lübbert | rechtsanwälte partnerschaft mbb | Wallstraße 15 | 79098 Freiburg

Bundessozialgericht
Graf-Bernadotte-Platz 5
34119 Kassel

via beA

21.01.2025 Az.: 138/20 SB29fh D10/63-25

Beschwerdebegründung

B 12 BA 37/24 B
In Sachen
Kissel
g e g e n
Deutsche Rentenversicherung Bund

begründen wir die hier am 20.11.2024 eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde und beantragen,

> **die Revision gegen das aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2024 unter dem Aktenzeichen L 13 Ba 1696/23 verkündete Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg zuzulassen.**

lübbert rechtsanwälte partnerschaft mbb

Rainer Beeretz
Fachanwalt für Verwaltungsrecht (bis 2017)
Fachanwalt für Medizinrecht (bis 2018)
Dr. Sascha Berst-Frediani
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht
Jörg Düsselberg
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Eberhard Haaf
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht (bis 2019)
Volker Haaf
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Dr. Dirk Liebold
Fachanwalt für Medizinrecht
Dr. Ulrike Seywald LL.M. (Cambridge)
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Gresa Tahirukaj
Rechtsanwältin
Dr. Hartmut Lübbert (bis 2010)
Rechtsanwalt

Wallstraße 15
79098 Freiburg

Telefon (0761) 28 28 50
Telefax (0761) 2 34 00
E-Mail mail@raeluebbert.de
Internet www.raeluebbert.de

Sitz der Partnerschaft: Freiburg
Registergericht: Amtsgericht Freiburg
Partnerschafts-Registernummer: 700210

LG-Fach: 55
AG-Fach: 13

In Kooperation mit
Mutz & Bienger Partnerschaft mbB Steuerberatungsgesellschaft
Heinrich-von-Stephan-Straße 1
79100 Freiburg

IBAN/Geschäftskonto
DE34 6805 0101 0010 0143 92

IBAN/Anderkonto
DE92 6805 0101 0012 1905 13

BIC FRSPDE66XXX

fachanwälte

Zur

B e g r ü n d u n g

folgender Vortrag:

I.
Vorbemerkung

Mit der Nichtzulassungsbeschwerde rügt der Kläger und Beschwerdeführer (künftig nur: Kläger) zu seinem Nachteil begangene Verfahrensfehler, namentlich die Verletzung rechtlichen Gehörs sowie den Verstoß gegen Denkgesetze in Gestalt eines Auslegungsfehlers. Das Landessozialgericht hat eine von ihm im Rahmen des Statusverfahrens gegenüber der Beklagten verwendete unglückliche Formulierung „*schriftliche Verträge mit dem SWR schließe ich nicht*“ als Weigerung des Klägers interpretiert, mit der beigeladenen Rundfunkanstalt überhaupt Verträge über seine Beschäftigung zu schließen und ohne jeden Vortrag der Beklagten oder der Beigeladenen unterstellt, es wäre ihm ein solcher schriftlicher Vertrag angeboten worden, was nicht der Fall ist und wozu er auch nicht gehört wurde. Dies macht das Landessozialgericht dann zur Grundlage der weiteren Bewertung *aller* vom Kläger vorgelegten Unterlagen zu seiner persönlichen Weisungsgebundenheit. Vor dem Hintergrund der vermeintlichen Weigerung, einen schriftlichen Vertrag zu schließen, genügt dem Landessozialgericht weder eine Mail der beigeladenen Rundfunkanstalt mit dem Text: „*Außerdem dürfte Dir bekannt sein, dass wir Wert darauf legen, dass unsere Radio-Mitarbeiter nicht gleichzeitig für Privatsender arbeiten. Dies schließt sich aus*.“ zum Beleg dieses Wettbewerbsverbots, noch eine Mail, mit der der Kläger angewiesen wird, abrechnungsfähige Recherchen nur von den Räumlichkeiten der Beigeladenen aus durchzuführen, um eine Weisungsgebundenheit in örtlicher Hinsicht festzustellen. Wir werden diese Rügen unter der Gliederungsziffer III. und IV. weiter ausführen. Vorab nehmen wir die Gelegenheit wahr, den Senat über den Sachverhalt und Verfahrensgang zu informieren.

