

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
3. Dezember 1998

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: B 7 AL 108/97 R

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Bundesanstalt für Arbeit,
Regensburger Straße 104, 90478 Nürnberg,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 7. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1998 durch die Vizepräsidentin Dr. W o l f f , die Richterin Tüttenberg und den Richter Dr. S p e l l b r i n k sowie die ehrenamtlichen Richter H ö c h s t und K i n g l e r für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 29. Oktober 1996 aufgehoben, soweit die Berufungen des Klägers gegen die Urteile des Sozialgerichts Frankfurt/Main vom 28. Februar 1994 - S 15 Ar 499/92 und S 15 Ar 1338/92 - zurückgewiesen worden sind. Insoweit wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Streitig ist, ob dem Kläger für die Zeiten vom 15./16. Oktober 1991, 2. Januar bis 20. Februar 1992 und ab 9. März 1992 Leistungen wegen Arbeitslosigkeit zustehen, insbesondere die Anwartschaftszeit erfüllt ist.

Der 1954 geborene Kläger ist seit dem 4. Juli 1988 bei dem Zweiten Deutschen Fernsehen (ZDF) mit Unterbrechungen als Tontechniker tätig. In den Arbeitsbescheinigungen des ZDF ist für folgende Zeiträume Lohn als abgerechnet angegeben: 4. Juli 1988 bis 9. August 1988, 1. September 1988 bis 8. September 1988, 28. September 1988 bis 30. September 1988, 21. Oktober 1988 bis 3. November 1988, 18. November 1988 bis 31. Dezember 1988, 19. April 1989 bis 27. April 1989, 16. Juni 1989 bis 26. Juni 1989, 3. August 1989 bis 14. August 1989, 8. September 1989 bis 14. September 1989, 19. Oktober 1989 bis 6. November 1989, 21. November 1989 bis 28. November 1989, 12. Dezember 1989 bis 30. Dezember 1989, 1. Februar 1990 bis 2. Februar 1990, 20. April 1990 bis 9. Mai 1990, 22. Juni 1990 bis 9. Juli 1990, 10. Juli 1990 bis 3. August 1990, 3. September 1990 bis 8. Oktober 1990, 5. November 1990 bis 10. November 1990, 29. November 1990 bis 3. Dezember 1990, 12. März 1991 bis 27. März 1991, 8. April 1991 bis 15. April 1991, 29. Mai 1991 bis 4. Juni 1991, 5. Juni 1991 bis 14. Juni 1991, 5. Juli 1991 bis 7. Juli 1991, 6. August 1991 bis 12. August 1991, 28. September 1991 bis 29. September 1991, 17. Oktober 1991 bis 24. Oktober 1991, 15. November 1991 bis 31. Dezember 1991. Ein Teil der Beschäftigungen ist in den Arbeitsbescheinigungen als beitragsfrei wegen unständiger Beschäftigung bezeichnet.

Am 15. Oktober 1991 meldete sich der Kläger bei der Beklagten erstmals arbeitslos und beantragte Arbeitslosengeld (Alg). Diesen Antrag lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 5. November 1991 und bestätigendem Widerspruchsbescheid vom 5. Februar 1992 ab, weil der Kläger mit 248 Kalendertagen beitragspflichtiger Beschäftigung innerhalb der Rahmenfrist die Anwartschaftszeit nicht erfüllt habe. Dem Kläger stehe auch kein Anspruch auf Arbeitslosenhilfe (Alhi) zu; er habe nicht innerhalb eines Jahres vor der Arbeitslosmeldung Alg bezogen und auch nicht mindestens 150 Tage, sondern nur 51 Tage in einer beitragspflichtigen Beschäftigung gestanden. Hiergegen erhob der Kläger Klage (S 15 Ar 499/92).

