisses übereinstimmt und der Unterbrechungen der tatsächlichen Be-schäftigung "von begrenzter Dauer" für den Fortbestand des Beschäftigungsverhält-nisses keine Bedeutung beimesse, solange das Arbeitsverhältnis fortbesteht und Ar-beitgeber und Arbeitnehmer den Willen haben, das Beschäftigungsverhältnis fortzu-setzen (BSG [SozR 3-4100 § 104 Nr. 16](#) mwN).

Das BSG hat in dieser Entscheidung weiter ausgeführt, dass [§ 123 Satz 1 SGB III](#) (vormals § 104 Abs 1 AFG) für die Erfüllung der Anwartschaftszeit an den beitrags-rechtlichen Begriff der Beschäftigung anknüpft, was sich bereits aus der Verweisung in Satz 1 auf [§ 25 SGB III](#) (vormals § 168 AFG) ergebe. Beitragspflichtig seien nach [§ 25 Abs 1 Satz 1 SGB III](#) grundsätzlich Personen, die gegen Arbeitsentgelt (oder zu ihrer Berufsausbildung) beschäftigt sind. Mit Beschäftigung sei nach § 7 Abs 1 Sozi-algesetzbuch - Viertes Buch (SGB IV), die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, gemeint. Diese arbeitsrechtliche Komponente, die auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abstellt, finde ihren Niederschlag auch in [§ 123 Satz 1 SGB III](#). Grundsätzlich sollen nur diejenigen Versicherungsschutz erhalten, die bei Eintritt der Arbeitslosigkeit der Solidargemeinschaft über eine gewisse Zeit als Arbeitnehmer angehört haben. Dies entspreche dem bisherigen, am Arbeitsver-hältnis ausgerichteten Begriffsverständnis, wonach vorübergehende Unterbrechungen der (tatsächlichen) Arbeitsleistung bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis den Bestand des Beschäftigungsverhältnisses grundsätzlich unberührt lassen, weil der Beschäftigung in diesem Sinne die Funktion zukomme, den Versicherungsschutz zu gewährleisten (vgl. BSG vom 03.12.1998, a.a.O. m.w.N.).

Nach der im AFG geltenden Rechtslage, die der o.g. Entscheidung des BSG zugrun-de lag, konnten Zeiten einer Beschäftigung, in denen kein Arbeitsentgelt gezahlt wurde, gleichwohl zur Erfüllung der Anwartschaftszeit herangezogen werden, wenn diese jeweils vier Wochen nicht überschritten haben, § 104 Abs. 1 Satz 3 AFG i.d.F. vom 21.12.1993 (gültig bis zum 31.12.1997). Diese Vorschrift musste mit Wirkung ab dem 01.01.1998 deswegen nicht in das SGB III übernommen werden, weil [§ 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV](#) eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt als fortbestehend ansieht, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat. Im vorliegenden Fall hat der Kläger jedoch innerhalb der Rahmenfrist von drei Jahren aber bereits für sich allein gesehen an 367 Tagen eine versicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt, so dass die vom BSG ([NZZ 1999, 465](#)) aufgezeigten Grundsätze zu den anwartschaftsbegründenden Zeiten für Unterbrechungen, die nach § 104 Abs. 1 Satz 3 AFG (jetzt ein Monat [§ 7 Abs. 3 SGB IV](#)) nicht länger als 4 Woche gedauert haben, im Rahmen der Erfüllung der Anwartschaft nicht zur Anwendung gebracht werden müssen, weil der Kläger die Voraussetzungen der [§§ 123, 124 SGB III](#) erfüllt hat.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld scheidet aber daran, dass der Kläger im streitbe-fangenen Zeitraum nicht arbeitslos gewesen ist. Arbeitslos i.S.d. SGB III ist ein Ar-beitnehmer, der vorübergehend nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht und eine versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende Be-schäftigung sucht, [§ 118 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 SGB III](#). Der Kläger stand jedoch in einem Beschäftigungsverhältnis, so dass die Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit nicht erfüllt sind. Das Beschäftigungsverhältnis des Klägers hat sich im Einzelnen wie folgt entwickelt.

