

**5 Sa 582/09**  
23 Ca 3791/08  
(ArbG München)

Verkündet am: 11.06.2010

Gapp  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

### URTEIL

In dem Rechtsstreit

E.  
E-Straße, E-Stadt

- Klägerin, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin F.  
F-Straße, F-Stadt

gegen

I.  
C-Straße, A-Stadt

- Beklagter, Berufungsbeklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte H.  
H-Straße, A-Stadt

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 05. Mai 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Wanhöfer und die ehrenamtlichen Richter Gauglitz und Scheuerl

**für Recht erkannt:**

- 1. Die Berufung des Beklagten wird zurückgewiesen.**
- 2. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 18.06.2009 – Az. 23 Ca 3791/08 – abgeändert:**

**Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit Oktober 1984 ein Arbeitsverhältnis besteht.**

**Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin in Form eines Arbeitsverhältnisses als Bildmischerin in seinen Betrieben in A-Stadt mit einem Arbeitszeitvolumen von 75 % der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft zu beschäftigen.**

**Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.**

- 3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte.**
- 4. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wird für beide Parteien zugelassen.**

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob ihre jahrelange Zusammenarbeit als Arbeitsverhältnis oder als freies Dienstverhältnis zu qualifizieren ist. Klageerweiternd macht die Klägerin zweitinstanzlich auch ihre tatsächliche Fortbeschäftigung geltend, wobei auch das etwaig zu beanspruchende Arbeitszeitvolumen im Streit steht.

Die am 14.06.1952 geborene Klägerin studierte zunächst Theater- und Filmwissenschaften, bevor sie nach einer zweijährigen Tätigkeit als Redakteurin zur Bildmischerin ausgebildet wurde. Nach einer zweijährigen Tätigkeit als Bildmischerin für den W. R. ist sie seit 1984 als Bildmischerin für den Beklagten tätig.

Im Jahre 1984 war die Klägerin beginnend ab Oktober 15 Tage für den Beklagten tätig, im Jahr 1985 an 56 Tagen, 1986 an 50 Tagen, 1987 an 108 Tagen, 1988 an 113 Tagen, 1989 an 58 Tagen, 1990 an 124 Tagen, 1991 an 157 Tagen, 1992 an 173 Tagen, 1993 an 149 Tagen, 1994 an 143 Tagen, 1995 an 170 Tagen, 1996 an 155 Tagen, 1997 an 241 Tagen, 1998 an 239 Tagen, 1999 an 222 Tagen, im Jahre 2000 an 156 Tagen, 2001 an 199 Tagen, 2002 an 206 Tagen, 2003 an 214 Tagen, 2004 an 143 Tagen, 2005 an 116 Tagen, 2006 an 153 Tagen, 2007 an 194 Tagen, 2008 an 150 Tagen und 2009 an 86 Tagen.

Eine Vollzeitkraft leistet beim Beklagten rund 220 Arbeitstage im Jahr.

Der Beklagte beschäftigt derzeit dreizehn festangestellte Bildmischer sowie mehrere weitere Bildmischer – wie die Klägerin – auf Honorarbasis. Im Falle ihres Einsatzes wird die Klägerin zusammen mit festangestellten Arbeitnehmern und vom Beklagten ebenfalls als „Freie“ angesehenen Mitarbeitern auf einer „Dienstplan-Einsatzübersicht Bildmischung“ aufgeführt. Diese enthält Angaben dazu, welcher Bildmischer bzw. welche Bildmischerin zu welchen Zeiten in welchem Studio eingeteilt ist, z. T. auch dazu welche Sendung gefahren wird (vgl. K4 zum Klageschriftsatz vom 19.03.2008, Bl. 21 ff. d. A.). Der Dienstplan, der alle sieben Tage der Woche erfasst, wird in der Regel am Donnerstag der Vorwoche vom Beklagten veröffentlicht. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Personaldisposition mit der Klägerin die einzelnen Einsätze vorab abspricht.