Nachdem sich der Kläger am 2. Januar 1992 erneut arbeitslos gemeldet hatte und vom 21. Februar bis 6. März 1992 wieder beschäftigt war, meldete er sich am 9. März wieder arbeitslos und beantragte Alg. Die Beklagte verneinte einen Anspruch auf Alg sowohl für die Zeit ab 2. Januar 1992 als auch für die Zeit ab 9. März 1992 und führte aus, der Kläger sei innerhalb der Rahmenfrist von drei Jahren nicht 360 Kalendertage, sondern nur



266 bzw 281 Kalendertage beitragspflichtig beschäftigt gewesen. Ein Anspruch auf Alhi bestehe ebenfalls nicht (Bescheid vom 7. April 1992 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 14. Mai 1992). Auch hiergegen hat der Kläger Klage erhoben (S 15 Ar 1338/92).

Nach weiteren Beschäftigungen in der Zeit vom 5. Mai bis 11. November 1992 bezog der Kläger ab 20. November 1992 Alg - unterbrochen von weiteren Beschäftigungszeiträumen - bis zur Erschöpfung des Anspruchs am 7. Februar 1994. Den Antrag des Klägers vom 28. Dezember 1993 auf "erneutes und aktualisiertes Arbeitslosengeld" lehnte die Beklagte mit dem Hinweis ab, daß nur noch ein Restanspruch für 32 Werktage bestehe, darüber hinaus aber keine neue Anwartschaft erfüllt worden sei (Bescheid vom 14. Februar 1994 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 31. Mai 1994). Auch hiergegen wurde Klage erhoben (S 15 Ar 2187/94).

Die beiden ersten Klagen hat das Sozialgericht (SG) Frankfurt durch Urteile vom 28. Februar 1994 und die letztgenannte Klage durch Gerichtsbescheid vom 15. Januar 1996 abgewiesen.

Das Landessozialgericht (LSG) hat die drei Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden und durch Urteil vom 29. Oktober 1996 die drei Berufungen zurückgewiesen, und zwar hinsichtlich der Berufung gegen den Gerichtsbescheid vom 15. Januar 1996 wegen Unzulässigkeit der Klage, die beiden Berufungen gegen die Urteile des SG vom 28. Februar 1994 wegen Nichterfüllung der Anwartschaftszeit. Hierzu hat es ua ausgeführt, § 104 Abs 1 Satz 3 Arbeitsförderungsgesetz (AFG), wonach Zeiten einer Beschäftigung, für die kein Arbeitsentgelt gezahlt werde und die jeweils vier Wochen nicht überschritten, zur Erfüllung der Anwartschaftszeit dienten, finde im Falle des Klägers keine Anwendung, weil kein durchgängiges Arbeitsverhältnis vorgelegen habe, sondern ein solches lediglich für die jeweiligen Beschäftigungszeiten bestanden habe. Die verfassungsrechtlichen Bedenken des Klägers aus Art 14 Abs 1 und Art 3 Abs 1 des Grundgesetzes (GG) teile der Senat nicht.

Mit seiner Revision, die nur hinsichtlich der Berufungen des Klägers gegen die Urteile des SG vom 28. Februar 1994 zugelassen worden ist, rügt der Kläger eine Verletzung des § 104 Abs 1 Satz 3 AFG, hilfsweise einen Verstoß gegen Art 3 Abs 1 GG und trägt vor: Das LSG habe bereits einfachrechtlich gegen § 104 Abs 1 AFG verstoßen, indem es bezüglich seines ersten Antrags auf Alg vom 15. Oktober 1991 die Erfüllung der Anwartschaftszeit verneint habe. Denn er habe in der maßgeblichen Rahmenfrist vom 15. Oktober 1988 bis 14. Oktober 1991 insgesamt 449 Kalendertage berücksichtigungsfähiger Beschäftigungszeiten zurückgelegt, wenn neben den beitragspflichtigen Beschäftigungszeiten auch die acht Zeiträume berücksichtigt würden, in denen sein Arbeitsverhältnis jeweils um bis zu vier Wochen unterbrochen gewesen sei. Hierbei sei das LSG zu Unrecht davon ausgegangen, daß sein Arbeitsverhältnis mit dem ZDF nicht durchgehend



bestanden habe und er - wie sich aus dem Tatbestand des LSG-Urteils ergebe - unständig beschäftigt gewesen sei. Dabei habe das LSG den Rechtsbegriff des unständig Beschäftigten iS von § 169c AFG verkannt, weil Arbeitnehmer nach dieser Bestimmung nur dann beitragsfrei seien, wenn die Beschäftigung nach der Natur der Sache auf weniger als eine Woche befristet zu sein pflege oder im voraus durch den Arbeitsvertrag befristet sei. Dies treffe in seinem Fall nicht zu. Die Feststellung, daß er unständig Beschäftigter sei, sei im übrigen verfahrensfehlerhaft - insbesondere unter Verletzung des rechtlichen Gehörs - zustande gekommen.