Zunächst hat der Kläger vom 01.10. bis 31.12.1998 ein gemäß den vorliegenden Ar-beitsbescheinigungen unentgeltliches Praktikum absolviert, das bereits wegen des Fehlens der Voraussetzungen des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) außer Acht bleiben muss. Eine entgeltliche Tätigkeit hat der Kläger erst ab dem 03.02.1999 wieder aufgenommen. Insoweit wurde am 05.02.1999 ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen. Nach der Nr. 1.2 dieses Vertrags sollte mit dem Kläger mit Wirkung ab dem 01.02.1999 ein Aushilfsarbeitsverhältnis geschlossen werden, das zunächst auf 6 Monate befristet sein sollte, wobei weitere Befristungen nach Maßgabe des § 1 des Beschäftigungs-förderungsgesetzes zulässig sein sollen, das Arbeitsverhältnis jedoch in jedem Fall nach 24 Monaten sein Ende finden soll.

Sofern ein zunächst befristetes Arbeitsverhältnis in ein Dauerarbeitsverhältnis über-gehen soll, sind die hierzu aufgestellten Grundsätze zu beachten, die das BAG in seiner Grundsatzentscheidung vom 22.03.2000 (vgl. [BAGE 94, 118-125](#) = [BB 2000, 1574-1576](#) = [NZA 2000, 884-886](#) = [DB 2000, 1714-1715](#) = [NJW 2000, 3661-3663](#)) festgelegt hat.

Die Befristungsabrede vom 05.02.1999 war nach den Bestimmungen des § 1 des Beschäftigungsförderungsgesetzes (BeschFG i.d.F. vom 25.09.1996) gerechtfertigt. Danach ist die Befristung eines Arbeitsvertrags bis zur Dauer von zwei Jahren zuläs-sig, § 1 Abs. 1 Satz 1 BeschFG. Bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags zulässig, § 1 Abs. 1 Satz 2 BeschFG. Eine Verlängerung i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 BeschFG kommt nur in Betracht, wenn die vorherige Befristung auf die Vorschriften des Beschäfti-gungsförderungsgesetzes in der jeweiligen Fassung gestützt wurde. Das folgt aus dem in der Norm zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, einerseits die Kombination von Sachgrundbefristungen bzw. spezialgesetzlich erlaubten Befris-tungen mit anschließenden Befristungen nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz zu ermöglichen, andererseits Befristungen nach diesem Gesetz zeitlich zu begrenzen ([BT-Drucks. 13/4612 S 8](#), 11 bis 13, 16, 17).

Die arbeitsvertragliche Regelung hält diesen Anforderungen des BeschFG stand, weil die Gesamtdauer der Befristung auf zwei Jahre beschränkt war und nach Ablauf von jeweils 6 Monaten eine dreimalige Verlängerung vorgesehen war. Dies bedeutet andererseits, dass das befristete Arbeitsverhältnis zunächst mit Ablauf des 31.01.2001 wirksam beendet wurde. Dies folgt zum einen aus dem ausdrücklichen Wortlaut der arbeitsvertraglichen Vereinbarung, zum anderen aus § 1 Abs. 5 Satz 2 BeschFG i.V.m. [§ 7](#) des Kündigungsschutzgesetzes (KSChG). Danach gelten bei Versäumung der Frist des § 1 Abs. 5 Satz 1 BeschFG die [§§ 5 bis 7](#) des KSChG ent-sprechend. Nach [§ 7 HS 1. KSChG](#) gilt eine Kündigung als von Anfang an rechts-wirksam, wenn die Rechtsunwirksamkeit einer sozial ungerechtfertigten Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht wird, sofern sie nicht aus anderen Gründen recht-sunwirksam ist. Diese gesetzliche Fiktion besagt im Kündigungsschutzrecht, dass die nicht rechtzeitig angegriffene ordentliche Kündigung als sozial gerechtfertigt gilt. Das Vorliegen der materiellen Kündigungsgründe wird hingegen nicht fingiert. Der Arbeitnehmer kann sich jedoch nicht mehr auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung berufen. Die entsprechende Anwendung des [§ 7 KSChG](#) auf die Klage zur Befris-tungskontrolle hat zur Folge, dass die Befristung