II.
Sachverhalt und Verfahrensgang

1. Die Parteien sind dem Senat bereits aus dem unter dem Aktenzeichen B 12 R 1/18 R geführten Verfahren bekannt. In jenem Verfahren musste der Kläger gegenüber der Beklagten sein Recht durchsetzen, überhaupt ein Statusverfahren durchzuführen, um festzustellen, ob seine in den Jahren 1992 bis 2013 für die beigeladene Rundfunkanstalt er-

brachte Tätigkeit als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung anzusehen ist oder nicht. Dies hatte die Beklagte zuvor mit Hinweis auf eine Entscheidung der Künstlersozialkasse vom 24.07.1992 abgelehnt. Die Beklagte sah sich durch eine vermeintliche Sperrwirkung dieser Entscheidung an einer erneuten Statusfeststellung gehindert, was bis zum Urteil des Senats vom 12.12.2018 auch weit verbreiteter Verwaltungspraxis entsprach und den öffentlichen Rundfunkanstalten über lange Zeit die Möglichkeit eröffnete, vermeintlich freie Mitarbeiter nicht nur frei von arbeitsrechtlichen Beschränkungen zu beschäftigen, wie dies die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ermöglicht, sondern eben auch frei von sozialversicherungsrechtlichen Pflichten. Das Urteil des Senats hat hier eine entscheidende Wendung gebracht. Wenn die Tarifverträge zur Beschäftigung „freier Mitarbeiter“ im öffentlichen Rundfunk zwischenzeitlich vorsehen, die Einkünfte dieser Mitarbeiter der Sozialversicherung zu unterwerfen, geht dies nicht zuletzt auf dieses Urteil des Senats zurück.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Vorsitzende gegenüber der Beklagten schon damals sein Unverständnis ausgedrückt, wieso diese so auf die Bindungswirkung der Entscheidung der KSK bestehe, obwohl sie damit doch ihren ureigenen Interessen zuwider handle. Die Frage blieb damals unbeantwortet, und sie ist es nach wie vor.

2. Der Kläger hat Anfang des Jahres 1992 seine Tätigkeit für den damaligen Südwestfunk (heute Südwestrundfunk) aufgenommen. Am 12.03.1992 leitete er ein Verfahren zur Beurteilung seiner Tätigkeit durch die Künstlersozialkasse ein, wobei er mit einem Schreiben vom 24.06.1992 darstellen konnte, dass er für allein acht Sender der ARD künstlerisch/publizistisch tätig war. Am 24.07.1992 stellte die KSK die freie künstlerische Tätigkeit des Klägers fest.

In den nun folgenden Jahren veränderte sich die Tätigkeit des Klägers für die Beigeladene jedoch immer mehr. Zum einen wurde er neben seiner inhaltsgestaltenden Arbeit als Comedyautor zunehmen als Redakteur vom Dienst beschäftigt, zum anderen konzentrierte sich seine Beschäftigung auf die beigeladene Rundfunkanstalt und den WDR, wobei auch diese zuletzt genannte Tätigkeit zunehmend unbedeutender wurde. Aber auch seine Tätigkeit für die Beigeladene veränderte sich zunehmend. Obwohl man dem Kläger noch im April 2007 mitgeteilt hatte, dass der Umfang seiner Tätigkeit eingeschränkt werde, bestand man auf seine Arbeitsverpflichtung kraft Eintragung in den Dienstplan. Spätestens im Januar 2008 machte die Beigeladene deutlich, dass sie eine gleichzeitige Tätigkeit für private Radiosender nicht dulde (Mail des Herrn Thomas Jung vom 17.01.2008, Verwaltungsakte Clearingverfahren S. 24), und 2012 bestätigte die Beigeladene die Pflicht zur Anwesenheit in deren Räumen, und zwar gerade auch