Ist die Klägerin als Bildmischerin eingeteilt, verläuft ihr Einsatz wie der eines festangestellten Bildmischers.

Die Klägerin wurde mehrfach auf Kosten des Beklagten im Rahmen von Weiterbildungsseminaren geschult.

Die Klägerin hat ausgeführt, der Beklagte weise ihr die zu verrichtende Arbeit einseitig zu, d.h. er bestimme, für welche Sendung, in welchem Studio oder Ü-Wagen und zu welchen Tages- und Nachtzeiten sie zu arbeiten habe. Er erwarte eine ständige Dienstbereitschaft und dass sie sich quasi immer für eine etwaige Beauftragung bereit halte. Es werde zwingend erwartet, dass sie an internen Besprechungen, insbesondere Regiebesprechungen teilnehme und hier bestehe sogar Anwesenheitspflicht. Der Beklagte erwarte, dass sie

sich in ihrer Arbeit als Bildmischerin nach den strengen inhaltlichen Vorgaben der beim Beklagten beschäftigten Mitarbeiter, also insbesondere der Redakteure und Regisseure, richte. Es liege also eine Weisungsgebundenheit in örtlicher und inhaltlicher Hinsicht vor. Eine Sendung könne nur entstehen, wenn jeder der an der technischen Umsetzung beteiligten Personen nach den exakten Vorgaben des Regisseurs arbeite. Sie erhalte die inhaltlichen Vorgaben in schriftlicher Form durch die ausgeteilten Ablaufpläne und im Rahmen der Regiebesprechungen, an denen sie, wie die anderen Mitarbeiter, teilnehmen müsse. Sie sei auch in den Betrieb des Beklagten eingegliedert, denn sie arbeite mit einem Team aus festangestellten Mitarbeitern zusammen und zwar ausschließlich mit den vom Beklagten unentgeltlich zur Verfügung gestellten Arbeitsmitteln. Sie habe aber auch in zeitlicher Hinsicht keinerlei Entscheidungsfreiheit, denn sie bekomme für eine jede einzelne Tätigkeit, die sie für den Beklagte zu verrichten habe, genaue Vorgaben, insbesondere wann und wo sie ihre Arbeit als Bildmischerin auszuführen habe. Sie habe im Verlauf ihrer Tätigkeit noch nie Angaben zur Eintragung in einen „Vorplan“ gemacht, weder telefonisch noch per E-Mail. Ob der Beklagte für sich intern irgendwelche Pläne führe, sei ihr nicht bekannt und werde mit Nichtwissen bestritten. Entscheidend sei, dass dies grundsätzlich nicht in Absprache geschehe. Richtig sei vielmehr, dass der Beklagte ihr in der Regel donnerstags oder freitags mitgeteilt habe, wann sie in der jeweils darauf folgenden Woche für welche Sendung an welchem Ort zur Arbeit eingeteilt sei. Das seien keine Anfragen zu etwaigen „Vorplänen“, sondern Einsatzmitteilungen, wobei der Beklagte grundsätzlich erwarte, dass sie wie die anderen festangestellten Bildmischer die ihr zugeteilten Einsätze auch annehme und allenfalls ganz ausnahmsweise einmal ablehne. Zwar werde auch sie höflichkeitshalber gelegentlich gefragt, ob irgendwelche eingeplanten Einsätze ausnahmsweise einmal nicht gingen. Unbestritten sei allerdings, dass sie im Verlauf ihrer 24-jährigen Tätigkeit noch nie einen einzigen Auftrag abgelehnt habe. Dass sie nur in einem Volumen von etwa 40 bis 60 % eines Vollzeitbeschäftigten tätig sei, wie die Beklagte im Rahmen der Klageerwiderung behauptet habe, treffe nicht zu. Als weitere für ihre Arbeitnehmereneigenschaft sprechende Indizien sei heranzuziehen, dass sie nicht selbst unternehmerisch am Markt auftrete, keine Eigenwerbung betreibe, über keine eigenen Betriebsmittel und kein eigenes Personal verfüge. Außerdem behandle der Beklagte sie zumindest in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht selbst als Arbeitnehmerin. Insgesamt habe sich an ihrer Tätigkeit, also insbesondere an der Weisungsgebundenheit hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeit sowie ihrer engen Eingliederung in den Betrieb des Beklagten