Darüber hinaus verstoße § 104 Abs 1 Satz 2 iVm Satz 3 AFG gegen Art 3 Abs 1 GG, sofern Unterbrechungen einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung bis zu vier Wochen nur dann als anwartschaftsbegründende Zeiten Berücksichtigung fänden, wenn sie während eines durchgängigen Arbeitsverhältnisses aufgetreten seien. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt, wenn demgegenüber Unterbrechungen des Arbeitsvertragsverhältnisses von kürzerer Dauer nicht der Erfüllung der Anwartschaftszeit dienten. Beide Personengruppen - sowohl diejenigen mit durchgehendem Arbeitsverhältnis als auch diejenigen mit unterbrochenem Arbeitsverhältnis - wiesen bei gleicher Beschäftigungsdauer und gleicher Unterbrechungszeit während der Rahmenfrist dieselben Merkmale auf; sie unterlägen während der Beschäftigung der Beitragspflicht, hätten innerhalb der Rahmenfrist die gleiche Beschäftigungsdauer und zahlten die gleichen Beiträge.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 29. Oktober 1996, soweit es die Berufungen des Klägers gegen die Urteile des Sozialgerichts Frankfurt/Main vom 28. Februar 1994 - S 15 Ar 499/92 und S 15 Ar 1338/92 - betrifft, diese Urteile und die Bescheide der Beklagten vom 5. November 1991 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Februar 1992 sowie vom 7. April 1992 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. Mai 1992 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihm ab 15. Oktober 1991, ab 2. Januar 1992 und ab 9. März 1992 Arbeitslosengeld zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie bezieht sich auf die ihrer Ansicht nach zutreffenden Gründe des angefochtenen Urteils und trägt ergänzend vor, ein Verstoß gegen Art 3 Abs 1 GG liege nicht vor; unerheblich sei insoweit, daß der Kläger nach Zwischenzeiten jeweils wieder eine Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber aufgenommen habe.

Auf die zulässige Revision des Klägers ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das LSG zurückzuverweisen (§ 170 Abs 2 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz <SGG>). Die tatsächlichen Feststellungen des LSG reichen für eine abschließende Beurteilung nicht aus.

Gegenstand des Verfahrens sind die Bescheide der Beklagten vom 5. November 1991 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Februar 1992 sowie vom 7. April 1992 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4. Mai 1992, mit denen die Anträge des Klägers auf Bewilligung von Alg für die Zeit vom 15. bis 16. Oktober 1991 sowie für die Zeit vom 2. Januar bis 20. Februar 1992 und vom 9. März bis 4. Mai 1992 abgelehnt worden sind. Ob danach weitere Bescheide ergangen und gemäß § 96 SGG Gegenstand des Verfahrens geworden sind, wird das LSG im einzelnen zu prüfen haben. Dabei wird allerdings zu beachten sein, daß der Bescheid vom 14. Februar 1994 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31. Mai 1994, mit dem ein Anspruch des Klägers auf Alg für die Zeit ab Februar 1994 verneint worden ist, nicht Gegenstand des Verfahrens ist, weil er aufgrund der Wahlmöglichkeit des Klägers (vgl. Beschluß des 11. Senats vom 16. August 1989 - 11 BAr 53/89 -) selbständig mit der Klage angefochten worden ist (S 15 Ar 2187/94); soweit das LSG - nach Verbindung mit den beiden anderen Verfahren - hierüber entschieden hat, ist sein Urteil rechtskräftig geworden, weil insoweit die Revision nicht zugelassen worden ist.