bei der Recherche (Anlage K 1 und Anlage K 2), so dass von der ursprünglichen Freiheit der Beschäftigung des Klägers nicht mehr viel übrig blieb. Er nahm dies zum Anlass, um am 09.05.2011 bei der Beklagten einen Antrag auf Statusfeststellung zu stellen, der am 14.07.2011 mit Blick auf die damals noch angenommene Sperrwirkung der Entscheidung der Künstlersozialkasse abgelehnt wurde. Der Widerspruch des Klägers gegen diese Entscheidung blieb zunächst ebenso erfolglos wie die Klage zum Sozialgericht. Erst die Berufung zum Landessozialgericht und die während des anhängigen Verfahrens verkündete Entscheidung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen, L 8 R 645/14, „Graf Danilo“, brachte die Wende. Das Landessozialgericht Baden-Württemberg entschied zugunsten des Klägers. Die zugelassene und hiergegen vonseiten der Beklagten eingelegte Revision wies der Senat mit der vorerwähnten Entscheidung vom 12.12.2018 zurück.

In der Zwischenzeit hatte die Beigeladene allerdings durch Schreiben vom 03.05.2013 eine (endgültige) Beendigungsmitteilung gegenüber dem Kläger ausgesprochen, die zum 31.12.2013 wirksam wurde. Er hat noch versucht, durch das Arbeitsgericht Freiburg seinen Arbeitnehmerstatus feststellen zu lassen, blieb damit jedoch erfolglos. Mit Urteil vom 18.12.2013 (3 Ca 87/13) wies das Arbeitsgericht Freiburg die Klage zurück, was das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg mit Urteil vom 10.09.2014 (10 Sa 19/14) auch bestätigte. Die hiergegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde zum BAG nahm der Kläger mit Blick auf die verfassungsrechtlich gebotene Privilegierung der Rundfunkanstalten im Arbeitsrecht zurück.

3. Nachdem das Urteil des Bundessozialgerichts am 12.12.2018 vorlag, setzte der Kläger sein Vertrauen darauf, dass die Beklagte das Statusfeststellungsverfahren nun zeitnah und objektiv betreibe, wurde jedoch in beidem enttäuscht. Am 13.02.2019 bat er noch telefonisch um Sachstandsauskunft, am 06.08.2019 drängte er per Mail auf eine Entscheidung und musste – da diese ausblieb – im Oktober 2019 erneut anwaltliche Hilfe suchen. Wir haben dann mit Schreiben vom 21.10.2019 erstmals eine Entscheidung angemahnt und – als eine Reaktion ausblieb – gerichtliche Maßnahmen androhen müssen. Das Anhörungsschreiben der Beklagten erfolgte dann am 19.11.2019, der negative Statusbescheid erging am 30.01.2020. Dabei zeigte sich hier erstmals schon die eigentümliche Tendenz der Beklagten, Sachvortrag des Klägers auch dann nicht zur Kenntnis zu nehmen, wenn er durch Schriftwechsel sehr klar belegt ist, eine Tendenz, die nicht auf die Beklagte beschränkt blieb und der auch die Instanzgericht unterlagen. Entsprechend blieben der Widerspruch gegen den ablehnenden Statusbescheid der Deutschen Rentenversicherung ebenso erfolglos wie die vor dem Landgericht Stuttgart geführte Klage und die entsprechende Berufung vor dem Landessozialgericht. Juristisch erklären können wir uns dies nicht. Wir meinen allerdings gerade auch in der jetzt angegriffenen Ent-

