

## L 18 AL 79/16

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
LSG Berlin-Brandenburg  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
18  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 62 AL 2449/09  
Datum  
16.03.2016  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen  
L 18 AL 79/16  
Datum  
21.01.2019  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 11 AL 4/19 B  
Datum  
26.04.2019  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 16. März 2016 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist der Anspruch des Klägers auf Arbeitslosengeld (Alg) für die im Berufungsantrag im Einzelnen bezeichneten Zeiträume vom 17. März 2009 bis 22. April 2009 und vom 30. August 2009 bis 8. April 2010.

Der 1973 geborene Kläger ist Musicaldarsteller und arbeitet aufgrund befristeter Gastdarstellerverträge bei verschiedenen Theatern und Musicalanbietern. Ihm wurde von der Beklagten bereits mehrfach Alg bewilligt, ua ab 11. Juni 2008 für 360 Leistungstage mit einem täglichen Leistungssatz iHv 51,65 EUR. Da der Kläger ab 19. Juni 2008 wieder sozialversicherungspflichtig beschäftigt war, bestand noch ein Restanspruch von 352 Tagen.

Am 19. November 2008 schloss der Kläger mit der Genossenschaft Konzert und Theater St. G einen Gastspielvertrag für die Rolle des "D" im Musical "D G v M Ch" mit Ensemble-Verpflichtung für die Spielzeiten 2008/2009 und 2009/2010. Die Proben sollten am 27. Januar 2009 nach Absprache beginnen, die Wiederaufnahmeproben ab Ende September 2009, nach Absprache erfolgen, die Generalprobe für die Wiederaufnahme war für den 2. Oktober 2009 vereinbart und die Premiere war für den 14. März 2009 geplant. Wegen der vereinbarten voraussichtlichen Vorstellungstermine und der sonstigen Einzelheiten wird auf den Vertrag Bezug genommen. Der Kläger erhielt vom Theater St. G ausweislich der Lohnbescheinigungen ein Probenhonorar und für jede Vorstellung ein gesondertes Vorstellungshonorar und Reisespesen. Von seinem Bruttolohn wurden Beiträge zur Sozialversicherung der Sch abgeführt.

Durch Schreiben vom 21. April 2009 bestätigte das Theater St. G, dass die Proben den Zeitraum 27. Januar 2009 bis 13. März 2009 stattgefunden hätten und die Vorstellungen in der Spielzeit 2009 bis 22. April 2009 wie folgt: 14. März 2009 (Samstag, 19.30h), 16. März 2009 (Montag, 19.30h), 20. März 2009 (Freitag 19.30h), 28. März 2009 (Samstag, 19.30h), 29. März 2009 (Sonntag, Vorstellung 14.30h und 19.30h), 14. April 2009 (Dienstag, 19.30h), 16. April 2009 (Donnerstag, 19.30h). Die Arbeitslosenversicherung während der Zeit vom 14. März 2009 bis 22. April 2009 beziehe sich nur auf die Vorstellungstage, nicht hingegen auf die Zeit dazwischen. In der zweiten Spielzeit fanden zunächst vom 1. bis 3. Oktober 2009 Proben und die Vorstellungen an folgenden Tagen statt: 3. Oktober 2009, 10. Oktober 2009, 18. Oktober 2009, 26. Oktober 2009; Hinflug 26. Oktober 2009, 27. Oktober 2009, 29. Oktober 2009, 31. Oktober 2009, 3. November 2009, 4. November 2009, 17. November 2009, 21. November 2009, 5. Dezember 2009, 23. Dezember 2009, 27. Dezember 2009, 31. Dezember 2009, 16. Januar 2010, 6. März 2010 und 5. April 2010.

Aufgrund vertraglicher Vereinbarung mit der Burgfestspielen J GmbH vom 19. Januar 2009 war der Kläger im Zeitraum 23. April 2009 bis 29. August 2009 für die Spielzeit 2009 verpflichtet worden. Ab dem 27. März 2010 wurde der Kläger aufgrund eines im März 2010 mit der Sch P GmbH geschlossenen Vertrages für die Tourneeproduktion des Musicals "Ch" verpflichtet. Die Proben hierzu fanden vom 27. März 2010 bis 2. April 2010 statt und die Tournee des Musicals unter Mitwirkung des Klägers vom 9. April 2010 bis zum 31. April 2010.

