lübbert | rechtsanwälte partnerschaft mbb | Wallstraße 15 | 79098 Freiburg

Landessozialgericht Baden-Württemberg
Hauffstr. 5
70190 Stuttgart

via beA

21.07.2023 Az.: 138/20 SB29fh D10/616-23

B e r u f u n g s b e g r ü n d u n g

L 13 BA 1696/23
In Sachen
Kissel
g e g e n
Deutsche Rentenversicherung Bund

begründen wir die am 14.06.2023 eingelegte Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 24.02.2023:

I.
Vorbemerkung

Das Urteil ist auf die Berufung hin abzuändern, der Klage stattzugeben. Das Urteil des Sozialgerichts hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Es vermengt die Begriffe des Arbeits- und des Beschäftigungsverhältnisses und weitet eine vom Bundesverfassungsgericht vorgegebene Privilegierung der Rundfunkanstalten im Arbeitsrecht unzulässigerweise und ohne Not auf das Sozialversicherungsrecht aus.

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
Lisa Auerbach
Fachanwältin für Medizinrecht
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

Darüber hinaus – und dies hat schon etwas Bitteres – nimmt es den Sachvortrag des Klägers zum Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung schlicht nicht zur Kenntnis. Das Urteil ignoriert jeden Beleg, den der Kläger für seine abhängige Beschäftigung beigebracht hat. Sie sind dem Gericht noch nicht einmal einen Kommentar wert.

II.
Zur Rechtslage

Unter Verweis auf die Entscheidung des BSG vom 28.01.1999 (Az. B 3 KR 2/98 R) versucht das Sozialgericht die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und des Bundesarbeitsgerichts insoweit zu synchronisieren, als es die Abgrenzung zwischen dem Arbeitsverhältnis und der freien Mitarbeit einerseits sowie der abhängigen Beschäftigung und der selbständigen Tätigkeit andererseits im Rundfunkbereich vor allem daran festzumachen versucht, ob der Mitarbeiter programmgestaltend ist oder nicht.

Aus dem von der Arbeitsgerichtsbarkeit aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben formulierten Grundsatz, wonach programmgestaltende Mitarbeiter nur dann als Arbeitnehmer der Sendeanstalten zu verstehen sind, wenn diese innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleitung der Mitarbeiter verfügen kann, schließt das Sozialgericht, das auch nur in diesem Fall von einer abhängigen und damit auch sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung auszugehen ist. In diesem Schluss liegen gleich drei Fehler:

1. Die Arbeitsgerichte privilegieren in ihrer Rechtsprechung die Beschäftigung sogenannter freier Mitarbeiter durch Sendeanstalten, um damit dem Bedürfnis der Sendeanstalten Rechnung zu tragen, dem Gebot der Vielfalt der zu vermittelnden Programminhalte auch bei der Auswahl, Einstellung und Beschäftigung derjenigen Mitarbeiter Rechnung zu tragen, die bei der Gestaltung der Programme mitwirken sollen. Um die Vielfalt der Rundfunkinhalte zu gewährleisten, sollen die Sendeanstalten nicht an die strengen Vorgaben zur Beendigung dieser Beschäftigungsverhältnisse gebunden sein. Hierfür ist es insbesondere erforderlich, dass diese Mitarbeiter weder Kündigungs- noch Befristungsschutz genießen.

   Zu keinem Zeitpunkt hat das Bundesverfassungsgericht allerdings eine Privilegierung der Sendeanstalten auch im Sozialversicherungsrecht verlangt. Ganz im Gegenteil, hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klargestellt, dass die verfassungsrechtlich gebotene Privilegierung der Sendeanstalten lediglich für Arbeitsverhältnisse gelten muss, nicht dagegen für Sozialversicherungsverhältnisse. Ohne jeden verfassungsrecht-

lichen Anlass wendet das Sozialgericht dann einen juristischen Ausnahmesatz extensiv an, was allgemein als unzulässig gilt.