scheidung des Landessozialgerichts eine hostile Haltung gegenüber dem Kläger feststellen zu müssen, die sich beispielsweise darin zeigt, dem Kläger eine Verletzung von Datenschutzbestimmungen vorzuwerfen, weil er an ihn in Textform gerichtete Weisungen zu Gericht gegeben hat. Dies ist schon sehr eigentümlich, denn Art. 9 Abs. 2 f DSGVO erlaubt dies ausdrücklich und wie anders sollte der Kläger belegen, dass er abhängig beschäftigt war, wenn nicht durch Vorlage an ihn gerichteter Schreiben, Weisungen und dergleichen mehr? Dass das Landessozialgericht dann seine gesamte Entscheidung auf der Grundlage einer einzigen unglücklichen Formulierung aus dem Jahr 2011 und einer Unterstellung aufbaut, fügt sich ebenso in dieses Bild, wie der Umstand, dass es vom Kläger zum Beleg des Wettbewerbsverbots vorgelegte Mails in unvertretbarer Weise missinterpretiert.

III.
Verletzung des rechtlichen Gehörs

1. Wie dies in der Vorbemerkung gewiss deutlich geworden ist, rügen wir die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch das Landessozialgericht. Dies bezieht sich auf die auf Seite 3 oben des Urteils getroffene Feststellung: „*Der Kläger trug unter dem 17.05.2011 vor, schriftliche Verträge mit B schließe er nicht. Die anderen ständigen freien Mitarbeiter hätten einen sogenannten Rahmenvertrag. Er unterliege allerdings wie alle anderen freien Mitarbeiter auch dem Tarifvertrag für arbeitnehmerähnlichen Personen …*“ in Verbindung mit in der in den Urteilsgründen (S. 21, 2. Abs.) formulierten Unterstellung, der Kläger habe vorgetragen, er habe sich „*im Gegensatz zu allen anderen freien Mitarbeitern bei B – geweigert, eine schriftliche Vereinbarung, wie bei einem Arbeitnehmer üblich (siehe auch sogenannte Nachweisrichtlinie EWGRL 533/91) zu treffen, welche eine sichere Grundlage der vereinbarten Rechte und Pflichten bedeutet hätte*“.

   Zu dieser *vermeintlichen* Tatsachen wurde der Kläger **nicht gehört**.

   Dabei trifft zu, dass er gegenüber der Beklagten in seinem Schreiben vom 17.05.2011 die unglückliche Formulierung gewählt hat „*schriftliche Verträge mit dem SWR schließe ich nicht*“. Dies hat das Landessozialgericht im Rahmen des Vortrags des Sach- und Streitstands wohl auch kurz erwähnt. Nicht erwähnt wurde aber der Schluss, der Kläger habe sich gegenüber der Beigeladenen geweigert, einen Rahmenvertrag zu schließen, wie dieser seinen Kollegen vorliegt. Tatsache ist vielmehr, dass ihm eine solche Vereinbarung zu keinem Zeitpunkt vorgelegt wurde. Dies wurde auch weder von der Beigeladenen noch von der Beklagten je behauptet. Die Schlussfolgerung des Landessozialgerichts, eine solche Vereinbarung müsse vorgelegt worden sein, weil dies üblich ist, was

sich aus der Nachweisrichtline EWGRL 533/91 ergebe, ist verfehlt. Zum einen ist der Schluss von einem „Sollen“ auf ein „Sein“ bekanntlich logisch falsch, weil Menschen nun einmal nicht immer das tun, was sie sollen, zum anderen wurde die Nachweisrichtlinie in Deutschland durch das Nachweisgesetz umgesetzt und trifft nur *Arbeitnehmer* und gerade nicht *freie Mitarbeiter*, wie die Beigeladene diese regelmäßig beschäftigt. Hätte das Landessozialgericht nachgefragt, ob aus seiner Bemerkung, er schließe mit dem SWR keine schriftlichen Verträge, der Schluss gezogen werden könne, dass ihm ein solcher Vertrag vorgelegt wurde, hätte der Kläger dies unproblematisch verneinen können.

2. Dieser Gesichtspunkt ist für das Urteil des Landessozialgerichts von entscheidender Bedeutung. So stellt es auf Seite 19 fest, Ausgangspunkt der Beurteilung, ob der Kläger abhängig beschäftigt sei, sei das „*Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt*.“.