als von Anfang an wirksam gilt, wenn der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Befristung nicht innerhalb der Klagefrist des § 1 Abs. 5 Satz 1 BeschFG gerichtlich geltend macht. Der die Klagefrist versäumende Arbeitnehmer kann bei einer weiteren Auseinandersetzung mit seinem Arbeitgeber nicht einwenden, der vorangehende Arbeitsvertrag sei ein unbefristeter Arbeitsvertrag gewesen. Das gilt auch bei einem Beendigungsstreit nach § 1 Abs. 1 und Abs. 3 BeschFG. Aufgrund der Fiktionswirkung des § 1 Abs. 5 Satz 2 BeschFG iVm. [§ 7 KSchG](#) steht fest, dass der vorhergehende Arbeitsvertrag aufgrund Befristung wirksam beendet ist (Löwisch NZA 1996, 1009, 1012; v. Hoyningen-Huene/Linck DB 1997, 41, 46).

Daraus folgt, dass das zunächst befristete Arbeitsverhältnis zum 31.01.2001 wirksam beendet wurde, weil die Befristungsabrede vom Kläger nicht nach Maßgabe der [§§ 5 bis 7](#) des KSchG angegriffen wurde. Diese rechtliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses hat aber nicht zu einem Ende bzw. zu einer i.S.v. [§ 7 Abs. 3 SGB IV](#) wesentlichen Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses geführt, weil der Kläger von SZM bereits am 06.02.2001 wieder zu einer Tätigkeit herangezogen wurde. Das Arbeitsverhältnis wurde somit nach dem 31.01.2001 in ein auf Dauer angelegtes Abrufarbeitsverhältnis (vgl. § 4 BeschFG) übergeleitet. Dass das Arbeitsverhältnis zu-nächst als Aushilfsarbeitsverhältnis bezeichnet wurde, ändert daran nichts. Entscheidend ist insoweit ausschließlich die tatsächliche Durchführung des Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitsvertragsparteien. Insoweit kann insbesondere durch die Aufnahme in den Kreis immer wieder beschäftigter oder zur Verfügung stehender Personen ein Dauerarbeitsverhältnis entstehen, ohne dass hierfür eine ausdrückliche Regelung erforderlich wäre. Dies gilt auch für sog. Abrufarbeitsverhältnisse typischer oder atypischer Art (vgl. BAG [NZA 1999, 82 f](#))

Auch nach der Rspr. des BSG ([NZS 1999, 465 f](#)) ist die insoweit maßgebliche Abgrenzung, ob es sich um ein Dauerarbeitsverhältnis/Dauerbeschäftigungsverhältnis handelt oder um mehrere befristete Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnisse, danach zu beurteilen, ob ausdrückliche Vereinbarungen über das Bestehen eines unbefristeten Rechtsverhältnisses vorliegen oder ob das Verhalten beider Parteien sonst darauf schließen lässt, dass sie sich über die jeweils verabredeten Einsätze hinaus auf unbestimmte Zeit binden wollten. Das BSG hat in der o.g. Entscheidung weiter ausgeführt, dass ein Dauerarbeitsverhältnis bzw. ein Dauerbeschäftigungsverhältnis auch dann vorliegen kann, wenn sich die einzelnen Arbeitseinsätze von Anbeginn an in gewissen Abständen vereinbarungsgemäß wiederholen, wobei es genüge, dass den Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Rahmenvertrag zugrunde liegt oder eine sonstige - auch stillschweigende - Abrede, aus der es sich ergebe, dass die Rechtsbeziehung auf Dauer angelegt sein soll (vgl. BSG [NZS 1999, 465 f](#); BSG SozR 2200 § 168 Nr. 6 S 10 f sowie zu vereinbarten "Aussetzzeiten" Urteil des BSG vom 10.09.1998; Az. [B 7 AL 96/97 R](#) in [NZS 1999, 305 f](#)).