Der Kläger meldete sich am 19. Dezember 2008 mit Wirkung zum 17. März 2009 bei der Beklagten arbeitslos und beantragte die Bewilligung von Alg. Mit Bescheid vom 16. April 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Mai 2009 lehnte die Beklagte die Gewährung von Alg ab, da der Kläger 15 und mehr Stunden pro Woche arbeite und deshalb nicht arbeitslos sei. Als gastspielverpflichteter Künstler stehe der Kläger nicht nur an Spiel- und Proben Tagen, sondern für die gesamte Dauer des Vertrages in einem zeitlich befristeten Arbeitsverhältnis. Mit seinem Widerspruch hatte der Kläger geltend gemacht, dass er in der Sch nur an den Vorstellungstagen versichert sei

und er auch nur an diesen Tagen in der Sch arbeite. Zusätzlich betrage seine Arbeitszeit pro Show ca. 2,5 Stunden, so dass er in keinem Fall über die 15 Stunden pro Woche komme. In den Zeiten zwischen den Vorstellungen sei er in der Sch auch nicht sozialversichert.

Nach Beendigung des Engagements in J meldete sich der Kläger bei der Beklagten mit Wirkung zum 30. August 2009 arbeitslos und beantragte Alg. Dabei gab er an, er arbeite seit Februar selbständig als künstlerischer Fotograf mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 4 Stunden und einem monatlichen Entgelt iHv 400,- EUR. Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 21. Oktober 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Dezember 2009 ab. Hiergegen hat der Kläger am 6. Januar 2010 zum Aktenzeichen - S 56 AL 59/10 - vor dem Sozialgericht (SG) Berlin Klage erhoben. Dieses Verfahren wurde durch Beschluss vom 28. September 2010 zum hiesigen Verfahren verbunden.

Die Beklagte bewilligte dem Kläger schließlich Alg ab 1. Mai 2010. Durch den mit dem Theater St. G geschlossenen Vertrag sei ein abhängiges Dauerbeschäftigungsverhältnis begründet worden. Der Kläger erfülle deshalb die Voraussetzungen für die Bewilligung von Alg ab 1. Mai 2010.