   Auf Seite 21 hält das Gericht dann fest, er selbst sei es gewesen, der sich einer schriftlichen Vereinbarung verweigert habe, „*welche eine sichere Grundlage der vereinbarten Rechte und Pflichten bedeutet hätte*“. Auf der Basis dieser vom Landessozialgericht unterstellten Weigerung deutet es den gesamten weiteren Vortrag des Klägers zu seinen Lasten.

   a) So bildet sich der Senat die Überzeugung, dass der Kläger nicht verpflichtet war, redaktionelle Dienste zu leisten, damit, seine eigenen Aussagen hierzu seien widersprüchlich und unklar, eine *schriftliche* Regelung (die Klarheit hätte bringen können) existiere „*auf Wunsch des Klägers nicht*“.

   b) Weiter hatte der Kläger vorgetragen und durch Vorlage von Arbeitsanweisungen belegt, dass die Beigeladene ein örtliches Weisungsrecht ausgeübt hat. Wörtlich heißt es beispielsweise in einer Rund-Mail der strategischen Personalsteuerung vom 04.05.2012 (vorgelegt als Anlage K 1): „Für einen freien Mitarbeiter gilt damit, dass er nicht von sich aus entscheiden kann, ob er von zu Hause arbeiten möchte. Der SWR unterbreitet ihm ja ein Angebot, das mit der Ausübung der Aufgabe in den Räumlichkeiten der Redaktion verbunden ist. Dieses Angebot kann er nicht einseitig ändern.“ Schließlich heißt es in einer Mail vom 18.04.2012 (gleichfalls Anlage K 1).

      „D.h., Recherchen, die abgerechnet werden, finden in den Büros des SWR statt.“

Vor dem Hintergrund, dass letztlich *keine klare Vertragsgrundlage* vorhanden sei, meint das Landessozialgericht demgegenüber, es sei „nicht feststellbar, dass der Kläger verpflichtet war, … ständig vor Ort zu sein.“ (Urteil, S. 22 unten).

c) Entsprechendes gilt für die Feststellungen des Landessozialgerichts ein „rechtsverbindliches Verbot, bei Privatsendern zu arbeiten, sei nicht belegt“ (S. 23 Mitte), denn auch hier lässt das Gericht das Vorliegen eines rechtsverbindlichen Verbotes letztlich an seiner Unterstellung scheitern, es sei dem Kläger zuzuschreiben, dass es keine schriftlichen Verträge gibt.

3. Hätte das Gericht dem Kläger rechtliches Gehör gewährt und ihm die Möglichkeit eröffnet, klarzustellen, dass ihm gerade kein schriftlicher Vertrag (und schon gar kein Arbeitsvertrag …) vorgelegt wurde, hätte das Landessozialgericht aus unserer Sicht zwingend, jedenfalls aber mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zugunsten des Klägers entschieden. Unter diesen Umständen hätte es an den vom Gericht selbst erwähnten Obersatz „*Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebenden Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose Abbedingung rechtlich möglich ist*“, anknüpfen und analysieren müssen, welche Schlussfolgerung aus den von uns zitierten Weisungen zu ziehen sind.

a) Wir hatten bereits mehrfach auf den auf den Aktenseiten 540 ff. der Verwaltungsakte vorgelegten E-Mail-Schriftwechsel zur zeitlichen Weisungsbefugnis Bezug genommen, den wir der besseren Lesbarkeit halber an dieser Stelle noch einmal kurz wiedergeben:

04.04.2007

Kläger:	*„Ich bin etwas überrascht, unterwegs in Australien zu erfahren, dass ich nun doch wieder auf dem Dienstplan bin. Davon war bisher keine Rede.*
Antwort I:	*„Du hattest alles „grün“ und damit als „verfügbar“ gekennzeichnet. Und ich brauch Dich in dieser Zeit.“*
Antwort II:	*„In den Anmerkungsfeldern war für Juli/August in keinster Weise ein Hinweis, dass Du eigentlich kaum zur Verfügung stehst oder höchstens eine Woche arbeiten möchtest.“*