In der Revisionsinstanz zu beachtende Verfahrensmängel liegen nicht vor. Insbesondere waren die Berufungen statthaft. Hinsichtlich des Verfahrens S 15 Ar 499/92 ist die Berufung zugelassen worden; in dem Verfahren S 15 Ar 1338/92 lag der Beschwerdewert im Hinblick auf das vom Kläger für die Zeit vom 2. Januar bis 20. Februar 1992 sowie vom 9. März bis 4. Mai 1992 begehrte Alg jedenfalls über 1.000,-- DM (§§ 143, 144 SGG).

Ob die Beklagte Ansprüche des Klägers auf Alg für die oben genannten Zeiträume zu Recht verneint hat, vermag der Senat nach den tatsächlichen Feststellungen des LSG nicht zu beurteilen. Hierzu bedarf es weiterer Ermittlungen. Im Hinblick hierauf kann der Senat wegen der Subsidiarität des Alhi-Anspruchs gegenüber dem Alg-Anspruch (§ 134 Abs 1 Satz 1 Nr 2 AFG) auch nicht über einen Anspruch des Klägers auf Alhi entscheiden.

Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf Alg ist § 100 Abs 1 AFG. Danach hat Anspruch auf Alg, wer arbeitslos ist, der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht, die Anwartschaftszeit erfüllt, sich beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldet und Alg beantragt hat. Der Kläger hatte sich am 15. Oktober 1991, am 2. Januar und am 9. März 1992 jeweils arbeitslos gemeldet und auch Alg beantragt. Die Anwartschaftszeit hat nach § 104 AFG (idF des Ersten Gesetzes zur Änderung des Jugendarbeitsschutzgesetzes vom 15. Oktober 1984, BGBl I 1277) erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht



begründenden Beschäftigung (§ 168 AFG) gestanden hat (Abs 1 Satz 1). Die Rahmenfrist beträgt drei Jahre (Abs 3) und geht dem ersten Tag der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt sind (Abs 2). Zeiten einer Beschäftigung, für die kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, dienen nicht zur Erfüllung der Anwartschaftszeit (Abs 1 Satz 2 Nr 1). Dies gilt nicht für Beschäftigungszeiten ohne Arbeitsentgelt, die jeweils vier Wochen nicht überschreiten (Abs 1 Satz 3). Wird diese Frist allerdings überschritten, dient die Beschäftigungszeit insgesamt (also nicht nur der vier Wochen überschreitende Teil) nicht zur Erfüllung der Anwartschaftszeit (vgl BSG, Beschluß vom 20. Juni 1995 - 10 RKg 10/94 -, nicht veröffentlicht).

§ 104 Abs 1 Satz 4 AFG greift zugunsten des Klägers, worauf die Vorinstanzen bereits zutreffend hingewiesen haben, nicht ein. Danach beträgt die Beschäftigungszeit nach § 104 Abs 1 Satz 1 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 Verordnungsgeber hat in § 1 Abs 2 Anwartschaftszeit-Verordnung (AnwZV vom 29. Januar 1982 idF vom 15. Oktober 1984 - BGBl I 1277) den Kreis der Begünstigten zulässigerweise danach abgegrenzt, ob sie in Betrieben beschäftigt sind, deren Beschäftigungen von regelmäßigen Unterbrechungen bzw Schwankungen gekennzeichnet sind (vgl hierzu BSG SozR 3-4100 § 104 Nr 14 S 63 ff mwN). Die dort genannten Fallgestaltungen - jährlich wiederkehrende Einstellungen der Produktion für eine zusammenhängende Zeit, Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses aus witterungsbedingten Gründen, Einstellung von Arbeitnehmern wegen Produktionssteigerung - liegen hier ersichtlich nicht vor.