Das BSG hat in der Entscheidung vom 03.12.1998 (NZS 1995, 465 f) weiter ausgeführt, dass aber auch dann, wenn ausdrückliche oder stillschweigende (anfängliche) Vereinbarungen über das Bestehen eines Dauerrechtsverhältnisses fehlen, bei der Aufnahme in einen Kreis immer wieder beschäftigter oder zur Verfügung stehender Personen trotz anfänglicher beiderseitiger Unverbindlichkeit ein Dauerarbeitsverhältnis entstehen könne; dabei könne es sich auch um ein - typisches oder atypisches - "Abrufarbeitsverhältnis" handeln. Das BAG habe insoweit zu den Rechtsverhältnissen von Mitarbeitern von Rundfunk- und Fernsehanstalten wiederholt entschieden, dass ein Dauerarbeitsverhältnis auch dann vorliegen könne, wenn die einzelnen Einsätze jeweils vorher verabredet werden, und zwar auch dann, wenn dem Arbeitnehmer das Recht eingeräumt wird, einzelne Einsätze abzulehnen. Das gelte jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber auf diese Weise keinen Spitzen- oder Saisonbedarf, sondern einen Dauerbedarf an Arbeitskräften abdecke, er also auf Dauer mehr Arbeitnehmer benötige, als er unbefristet eingestellt habe. Voraussetzung sei jedoch, dass der einzelne Arbeitnehmer häufig und ohne größere Unterbrechungen herangezogen werde und er von seinem Ablehnungsrecht regelmäßig keinen Gebrauch mache, der Arbeitnehmer also darauf vertrauen könne, auch in Zukunft herangezogen zu werden (vgl. BAG [NZA 1998, 1277 f](#); BAG [NZA 1999, 82 f](#) = [BB 1998, 2211](#)). Auch in diesen Fällen sei u.a. darauf abgestellt worden, ob die Anstalt innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen kann ([BAGE 77, 226, 234](#)). Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang (ohne Abschluss dahingehender Vereinbarungen) zur Arbeit herangezogen wird, ihm also die Arbeiten letztlich "zugewiesen" werden ([BAGE 77, 226, 235](#)). Ein Indiz für die ständige Dienstbereitschaft und damit für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses könne die Genehmigungspflicht von Urlaub sein, ebenfalls das Aufstellen von Dienstplänen, das regelmäßig nur dann sinnvoll sei, wenn Dienstbereitschaft der darin aufgenommenen Beschäftigten erwartet werden könne ([BAGE 77, 226, 235 f](#)). Auch bei Einsätzen aufgrund jeweils vorhergehender telefonischer Anfragen des Arbeitgebers könne ein Dauerarbeitsverhältnis entstehen, sofern die oben genannten Kriterien vorliegen (BAG [NZA 1999, 82 f](#)).

Nach den von der Kammer getroffenen Feststellungen erfüllt der Kläger alle genannten Voraussetzungen, die vom BSG unter Berücksichtigung der Rspr. des BAG (insbesondere BAG [NZA 1999, 82 f](#)) für das Bestehen eines Dauerarbeitsverhältnisses aufgestellt wurden. Der Kläger ist bei SZM seit Februar 1999 bis zum 30.06.2003 und darüber hinaus ohne größere Unterbrechungen beschäftigt. Durch den ständigen Abruf des Klägers durfte dieser darauf vertrauen, weiter von SZM beschäftigt zu werden. Der Kläger hat nach seinen eigenen Angaben auch lediglich ein bis zweimal von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch gemacht. Dass in Nr. 3.1 Satz 2 des Arbeitsvertrages vom 05.02.1999 vereinbart wurde, dass durch die getroffenen Arbeitszeitvereinbarungen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis nicht begründet wird, steht der Annahme eines Dauerarbeitsverhältnisses nach dem 31.01.2001 ebenfalls nicht entgegen, weil der zunächst befristete Arbeitsvertrag aus den o.g. Gründen wirksam zum 31.01.2001 kraft rechtmäßiger Befristung einschließlich seiner Bedingungen beendet wurde. Somit kommt es ausschließlich darauf an, wie sich das Arbeitsverhältnis nach diesem Zeitpunkt entwickelt hat und ob aus dem Verhalten der Vertragsparteien - auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung - ein Dauerarbeitsverhältnis entstehen konnte. So wurde der Kläger im Jahr 2001 49 mal von SZM abgerufen, im Jahr 2002 66 mal und im ersten Halbjahr 2003 38 mal, wobei in diesen Zeiträumen mit Ausnahme von April und November 2001 auch keine größere Unterbrechung ersichtlich ist.