Vor dem Hintergrund der Kenntnis, dass es einen schriftlichen Vertrag nicht gibt, ist der Vortrag zum Dienstplan keinesfalls widersprüchlich. Freie Mitarbeiter wurden zu ihren Diensten eingeteilt, wenn sie nicht selbst zuvor widersprochen hatten. Den hier vom Landessozialgericht konstruierten Widerspruch gibt es nicht. Dass ein einmal eingeteilter Mitarbeiter dann örtlich und zeitlich gebunden war, unterstellen wir als eindeutig.

b) Im Hinblick auf den Ort der Leistung können wir auf oben genannte Ausführungen verweisen. Bei dem hier wirklich eindeutigen Wortlaut, das Arbeit nur in den Räumlichkeiten des Südwestfunks erbracht werden *kann* und *darf*, so man eine Vergütung möchte, zu schließen, der Kläger sei *nicht* verpflichtet gewesen, „ständig vor Ort zu sein“ finden wir intellektuell eher anspruchsvoll.

c) Vor allem aber ist die Deutung der E-Mail zur privaten Konkurrenz als „Äußerung eines bloßen Wunsches“, das kein rechtsverbindliches Verbot belege, für Privatsender zu arbeiten, abwegig. Wir zitieren gerne vollständig:

> „*Außerdem dürfte Dir bekannt sein, dass wir Wert darauf legen, dass unsere Radiomitarbeiter nicht gleichzeitig für private Radiosender arbeiten. Dies schließt sich aus. Du bist zwar freier Mitarbeiter, Du hast Rechte – aber auch Pflichten. Und in Deiner Beziehung zu SWR gibt es Spielregeln, die auch für Dich gelten*.“

Die E-Mail stammt vom stellvertretenden Programmchef Thomas Jung. Diesen Text als „bloßen Wunsch“ zu verstehen und nicht als ein rechtsverbindliches Verbot, bei Privatsendern zu arbeiten, ist – wenn überhaupt – nur vor dem Hintergrund zu verstehen, dass sich aufgrund der Weigerung des Klägers, einen Vertrag zu unterschreiben, überhaupt *keine rechtsverbindlichen* Regelungen feststellen lassen, die zwischen ihm und der Beigeladenen gelten. Andernfalls ist die Deutung dieser Mail so gegen ihren Wortlaut erfolgt, dass dies schon Denkgesetze verletzt. Hierzu sogleich unter IV.

4. Summa summarum haben wir also eine Verletzung des rechtlichen Gehörs in der Unterstellung, die Beigeladene habe dem Kläger je den Abschluss eines schriftlichen Vertrages, gar eines Arbeitsvertrages, angeboten. Weder die Beklagte noch die Beigeladenen haben dies vorgetragen, zu keinem Zeitpunkt hat das Landessozialgericht den Kläger zu diesem Punkt angehört.

Hätte das Landessozialgericht nachgefragt, ob man aus seiner (unglücklichen) Formulierung die Schlussfolgerung ziehen darf, es sei ihm ein Vertrag angeboten worden, hätte der Kläger dies ausdrücklich verneinen können. Mangels anderweitigen Vortrags hätte ihm das Gericht dies wohl glauben müssen. Damit wäre die Verantwortung dafür, dass die Rechtsbeziehungen zwischen dem Kläger und der Beigeladenen nicht schriftlich fixiert sind, nicht allein beim Kläger zu suchen gewesen. Das Gericht hätte dann überprüfen müssen, ob die Gestaltung der Tätigkeit des Klägers mit der Zeit nicht zunehmend die Züge eines Beschäftigungsverhältnisses angenommen hätte, wie wir dies von Anfang an dargestellt haben. In diesem Fall ist aus unserer Sicht zwingend, dass die vorgelegten Schriftwechsel die Weisungsgebundenheit belegen.