Der Kläger hätte mithin - bei Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen - die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Alg ab 15. Oktober 1991 (ggf erst für die Zeit ab 2. Januar und/oder ab 9. März 1992) nur dann erfüllt, wenn er in dem der ersten Antragstellung vorhergehenden Dreijahreszeitraum (oder jedenfalls in dem der zweiten oder dritten Antragstellung vorhergehenden Dreijahreszeitraum) außer den festgestellten 248 (266 oder 281) Kalendertagen beitragspflichtiger Beschäftigung weitere Beschäftigungszeiten - und zwar bis zu jeweils 360 Kalendertagen - zurückgelegt hätte,

- 1) die entweder Beitragspflicht begründet haben (§ 104 Abs 1 Satz 1 iVm § 168 Abs 1 AFG)
- 2) oder aber als Beschäftigungszeiten ohne Entgeltzahlung iS von § 104 Abs 1 Satz 3 AFG zu bewerten sind, sofern sie jeweils vier Wochen nicht überschreiten.

Das LSG hat die Zwischenzeiten zwischen den festgestellten Arbeitseinsätzen, auch soweit sie vier Wochen nicht überschreiten, nicht als anwartschaftsbegründende Zeiten iS von § 104 Abs 1 Satz 3 AFG gewertet, weil sie nicht in einem "durchgängigen" Arbeitsverhältnis zurückgelegt worden seien; ein solches habe zwischen dem Kläger und dem



ZDF nicht bestanden, sondern nur während der jeweiligen Arbeitseinsätze. Das LSG dürfte insoweit zwar zu Recht davon ausgegangen sein, daß es sich bei den Arbeitseinsätzen des Klägers als Tontechniker beim ZDF um eine abhängige Beschäftigung handelt und nicht etwa um eine Tätigkeit als "freier (selbständiger) Mitarbeiter", der weisungsfrei an Programmgestaltungen mitwirkt (zur Abgrenzung vgl 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. Das dürfte - wovon auch die Beteiligten ausgehen - auch für Tontechniker gelten, die zum betriebstechnischen Personal gehören und eine eher untergeordnete Tätigkeit ausüben, die keinen nennenswerten eigenen Gestaltungsspielraum zuläßt. Soweit das LSG jedoch von einem "nicht durchgängigen Arbeitsverhältnis" ausgegangen ist, hat es weder dargelegt, was es darunter versteht, noch hat es Feststellungen getroffen, die Aufschluß über die Art und Weise der Arbeitseinsätze (Dispositionspraxis), die insoweit getroffenen Absprachen oder Vereinbarungen oder sonstige Umstände der Beschäftigung geben können. Derartige Feststellungen sind jedoch erforderlich, um beurteilen zu können, ob - von vornherein - ein unbefristetes Dauerarbeitsverhältnis vorgelegen hat oder ob jedenfalls die Kriterien erfüllt sind, bei deren Vorliegen nach der Rechtsprechung des BAG zu den Arbeitsverhältnissen von Rundfunk- und Fernsehmitarbeitern aus einzelnen befristeten Arbeitseinsätzen - nach gewisser Zeit - ein Dauerarbeitsverhältnis entsteht. Denn jedenfalls in diesen Fällen ist auch in den Zwischenzeiten zwischen den Arbeitseinsätzen, in denen Arbeitsentgelt nicht gezahlt wird, eine Beschäftigungszeit iS von § 104 Abs 1 Satz 3 AFG zu bejahen, sofern sie jeweils vier Wochen nicht überschreiten.

Was unter einer Beschäftigungszeit iS von § 104 Abs 1 Satz 3 AFG zu verstehen ist, insbesondere unter welchen Voraussetzungen bzw Bedingungen eine Beschäftigung anzunehmen ist, obwohl kein Entgelt gezahlt und auch keine Arbeitsleistung erbracht wird, ist in § 104 AFG selbst nicht näher geregelt. Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat, kann der Begriff Beschäftigung im AFG auch nicht abschließend und allgemein bestimmt werden, weil er je nach Sinnzusammenhang, in dem er steht, unterschiedliche Bedeutung erlangen kann (zur funktionsdifferenten Auslegung: 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 unterscheidet 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 Beschäftigung "von begrenzter Dauer" für den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses keine Bedeutung beimißt, solange das Arbeits-



verhältnis fortbesteht und Arbeitgeber und Arbeitnehmer den Willen haben, das Beschäftigungsverhältnis fortzusetzen (BSGE 13, 263, 264; 33, 254, 257; BSGE 41, 24, 25 f = SozR 2200 § 165 Nr 8; BSGE 41, 41, 52 f = SozR 2200 § 1259 Nr 13; BSGE 68, 236, 240).