Im Klageverfahren hat der Kläger im Wesentlichen sein Vorbringen im Verwaltungsverfahren wiederholt. Die Anreise nach St. G sei per Flugzeug zumeist am Vormittag eines Vorstellungstages von B nach Z, sodann per Bahn nach St. G erfolgt. Die Anreise bereits am Vormittag sei notwendig gewesen, um einen zeitlichen Puffer zu den Vorstellungen zu haben. Er habe im Hotel übernachtet. Er habe etwa eine Stunde vor Vorstellungsbeginn im Theater anwesend sein müssen, die Vorstellung habe etwa 2,5 Stunden gedauert. Die Rückreise habe er regelmäßig am nächsten Tag am frühen Morgen angetreten. Proben- und Vorstellungstermine seien jeweils frühzeitig angefragt worden, Terminänderungen wären immer nur in gegenseitigem Einverständnis erfolgt. Der Kläger hat die im Einzelnen getätigten Flugbuchungen von B nach Z (und zurück) zu den Akten gereicht. Durch Urteil vom 16. März 2016 hat das SG die auf Gewährung von Alg für die im Einzelnen bezeichneten Zeiträume bzw Tage gerichtete Klage abgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt: Der Kläger habe keinen Anspruch auf Alg in den von ihm geltend gemachten Zeiträumen. Die sozialversicherungsrechtliche Einschätzung der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. G sei für das vorliegende Verfahren irrelevant. Der Kläger sei als Arbeitnehmer eines befristeten, sich über die beiden Spielzeiten 2008/2009 und 2009/2010 erstreckenden Beschäftigungsverhältnisses anzusehen. Er sei in den Betrieb des Theaters St. G eingegliedert gewesen und habe dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterstanden. Die wöchentliche Arbeitszeit habe zudem über 15 Stunden gelegen, weshalb der Kläger während seiner Tätigkeit für das Theater St. G nicht verfügbar gewesen sei. Schließlich habe die Beklagte zu Gunsten des Klägers angenommen, dass es sich um ein Dauerbeschäftigungsverhältnis gehandelt habe, denn andernfalls hätte der Kläger die Anwartschaftszeit für die Bewilligung von Alg ab 1. Mai 2010 nicht erfüllt. Mit der Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Er sei nur an wenigen Tagen pro Monat für das Theater St. G verpflichtet gewesen und jeweils am nächsten Morgen nach einer Vorstellung wieder nach B zurückgereist. Er sei deshalb auch verfügbar gewesen und habe den Vermittlungsbemühungen der Beklagten zur Verfügung gestanden. Auf die eingereichten Schriftsätze des Klägers nebst Anlagen, zuletzt vom 15. Januar 2019, wird Bezug genommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 16. März 2016 und den Bescheid der Beklagten vom 16. April 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Mai 2009 sowie den Bescheid vom 21. Oktober 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Dezember 2009 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm vom 17. März 2009 bis 19. März 2009, 21. März 2009 bis 27. März 2009, 30. März 2009 bis 13. April 2009, 17. April 2009 bis 22. April 2009, 30. August 2009 bis 2. Oktober 2009, 4. Oktober 2009 bis 9. Oktober 2009, 11. Oktober 2009 bis 17. Oktober 2009, 19. Oktober 2009 bis 25. Oktober 2009, am 30. Oktober 2009, vom 1. November 2009 bis 2. November 2009, 5. November 2009 bis 16. November 2009, 18. November 2009 bis 20. November 2009, 22. November 2009 bis 4. Dezember 2009, 6. Dezember 2009 bis 15. Dezember 2009, 17. Dezember 2009 bis 22. Dezember 2009, 24. Dezember 2009 bis 26. Dezember 2009, 28. Dezember 2009 bis 30. Dezember 2009, 1. Januar 2010 bis 15. Januar 2010, 17. Januar 2010 bis 5. März 2010, 7. März 2010 bis 26. März 2010, 3. April 2010 bis 4. April 2010 und vom 6. April 2010 bis 8. April 2010 Arbeitslosengeld zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das erstinstanzliche Urteil für zutreffend. Der Kläger sei aufgrund seiner Verpflichtungen beim Theater St. G nicht in der Lage gewesen, jede versicherungspflichtige, mindestens 15 Stunden wöchentlich umfassende zumutbare Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des für ihn in Betracht kommenden Arbeitsmarktes auszuüben.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der den Kläger betreffenden Verwaltungsvorgänge der Beklagten verwiesen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch die Berichterstatterin ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (vgl. [§§ 124 Abs. 2, 155 Abs. 3](#) und 4 Sozialgerichtsgesetz – SGG -).

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Die Bescheide der Beklagten vom 16. April 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Mai 2009 und vom 21. Oktober 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. Dezember 2009 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten. Das SG hat zutreffend entschieden, dass der Kläger in den streitgegenständlichen Zeiträumen nicht arbeitslos war und er deshalb keinen Anspruch auf Alg hat.

Anspruch auf Alg bei Arbeitslosigkeit gemäß § 118 Abs. 1 Sozialgesetzbuch – Arbeitsförderung (SGB III) in der hier noch anwendbaren, bis 31. März 2012 geltenden Fassung (aF) hatte, wer 1. arbeitslos war, 2. sich bei der Agentur für Arbeit arbeitslos gemeldet und 3. die Anwartschaftszeit erfüllt hatte.

Arbeitslos war gemäß [§ 119 Abs. 1 SGB III](#) aF ein Arbeitnehmer, der 1. nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stand

(Beschäftigungslosigkeit), 2. sich bemühte, die eigene Beschäftigungslosigkeit zu beenden (Eigenbemühungen), und 3. den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung stand (Verfügbarkeit).