IV.
Verstoß gegen Denkgesetze

Wie soeben angedeutet, werfen wir dem Gericht neben der Verletzung des rechtlichen Gehörs auch eine Verletzung von Denkgesetzen vor, namentlich einen Verstoß gegen die Regeln der einfachen Interpretation einer rechtsgeschäftlichen Äußerung. Die Rede ist hier wiederum von der Mail zur Tätigkeit für Privatsender. Das Landessozialgericht hat diese Mail als einen bloßen „Wunsch“ gedeutet, nicht für private Konkurrenz zu arbeiten. Hierbei bezieht es sich augenscheinlich auf die Formulierung „*wir wünschen nicht, das Produkte oder Serien, die bei SWR gesendet werden, bei Privatsendern laufen …*“ Es dürfte bekannt sein, dass wir „*Wert darauf legen, dass unsere Radiomitarbeiter nicht gleichzeitig für private Radiosender arbeiten*.“

Hierbei verkennt das Landessozialgericht schon, dass es in geschäftlichen Beziehungen sehr weit verbreitet ist, Weisungen als Wünsche oder (dringende) Bitten zu formulieren, um die mit der Weisung verbundene Unhöflichkeit und Härte zu vermeiden. Wenn ein Vorgesetzter sagt „ich wünsche keine Telefonate mehr“, ist dies die Weisung, keine Telefonate mehr durchzustellen, als mehr oder weniger höflicher Wunsch verbrämt.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Text in seinen Formulierungen immer deutlicher wird. Da heißt es nicht nur, dass die Beigeladene „*Wert darauf*“ lege, dass ihre Radiomitarbeiter nicht gleichzeitig für private Radiosender arbeiten. Es heißt hier vielmehr auch „*dies schließt sich aus*“. Und im nächsten Absatz schon: „*Du hast Rechte – aber auch Pflichten. Und in Deiner Beziehung zu SWR gibt es Spielregeln, die auch für Dich gelten*.“

Eine solche Mail rein als „Wunsch“ zu interpretieren, widerspricht jedem natürlichen Textverständnis und damit letztlich auch einfachsten Erkenntnis- und Denkgesetzen.

Allgemein zu Interpretationsregeln als Denkgesetze
BVerwG, Beschluss vom 28.08.2017, 9 B 14.17

Nimmt man die Mail vom 17.01.2008 allerdings als das, was sie ist, nämlich ein Verbot, für Privatsender zu arbeiten, wird deutlich, wie sehr sich die Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten seit Dezember 1993 geändert hatte. Hierzu dürfen wir noch einmal auf das Schreiben vom 13.12.*1993* verweisen, das wir im Widerspruchsverfahren als Anlage W 2 vorgelegt hatten, und in welchem es ausdrücklich heißt: „*Aus meiner Sicht bestehen keine Bedenken dagegen, dass Sie für private Anbieter arbeiten, da Sie nicht „programmprägend“*

für uns tätig sind. Wir gehen allerdings davon aus, dass Sie auch weiterhin der Unterhaltungsredaktion mit Kabarett-Beiträgen zur Verfügung stehen."

Man muss sich Mühe geben, den Unterschied zwischen diesen beiden Schreiben nicht wahrzunehmen. Unter diesen Umständen davon auszugehen, das Tätigkeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beigeladenen sei frei gewesen und frei geblieben, verletzt einfachste Interpretationsregeln. Hätte das Landessozialgericht sich diesen Äußerungen mit nur einfachstem Textverständnis genähert, wäre offenbar geworden, dass der Kläger sehr wohl einem Wettbewerbsverbot unterstand. Es ist sehr naheliegend, zumindest aber nicht ausgeschlossen, dass dies dem Prozess eine entscheidende Wendung gegeben hätte. Der Kläger war abhängig beschäftigt. Dies festzustellen, ist ein Gebot der Gerechtigkeit.

Dr. Berst-Frediani
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Medizinrecht