Fraglich ist nur, wie der Begriff einer "größeren Unterbrechung" i.S.d. Rspr. des BAG zu definieren ist bzw. ab wann ein Beschäftigungsverhältnis i.S.d. des Arbeitsförderrechts mit der Konsequenz einer Unterbrechung findet, dass der Arbeitnehmer nunmehr wieder arbeitslos i.S.d. [§§ 117](#) und [118 SGB III](#) ist. Insoweit kann nach Ansicht der Kammer auf die Rspr. des BSG zur Erfüllung der Anwartschaftszeit ([NZS 1999, 465f](#)) zurückgegriffen werden. Danach können in ein Dauerbeschäftigungsverhältnis eingebettete "ruhende" Beschäftigungszeiten ohne Arbeitsentgelt für die Erfüllung der Anwartschaftszeit herangezogen werden, wenn sie gemäß § 104 Abs 1 Satz 3 AFG vier Wochen (heute [§ 7 Abs. 3 SGB IV](#) ein Monat) nicht überschreiten.

Dies bedeutet, dass ein Dauerarbeitsverhältnis nach [§ 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV](#) mindestens einen Monat unterbrochen sein muss, um von einem Ende des Beschäftigungsverhältnisses in dem Sinne ausgehen zu können, dass der Arbeitnehmer nunmehr arbeitslos i.S.d. Arbeitsförderrechts ist. Diese Betrachtungsweise darf nicht nur bei der Berechnung der Rahmenfrist nach den [§§ 123, 124 SGB III](#) zugrunde

gelegt, sondern muss auch für die Voraussetzungen der Arbeitslosigkeit herangezogen werden. Diese Auslegung bedeutet nicht, dass der Begriff "vorübergehend" in [§ 118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) so auszulegen wäre, dass Arbeitslosigkeit frühestens nach einer Wartezeit von einem Monat eintreten könne. Die Anwendung des Rechtsgedankens des [§ 7 Abs. 3 Satz 1 SGB IV](#) soll lediglich in noch unbeeendeten Dauerabruferbeits-verhältnissen Rechtssicherheit schaffen, inwieweit einerseits Zeiten zur Erfüllung der Anwartschaft berücksichtigt werden und andererseits ab wann von einer rechtlich wesentlichen Unterbrechung und somit vom Ende eines Beschäftigungsverhältnisses ausgegangen werden kann. Mit dieser Lösung wird außerdem ein möglicher Wertungswiderspruch zwischen den [§§ 117](#) und [118 SGB III](#) einerseits und den [§§ 24, 25, 123](#) und [124 SGB III](#) andererseits vermieden.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze war der Kläger ab Dezember 2001 und insbesondere ab dem 01.07. bis zum 31.12.2003 nicht ohne Beschäftigung. So war der Kläger auch im Zeitraum ab der Arbeitslosmeldung regelmäßig mit nur wenigen Unterbrechungen bei SZM beschäftigt. Die längste Unterbrechung fand zwischen dem 26.07. und 13.08.2003 statt und betrug nur 19 Tage, also deutlich unter einem Monat, sofern man diesen Zeitraum nicht ohnehin als eine "kleine Sommerpause" betrachtet.

Da der Kläger vorliegend in einem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis stand, kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Maß der Arbeitgeber insoweit auf sein Direktionsrecht verzichten muss. Eine Würdigung der Stellungnahme des Arbeitgebers des Klägers und der Zweifel der Beklagten hieran kann daher ebenso unterbleiben, wie eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik an Hand der einschlägigen Rspr. (vgl. hierzu [BSGE 73, 90-97](#) sowie [BSGE 73, 126-131](#)), weil hier nicht der Fall einer sog. "leeren Hülse" vorliegt, also ein Arbeitsvertrag ohne tatsächliche Beschäftigung.