Der Kläger war in den streitigen Zeiträumen Arbeitnehmer im Sinne des [§ 138 Abs. 1 SGB III](#), da er in diesen Zeiträumen eine abhängige Beschäftigung von 15 Stunden und mehr wöchentlich anstrebte. Die Arbeitnehmereigenschaft setzt nicht voraus, dass eine Beschäftigung von unbegrenzter oder von bestimmter Mindestdauer angestrebt wird (vgl. Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 5. Februar 1998 - [B 11 AL 55/97 R](#) - juris).

Der Kläger war in den Streitgegenständlichen Zeiträumen jedoch nicht arbeitslos. Er stand vielmehr in beiden Spielzeiten in einem durchgehenden Beschäftigungsverhältnis zum Theater St. G und war damit nicht beschäftigungslos. Er war in den in Rede stehenden zwei Spielzeiten auch in den zwischen den einzelnen Vorstellungen (Auftritten) liegenden Zeiten bei dem Theater St. G beschäftigt. Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung seiner Tätigkeit vom ersten Probenstag bis zum letzten Vorstellungstermin ergibt sich nämlich, dass insoweit jeweils (zeitlich befristete) dauernde ("durchgehende") Beschäftigungen vorlagen. Dass der Kläger im Rahmen der mit dem Theater St. G abgeschlossenen "Vertraglichen Vereinbarung" in - bezogen auf die jeweilige Spielzeit - Dauerbeschäftigungen stand und nicht, im Hinblick auf die jeweiligen Vorstellungen (Auftritte), in weiteren gesonderten Tagesbeschäftigungen, folgt aus einer Bewertung des in dem schriftlichen Vertrag dokumentierten Willens der (Arbeits-)Vertragsparteien unter Einbeziehung der hiervon nicht abweichenden tatsächlichen Umsetzung.

Für den Kläger bestand auch außerhalb des Probenzeitraums und der einzelnen Vorstellungen (Auftritte) in eine Arbeitsverpflichtung in Gestalt einer Dienstbereitschaft gegenüber dem Theater (vgl. zu sog. Gastverträgen BSG, Urteil vom 20. März 2013 - [B 12 R 13/10 R](#) = SozR 4-2400 § 7 Nr 19). Die Verfügungsmacht des Theaters über die Arbeitskraft des Klägers in den zwischen den Vorstellungen (Auftritten) liegenden Zeiten (und deren Eingliederung in einen ihnen vorgegebenen Arbeitsablauf) findet ihren Ausdruck vor allem darin, dass diese den Arbeitseinsatz der Beigeladenen (auch) in diesen Zeiten (einseitig) konkretisieren konnte. Nach Nr. 1.4. des Vertrages verpflichtete sich der Kläger, bei Umbesetzungsproben undstellungsänderungen (der lt. Vertrag nur "voraussichtlichen" Vorstellungstermine), zu denen es tatsächlich auch kam, dem Theater "Terminpriorität" einzuräumen. Dies war umso mehr von Bedeutung, als vertraglich "evtl. weitere Vorstellungen zu den gleichen Bedingungen" ausbedungen waren. Gemäß Nr. 1.8. des Vertrages bedurften zudem alle "nach diesem Vertrag in Aussicht genommenen Verpflichtungen innerhalb der Probenzeit der Absprache mit dem Theater". Dieses war auch berechtigt (Nr. 1.1. des Vertrags), "nicht erfüllte" Vorstellungen in die darauf folgende Spielzeit zu übertragen, "wobei auch andere Partien in Frage kommen" konnten. Konkrete Aussetzzeiten, in denen der Kläger dem Theater definitiv nicht zur Verfügung stehen musste, waren während der beiden Spielzeiten nicht vereinbart. Eine Beschränkung der Spielräume des Theaters zur ggfs. (einseitigen) Konkretisierung von Arbeitseinsätzen unter den og. Voraussetzungen lässt sich dem Vertrag nicht entnehmen. Es war auch keine konkrete Freistellung von einer etwaigen Arbeitsleistung außerhalb der im Vertrag vereinbarten "voraussichtlichen" Vorstellungstermine vereinbart. Die vereinbarten Anwesenheitszeiten an den Vorstellungstagen (Nr. 1.6. des Vertrags) spiegeln lediglich wider, dass an den Auftrittstagen anders als im Probenzeitraum die Anwesenheit am Spieltag grundsätzlich ausreichte. An der "Vertragsdauer" für die gesamte Proben- und Spielzeit (vgl. auch der insoweit ausdrückliche Hinweis des Theaters in der Anstellungsbestätigung vom 20. Dezember 2018) änderte dies jedoch nichts. Ebenso wenig stand dies einer Dienstbereitschaft unter den vertraglichen Bedingungen an anderen Tagen entgegen. Gleiches gilt für die Tatsache, dass außerhalb der Probenzeit der Kläger an Nicht-Auftrittstagen kein (weiteres) Entgelt bezog. Denn mit den vereinbarten Vergütungen waren "alle Forderungen inklusive Ferienentschädigung abgegolten" (Nr. 4. des Vertrags). Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass selbst bei fehlender Entgeltlichkeit gemäß § 7 Abs. 3 Satz 1 Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) fiktiv ein Fortbestehen der Beschäftigung anzunehmen wäre, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als ein Monat. Ausgehend von durchgehenden Beschäftigungsverhältnissen in den beiden Spielzeiten hatte die Beklagte schließlich dem Kläger auch einen (neuen) Anspruch auf Alg ab 1. Mai 2010 zuerkannt.