2. Bereits das einfache Sozialrecht differenziert in der sozialversicherungsrechtlichen Grundnorm des § 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV zwischen dem Arbeitsverhältnis und dem Beschäftigungsverhältnis. Die Begriffe sind weder synonym noch inhaltlich deckungsgleich. In einem sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis kann auch tätig sein, wer nicht in einem Arbeitsverhältnis steht. Umgekehrt gibt es auch einige (wenige) Fälle, in denen Arbeitsverhältnisse kurzfristig ohne Weisungsbefugnisse und unter Aussetzung wechselseitiger Pflichten fortgeführt werden, was dann das Beschäftigungsverhältnis beendet.

   Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen des Sozialgerichts zur Frage des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses schlicht obsolet. Wir hatten dies auch im Ansatz nie behauptet. Das Sozialgericht war im Gegenteil aufgefordert, sich speziell mit der Frage zu befassen, ob zwischen dem Kläger und der Beigeladenen ein Beschäftigungsverhältnis bestand, wobei es wünschenswert gewesen wäre, nachzuvollziehen, dass die Arbeitsgerichte die Stellung des Klägers nur deswegen (ausnahmsweise) nicht als Arbeitsverhältnis gewertet haben, weil sie seine Tätigkeit als programmgestaltend wahrgenommen und der Beigeladenen an dieser Stelle eine verfassungsrechtliche Privilegierung zugestanden haben. Dass diese verfassungsrechtliche Privilegierung im Sozialversicherungsrecht gerade nicht erforderlich und auch nicht geboten ist, ist zentrales Thema dieses Verfahrens.

3. Bei seiner Entscheidung bezieht sich das Sozialgericht auf das Urteil des BSG vom 28.01.1999. Hierzu hatten wir im Widerspruchsverfahren bereits vorgetragen, dass das Urteil des BSG tatsächlich eine Annäherung der Rechtsprechung der Sozialgerichte an die der Arbeitsgerichte vorzunehmen scheint, bei der Abgrenzung der (abhängigen) Beschäftigung von der freien Tätigkeit jedoch weniger darauf abstellt, ob ein Mitarbeiter der Rundfunkanstalten programmgestaltend ist, als darauf, ob die Rundfunkanstalt berechtigt ist, ihn zum Dienst einzuteilen. Es stellt dabei insbesondere klar, dass bei der Beurteilung des Tätigkeitsverhältnisses als Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne die üblichen Kriterien anzuwenden sind, insbesondere also die Frage nach der persönlichen Abhängigkeit und die Eingliederung des Beschäftigten in den fremden Betrieb, die sich entweder durch ein spezifisches Weisungsrecht des Arbeitgebers ausdrückt oder – insbesondere bei Diensten höherer Art – in der funktionsgerecht dienenden Teilnahme am Arbeitsprozess des Arbeitgebers.

BSG vom 28.01.1999, B 3 KR 2/98, Rn. 20 (juris)

Ganz zu Recht ist das BSG in der Anpassung seiner Rechtsprechung an diejenige des Bundesarbeitsgerichts zurückhalten, denn das Bundesverfassungsgericht hat zu keinem Zeitpunkt verlangt, dass die Rundfunkfreiheit auch bei der Qualifikation einer Tätigkeit als sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis in der Weise zu beachten sei, wie dies bei der Beurteilung der Tätigkeit als Arbeitsverhältnis der Fall ist. Im Gegenteil hat das Bundesverfassungsgericht schon in seiner Grundsatzentscheidung vom Januar 1982

BVerfG vom 13.01.1982, NJW 1982, 1447

festgestellt, dass es die Rundfunkanstalten keinesfalls in ihrer Rundfunkfreiheit beeinträchtigt, wenn sie bei der Beschäftigung von Mitarbeitern – auch von programmgestaltenden Mitarbeitern – die Regeln über die Altersversorgung oder des Schutzes bei Krankheiten zu respektieren haben. Ganz ausdrücklich stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht etwa der Bewertung von Rundfunkmitarbeiterverhältnissen als abhängige Beschäftigung im Sinne des § 7 Abs. 1 SGB IV entgegensteht.

a.a.O., S. 1450

Umgekehrt möchte man sagen, dass gerade die gegenüber Normal-Arbeitgebern größere Freiheit der Rundfunkanstalten, ihre Mitarbeiter ohne Kündigungsbeschränkung zu entlassen, wenn die Erfordernisse der Programmgestaltung dies bedingen, eine Absicherung eben dieser Mitarbeiter vor Arbeitslosigkeit im besonderen Maße erfordert. Diese Absicherung wird jedoch von der Künstlersozialkasse nicht gewährleistet. Sie kann nur durch die Qualifikation des Tätigkeitsverhältnisses als Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts eintreten.