Neben der fehlenden Arbeitslosigkeit i.S.d. [§§ 117 Abs. 1 Nr. 1](#) und [118 Abs. 1 Nr. 1 SGB III](#) war der Kläger auch nicht verfügbar, [§ 119 Abs. 1 Nr. 2 SGB III](#). Dies zeigt sich bereits daran, dass der Kläger bereits wenige Tage nach seiner Arbeitslosmeldung die Einladung zu einer Gruppeninformation bei der Beklagten mit der Begründung abgesagt hat, dass er für die Zeit ab dem 09.07.2003 von SZM abgerufen worden sei.

Ebenso fehlt es an der nach [§ 119 Abs. 2](#) i.V.m. Abs. 4 Satz 1 SGB III erforderlichen Arbeitsbereitschaft, die voraussetzt, dass der Arbeitslose, unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarkts, bereit oder in der Lage ist, zumutbare Beschäftigungen aufzunehmen und auszuüben.

Insoweit ist nicht erkennbar, dass der Kläger dem gesamten allgemeinen Arbeitsmarkt als Arbeitnehmer zur Verfügung stand, oder ob seine Bereitschaft insoweit ausschließlich auf die Lücken im Rahmen der Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses mit SZM beschränkt war. Jedenfalls lassen seine schriftsätzlichen Ausführungen den Schluss auf letzteres zu. Insoweit hat der Kläger klar zum Ausdruck gebracht, dass er - wie seine Kollegen - gerade in den dienstfreien Zeiten Arbeitslosengeld beziehen möchte.

Unabhängig davon, ob der Kläger aufgrund des weiterhin bestehenden Arbeitsverhältnisses mit SZM überhaupt dazu berechtigt gewesen wäre, eine anderweitige Beschäftigung als Arbeitnehmer auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt auszuüben, bedarf die Lösung von der bisherigen Tätigkeit und der Eintritt in den allgemeinen Arbeitsmarkt als Arbeitnehmer eines besonderen Schrittes. Insoweit hätte der Kläger seinen Willen, künftig als Arbeitnehmer dem allgemeinen Arbeitsmarkt zur Verfügung zu stehen, in besonderer Weise dokumentieren müssen, also in eindeutiger Weise klar machen müssen, dass er an seinem bisherigen Beschäftigungsverhältnis nicht länger festhalten will, sondern sich nunmehr dem allgemeinen Arbeitsmarkt zur Verfügung stellen möchte.

Insoweit konnte aufgrund der Erklärungen des Klägers im Verwaltungsverfahren sowie im gerichtlichen Verfahren eine ernsthafte Bereitschaft nicht erkannt werden. Zur Beurteilung dieser Frage ist eine Gesamtbetrachtung aller wesentlichen Umstände und insbesondere des Verhaltens des Versicherten erforderlich, wenn sie dem von der Rspr. aufgestellten Erfordernis Rechnung tragen soll, dass die ernstliche Arbeitsbereitschaft des Versicherten keinem vernünftigen Zweifel unterliegt (vgl. [BSGE 20, 190, 197](#)).

Auch der vom Kläger vorgebrachte Gesichtspunkt, einige seine Kollegen ("Vergleichsfälle"), die in ähnlicher Lage seien, bezögen Leistungen des Münchner Arbeitsamts, vermag der Klage nicht zum Erfolg verhelfen. Aufgrund der im Verwaltungsverfahren getroffenen Feststellungen, die sich im gerichtlichen Verfahren bestätigt haben, geht die Kammer davon aus, dass das Münchner Arbeitsamt insoweit tatsächlich eine andere Verwaltungspraxis vertritt, als dies im Zuständigkeitsbereich des Arbeitsamts L. der Fall ist. Diese Praxis ist jedoch rechtswidrig und entspricht auch nicht der Weisungslage der Bundesagentur für Arbeit. Der Kläger kann daher auf die in M. ausgeübte rechtswidrige Praxis keinen Anspruch auf Gleichbehandlung stützen, da es keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gibt ([BVerfGE 50, 142, 166](#)).

Nach alledem war die Klage abzuweisen.

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

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2012-03-06