§ 104 Abs 1 AFG knüpft für die Anwartschaftszeit an den beitragsrechtlichen Begriff der Beschäftigung an, wie sich bereits aus der Verweisung in Satz 1 auf § 168 AFG ergibt. Beitragspflichtig sind nach § 168 Abs 1 AFG grundsätzlich Personen, die als Arbeitnehmer gegen Entgelt (oder zu ihrer Berufsausbildung) beschäftigt sind. Mit Beschäftigung ist nach § 7 Abs 1 Sozialgesetzbuch - Viertes Buch (SGB IV), auf den § 173a AFG für die Beitragspflicht in der Arbeitslosenversicherung ausdrücklich verweist, die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, gemeint. Diese arbeitsrechtliche Komponente, die auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abstellt, findet ihren Niederschlag auch in § 104 Abs 1 AFG. Grundsätzlich sollen nur diejenigen Versicherungsschutz erhalten, die bei Eintritt der Arbeitslosigkeit der Solidargemeinschaft über eine gewisse Zeit als Arbeitnehmer angehört haben. Von dem grundsätzlichen Erfordernis der Beitragspflicht des Arbeitnehmers bzw seiner Beschäftigung "gegen Entgelt" (§ 104 Abs 1 Satz 1 und 2 AFG iVm § 168 Abs 1 AFG) sieht Satz 3 in den Fällen ab, in denen für eine Zeit von begrenzter Dauer kein Arbeitsentgelt gezahlt, aber gleichwohl die Beschäftigung fortbesteht. Dies entspricht dem bisherigen, am Arbeitsverhältnis 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 zukommt, den Versicherungsschutz zu gewährleisten (vgl ab 1. Januar 1998 § 24 Abs 3 Nr 2 Sozialgesetzbuch, Drittes Buch, idF durch Art 1 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997 - BGBl I 594, und ab 1. Januar 1999 § 7 Abs 3 Satz 1 SGB IV idF des Rentenreform-Gesetzes 1999 vom 16. Dezember 1997 - BGBl I 2998).

Wenn nach diesem Verständnis allgemein nicht nur Krankheit, bezahlter Urlaub, Freistellung von der Arbeit bei Fortzahlung des Arbeitsentgelts, sondern auch unbezahlter Urlaub, Streik und unentschuldigtes Fehlen - jeweils von begrenzter Dauer - bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis als unschädlich für den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses angesehen werden (vgl die Einzelnachweise in BSGE 68, 236, 240), so muß dies auch im Rahmen des § 104 Abs 1 Satz 3 AFG gelten, wenn die in einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis liegenden Unterbrechungen der Arbeitsleistung auf der Art bzw den Besonderheiten der Arbeit beruhen; in diesen Unterbrechungszeiten muß die Verfügungsbefugnis des Arbeitgebers und die Dienstbereitschaft des Arbeitnehmers jedenfalls im Grundsatz bestehen bleiben.

Eine derartige Auslegung ist mit Sinn und Zweck des § 104 Abs 1 Satz 3 AFG vereinbar. Die durch das HStruktG-AFG (vom 18. Dezember 1975, BGBl I 3113) in § 104 Abs 1



Satz 2 AFG eingeführte Regelung, daß Zeiten, für die kein Arbeitsentgelt gezahlt wird, eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung nur dann unterbrechen, wenn sie jeweils drei Wochen überschreiten, ist zwar aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität eingeführt worden. Die Bestimmung soll den Arbeitsaufwand bei Arbeitgebern, die nach früherem Recht jede kurzfristige Unterbrechung der Arbeit melden mußten, verringern, und das Verfahren bei den Arbeitsämtern vereinfachen (BR-Drucks 575/75, S 52). Die Dauer der unschädlichen Unterbrechung ist später auf vier Wochen erweitert worden (§ 104 Abs 1 Satz 3 idF des 5. AFGÄndG vom 23. Juli 1979, BGBl I 1189). Es entspricht jedoch auch der Funktion der Anwartschaftszeit, verhältnismäßig kurze Unterbrechungen der Arbeitsleistung für die Erfüllung der Anwartschaftszeit mitzuberücksichtigen, wenn und solange das Arbeitsverhältnis fortbesteht und der Arbeitnehmer seine Zugehörigkeit zur Solidargemeinschaft nicht gelöst hat. Da der Gesetzgeber nicht danach differenziert, auf welchen Gründen die Unterbrechung beruht, sieht der Senat keine Bedenken, § 104 Abs 1 Satz 3 AFG auf "ruhende" Beschäftigungszeiten bzw Unterbrechungen der Arbeitsleistung auch dann anzuwenden, wenn sie im Rahmen eines untypischen Dauerarbeitsverhältnisses zurückgelegt werden und die Unterbrechungen auf der Art der Arbeitsleistung beruhen.