III.
Zur Sache

Die rechtlichen Ausführungen des Sozialgerichts sind aus unserer Sicht falsch, bleiben aber innerhalb des Spektrums, in dem sich Juristen normalerweise bewegen. Nicht mehr nachvollziehbar sind dagegen die tatsächlichen Ausführungen des Sozialgerichts. Wie eingangs erwähnt, sehen wir die Belege, die für die persönliche Abhängigkeit des Klägers beigebracht

haben, schlicht übergangen. Ein solches Verhalten sind wir von den Sozialgerichten nicht gewöhnt.

1. Örtliche Gebundenheit

Die Kammer hält es für „lebensfremd“ anzunehmen, dass der Kläger nur dann Aufträge erhalten habe, wenn er sich in den Räumlichkeiten der Beigeladenen aufhielt. Abgesehen davon, dass das Gericht nicht offenbart, woher es die Lebenserfahrung nimmt, z.B. selbst als vermeintlich freier Mitarbeiter für den Rundfunk tätig gewesen zu sein, geht es mit keinem Wort auf die von uns als Anlagenkonvolut K 1 vorgelegten E-Mails ein, die dorch eine deutlich andere Sprache sprechen. Wir zitieren:

> „Aus arbeitsrechtlichen, arbeitsschutzrechtlichen und versicherungsrechtlichen Gründen sind Home-Office-Lösungen oder Telearbeit im SWR derzeit nicht vorgesehen … 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. Und dieses Angebot kann er nicht einseitig ändern.“
>
> (Mail vom 04.05.2012)

> „home-office ist im SWR noch nicht eingeführt, d.h. Recherchen, die abgerechnet werden, finden in den Büros des SWR statt.“
>
> (Mail vom 18.04.2012)

> „Der Mitarbeiter hat zu den Zeiten und an den Orten, die ihm einzeln in Produktionsplänen etc. oder in mündlichen Dispositionsabsprachen mitgeteilt worden sind, zu erscheinen oder sich zu den festgelegten Abrufzeiten erreichbar zur Verfügung zu halten.
>
> … die Möglichkeit der Selbstdisposition der freien Mitarbeiter ist dabei nicht gegeben.“

Unter „Abrufzeiten“ waren dabei immer die Zeiten des freien Mitarbeiters im Betrieb zu verstehen. Ein Mitarbeiter, der nicht vor Ort war, wurde nicht abgerufen und erhielt keine Aufträge.

2. Dienstpläne

Das Sozialgericht stellt immerhin fest, dass der Kläger ab etwa 2007 in Dienstpläne aufgenommen war, hält dies jedoch deswegen für nicht erheblich, weil er nur dann zur Anwesenheit verpflichtet war, wenn er die Termine „vorab“ bestätigt habe.

Dabei ist schon unklar, was mit dem Terminus „vorab“ gemeint ist, denn bevor man nicht in einen Dienstplan aufgenommen wird, kann man den Termin *vorab* schlecht bestätigen. Falls das Gericht unter „vorab“ die Tatsache versteht, dass der Termin vor dem eigentlichen Dienst, aber nach der Aufnahme in den Dienstplan zu bestätigen war, ist dies indessen falsch. Wir hatten bereits in der Begründung des Widerspruchs am

01.04.2020 darauf hingewiesen, dass ein Mitarbeiter, der nicht „zwangsverpflichtet“ werden wollte, sich aus den Dienstplänen *austragen* musste, um nicht zugewiesen zu werden. Spätere Korrekturen führten zu erheblichen Konflikten. Wir dürfen (noch einmal) zitieren:

> „Du hattest alles „auf Grün“ und damit als „verfügbar“ gekennzeichnet“
>
> „und ich brauch Dich in dieser Zeit.“
>
> „Ab September sind dann wieder alle Truppen an Bord und da wirst Du für das Homepage-Projekt wieder Zeit haben.“
>
> „Das Dienstplantool ist kein Spielzeug nach dem Motto „plant man und dann feilschen wir um Dienste.“
>
> „Wenn ich (aber) Personal benötige und Du verfügbar signalisiert hast (durch „Grün“), setze ich Dich ein. Ganz klar.“

Entsprechender E-Mail-Schriftwechsel findet sich in der Verwaltungsakte S. 545.

3. Wettbewerbsverbot

Auch das Vorliegen eines Wettbewerbsverbots haben wir nachgewiesen. Dies lag nicht darin, dass dem Kläger im Einzelfall untersagt wurde, einen bereits für die Beigeladene produzierten Beitrag nicht noch einmal zu verkaufen, sondern darin, dass er generell nicht für private Radiosender tätig sein durfte. Auch hier dürfen wir noch einmal auf die Anlage W 2 verweisen und zitieren:

> „Außerdem dürfte Dir bekannt sein, dass wir Wert darauf legen, dass unsere Radiomitarbeiter nicht gleichzeitig für private Radiosender arbeiten. Dies schließt sich aus.“

Es ist hier nicht nachvollziehbar, dass das Sozialgericht dies nicht zur Kenntnis genommen hat.

IV.
Zusammenfassung und Revisionsantrag

In der Summe bleiben wir dabei, dass der Kläger zwar nicht in einem Arbeitsverhältnis zur Beigeladenen stand, wohl aber in einem Beschäftigungsverhältnis. Sollte das Landessozialgericht sich dieser Auffassung nicht anschließen, beantragen wir ausdrücklich die

Revision

gegen seine Entscheidung zuzulassen. Das Bundessozialgericht hat sich – soweit ersichtlich – mit dem auch verfassungsrechtlich komplexen Zusammenspiel des Begriffs des Arbeitsverhältnisses, der freien Mitarbeiterschaft und der sozialversicherungsfreien Tätigkeit für den Rundfunk oder andere unter dem Schutz des Grundgesetzes stehende Medien und Organisationen nur in zwei Entscheidungen (1998 und 1999) befasst. Auf Initiative des Klägers hin hat es die frühere Rechtspraxis korrigiert, allein aufgrund eines Bescheids der Künstlersozialkasse von einer selbständigen Tätigkeit auszugehen und der Beklagten eine entsprechende Prüfung nach § 7a Abs. 1 S. 1 SGB IV zu versagen. Nachdem diese Praxis beendet ist, wird die Frage der Sozialversicherungspflicht der Beschäftigung sogenannter freier Mitarbeiter des Rundfunks und der Presse umso virulenter, wobei wir die Behauptung wagen, es ist kein Zufall, dass die sogenannten § 12a-Freien zwischenzeitlich als versicherungspflichtig Beschäftige gelten und Pflichtversicherungsbeiträge für sie abgeführt werden. Es ist nicht fernliegend anzunehmen, dass das Urteil des Bundessozialgerichts vom 13.12.2017 (Az. B 12 R 1/18 R) hierbei eine erhebliche Rolle spielte. Umso wichtiger ist es dann, dass die materielle Frage des Verhältnisses arbeitsrechtlicher freier Mitarbeit und sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung nun auch durch das Bundessozialgericht geklärt wird.

V.
Verweisung

Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir auf unseren bisherigen erstinstanzlichen, aber auch auf den Vortrag im Widerspruchsverfahren. Die grundlegendsten Ausführungen zur Sach- und Rechtslage haben wir in unserer Widerspruchsbegründung vom 01.04.2020 gegenüber der Beklagten bereits formuliert.

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

lübbert rechtsanwälte partnerschaft mbb – „stern“ (21/2021, 21/2022 und 21/2023): eine der besten Anwaltskanzleien für Privatmandanten