Selbst bei Annahme gesonderter Tagesbeschäftigungen an den Auftrittstagen, von denen der Kläger ausgeht, wäre der Alg-Anspruch des Klägers spätestens ab 28. März 2009 wegen der fehlenden persönlichen Arbeitslosmeldung entfallen. Diese erlosch gemäß [§ 122 Abs. 2 Nr 2 SGB III](#) aF mit der Aufnahme der Beschäftigung bzw. selbständigen Tätigkeit, wenn der Arbeitslose diese nicht unverzüglich der Agentur für Arbeit mitteilte. Durch die Vorstellungen am 28. und 29. März 2009, die eine vertraglich ausbedungene Anwesenheit des Klägers ab 28. März 2009, 12.00 Uhr bis nach Vorstellungsende am späten Abend des 29. März 2009 erforderten, wurde die anspruchsschädliche und Arbeitslosigkeit ausschließende Stundengrenze von 15 Stunden wöchentlich ausgehend von der maßgeblichen Beschäftigungswoche (vgl. BSG, Urteil vom 13. Juni 2006 - [B 7a AL 16/05 R](#) = SozR 4-4300 § 122 Nr 5) überschritten. Anwesenheitszeiten, die - wie hier - mit der eigentlichen Arbeit in Zusammenhang stehen, sind bei der Ermittlung der Zeitgrenze des [§ 119 Abs. 3 SGB III](#) aF zu berücksichtigen (vgl. etwa BSG, Urteil vom 22. August 1984 - [7 RA R 12/83](#) = SozR 4100 § 102 Nr 6). Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Kläger - wie er selbst vortrug - zusätzlich seit Februar 2009 noch vier Stunden pro Woche als Fotograf selbständig tätig war. Mit dem Erlöschen der persönlichen Arbeitslosmeldung wäre auch der Alg-Anspruch des Klägers bis zu einer erneuten Arbeitslosmeldung, hier frühestens zum 30. August 2009, entfallen. Diese erneute Arbeitslosmeldung wäre nach der "Lesart" des Klägers aber wiederum am 26. Oktober 2009 erloschen, weil sich der Kläger wegen seines Engagements dann durchgehend bis 1. November 2009 in St. G aufgehalten hatte. Hinzuweisen ist auch darauf, dass wegen der Proben am 1. und 2. Oktober 2010 eine Arbeitslosigkeit des Klägers auch an diesen beiden Tagen mangels Verfügbarkeit nicht vorgelegen haben kann.

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

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2019-05-20