Hinsichtlich der mithin für die Anwendung des § 104 Abs 1 Satz 3 AFG maßgeblichen Frage, ob es sich beim Kläger um ein Dauerarbeitsverhältnis/Dauerbeschäftigungsverhältnis handelt oder um mehrere befristete Arbeits- bzw Beschäftigungsverhältnisse, kommt es zunächst darauf an, 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. Schon hierzu hat das LSG keine Feststellungen getroffen, sondern lediglich ausgeführt, es liege kein "durchgehendes" Arbeitsverhältnis vor. Soweit es damit ein Arbeitsverhältnis mit grundsätzlich ununterbrochen fortdauernder Beschäftigung gemeint haben sollte, kommt es darauf im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Denn ein Dauerarbeitsverhältnis bzw ein Dauerbeschäftigungsverhältnis kann auch vorliegen, wenn sich die einzelnen Arbeitseinsätze von Anbeginn an in gewissen Abständen vereinbarungsgemäß wiederholen; es genügt, daß den Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Rahmenvertrag zugrunde liegt oder eine sonstige - auch stillschweigende - Abrede, aus der sich ergibt, daß die Rechtsbeziehung auf Dauer angelegt sein soll (vgl hierzu auch BSG SozR 2200 § 168 Nr 6 S 10 f; vgl aber zu vereinbarten "Aussetzzeiten" Urteil des erkennenden Senats vom 10. September 1998 - B 7 AL 96/97 R -, zur Veröffentlichung vorgesehen).

Aber auch dann, wenn ausdrückliche oder stillschweigende (anfängliche) Vereinbarungen über das Bestehen eines Dauerrechtsverhältnisses fehlen, kann bei der Aufnahme in einen Kreis immer wieder beschäftigter oder zur Verfügung stehender Personen trotz anfänglicher beiderseitiger Unverbindlichkeit ein Dauerarbeitsverhältnis entstehen; dabei



kann es sich auch um ein - typisches oder atypisches - "Abrufarbeitsverhältnis" handeln. Das BAG hat insoweit zu den Rechtsverhältnissen von Mitarbeitern von Rundfunk- und Fernsehanstalten wiederholt entschieden, daß ein Dauerarbeitsverhältnis auch dann vorliegen kann, 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, 1278 f mWN; BAG, Urteil vom 22. April 1998 - 5 AZR 92/97 -, zur Veröffentlichung vorgesehen). Auch in diesen Fällen ist ua darauf abgestellt worden, ob die Anstalt innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen kann (BAGE 77, 226, 234). Dies ist 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, Urteil vom 22. April 1998 - 5 AZR 92/97).

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Gesichtspunkte wird das LSG mithin zu ermitteln haben, wie die Beziehungen des Klägers zum ZDF seit ihrem Beginn im Juli 1988 im einzelnen gestaltet waren und ob - falls nicht bestimmte Vereinbarungen getroffen worden sind oder ein auf den Kläger anwendbarer Tarifvertrag Hinweise auf eine Dauerbeziehung enthält - die Kriterien erfüllt sind, die für das Zustandekommen eines Dauerarbeitsverhältnisses sprechen. Ist ein solches zu bejahen, ist grundsätzlich auch von einem Dauerbeschäftigungsverhältnis auszugehen mit der Folge, daß auch mit den in dieses Dauerbeschäftigungsverhältnis eingebetteten "ruhenden" Beschäftigungszeiten ohne Arbeitsentgelt die Anwartschaftszeit erfüllt werden kann, wenn sie vier Wochen nicht überschreiten. Mit dieser Auslegung des § 104 Abs 1 Satz 3 AFG dürfte auch den vom Kläger geäußerten Bedenken aus Art 3 Abs 1 GG Rechnung getragen sein.

Ob im Hinblick auf einen möglichen Wertungswiderspruch zwischen § 104 und § 101 AFG davon auszugehen ist, daß in solchen - kurzen - anwartschaftsbegründenden Beschäftigungszeiten ohne Arbeitsleistung und ohne Arbeitsentgelt nicht gleichzeitig Be-



schäftigungslosigkeit bzw Arbeitslosigkeit iS von § 101 AFG angenommen und daher Alg oder Alhi für solche Zeiten nicht gewährt werden kann (zu diesen Überlegungen im Zusammenhang mit "Aussetzzeiten" vgl Urteil des erkennenden Senats vom 10. September 1998 - B 7 AL 96/97 R -, zur Veröffentlichung vorgesehen), bedarf bei dem gegenwärtigen Stand des Verfahrens noch keiner abschließenden Entscheidung.

Bei der Prüfung, ob ein Anspruch auf Alg für die Zeit ab 15. Oktober 1991 oder jedenfalls ab 2. Januar oder 9. März 1992 besteht bzw insoweit die Anwartschaftszeit erfüllt ist, wird das LSG zu beachten haben, daß ein Dauerarbeitsverhältnis nach der Rechtsprechung des BAG regelmäßig nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach Aufnahme der ersten Beschäftigung entsteht, im vorliegenden Fall also frühestens im Januar 1989 oder - nach den Umständen des Falles - auch später, so daß die in die Rahmenfrist fallenden Unterbrechungszeiten von weniger als vier Wochen Dauer möglicherweise nicht sämtlich für die Erfüllung der Anwartschaftszeit dienen.

Schließlich wird das LSG auch zu prüfen haben, ob sämtliche der festgestellten Beschäftigungszeiten, für die Lohn abgerechnet worden ist, für die Anwartschaftszeit Erfüllung zu berücksichtigen sind, weil sie iS von § 104 Abs 1 Satz 1 iVm § 168 Abs 1 AFG Beitragspflicht begründet haben. Es besteht Anlaß zu der Annahme, daß die Beklagte einen Teil dieser Zeiten nicht berücksichtigt hat, soweit sie vom ZDF als beitragsfrei (wegen unständiger Beschäftigung) behandelt worden sind. Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Voraussetzungen einer unständigen Beschäftigung iS von § 169c Nr 4 AFG (in der Fassung, die § 169c AFG durch das Gesetz zur Änderung des AFG und zur Förderung eines gleitenden Übergangs älterer Arbeitnehmer in den Ruhestand vom 20. Dezember 1988 - BGBl I 2343 - erhalten hat) iVm § 179 Abs 2 Sozialgesetzbuch - Fünftes Buch <SGB V> (in der bis 31. Dezember 1995 geltenden Fassung) bezüglich einzelner Beschäftigungen erfüllt sein können, wenn es sich um häufig wiederholte Beschäftigungen bei demselben Arbeitgeber handelt, die regelmäßig erheblich länger als eine Woche dauern. Jedenfalls handelt es sich nicht um unständige Beschäftigung, wenn die einzelnen Arbeitseinsätze im Rahmen eines Dauerarbeitsverhältnisses erfolgen bzw Teil eines einheitlichen Beschäftigungsverhältnisses sind (vgl dazu Brand in Niesel, AFG, 2. Aufl 1966, § 169c RdNr 6 ff mwN). Das LSG wird ferner auch Feststellungen zu treffen haben, ob der Kläger in den Zeiträumen vom 15./16. Oktober 1991, 2. Januar bis 20. Februar 1992 und 9. März bis 4. Mai 1992 arbeitslos und auch verfügbar war.

Bei seiner Entscheidung wird das LSG auch über die Kosten des Revisionsverfahrens mit zu befinden haben.