seit Oktober 1984 überhaupt nichts geändert. Gelegentliche kurzzeitige Pausen in der Beschäftigung resultierten nicht etwa daraus, dass sie zwischenzeitlich für andere Auftraggeber tätig gewesen sei, sondern daraus, dass beim Beklagten zwar an 365 Tagen im Jahr produziert werde, aber nicht das ganze Jahr hindurch gleichmäßig viel zu tun sei. So gebe es etwa in den Sommermonaten deutlich weniger Eigenproduktionen und der Beklagte habe sie immer dann, wenn weniger zu tun gewesen sei, weniger oft zur Arbeit eingeteilt und damit versucht, sich ihre Vergütung zu sparen (zum erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin wird auf ihre Klageschrift vom 19.03.2008, Bl. 2 ff. d. A., und die Schriftsätze vom 20.09.2008, Bl. 82 ff. d. A., vom 13.01.2009, Bl. 138 ff. d. A., 16.02.2009, Bl. 163 ff. d. A. und 26.05.2009, Bl. 200 f. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

**Die Klägerin hat beantragt:**

**Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit Oktober 1984 ein Arbeitsverhältnis besteht.**

**Der Beklagte hat beantragt,**

**die Klage abzuweisen,**

und ausgeführt, schon ein Zeugnis vom 18.03.1988 belege, dass zwischen den Parteien von Oktober 1984 bis März 1988 ein als freies Dienstverhältnis zu qualifizierendes und im März 1988 beendetes Vertragsverhältnis bestanden habe. Der Einsatz der Klägerin erfolge auf der Grundlage einer mit ihr abgestimmten Terminplanung. Die zuständige Disponentin erstelle im ersten Schritt einen Vorplan, in den die von der Klägerin in der Regel telefonisch oder per E-Mail mitgeteilten Wünsche eingetragen würden. Ohne Rücksprache mit der Klägerin erfolge keine Eintragung in diesen Vorplan. Erst auf der Basis dieses Vorplans werde sodann von der Disponentin in der Regel an Donnerstag der Vorwoche der verbindliche Dienstplan für die darauffolgende Woche erstellt. Der Klägerin stehe es also frei, mitzuteilen, dass sie an bestimmten Tagen nicht zur Verfügung stehen könne oder wolle. Nur ausnahmsweise, insbesondere im Krankheitsfalle anderer Mitarbeiter, könne es zu kurzfristigen Änderungen des Dienstplans kommen, wobei es auch insoweit der Klägerin freistehe, den jeweiligen Dienst anzunehmen oder abzulehnen. Der Klage

fehle es am notwendigen Feststellungsinteresse, ein substantiiertes Sachvortrag, dass bereits seit 1984 ein Arbeitsverhältnis bestehe, fehle vollständig und auch gegenwärtig bzw. in der jüngeren Vergangenheit bestehe zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis. Die Klägerin könne, wie dargelegt frei entscheiden, ob sie einen ihr angebotenen Dienst annehme oder ablehnen wolle. Bekanntermaßen sei der Umstand, dass ein Mitarbeiter innerhalb der Betriebsräume einer Rundfunkanstalt tätig und auf Team und Apparat der Rundfunkanstalt angewiesen sei, für die Statusfrage irrelevant. Entsprechendes gelte im Hinblick auf den Umstand, dass auch Bildmischer im Angestelltenverhältnis beschäftigt würden (zur Klageerwiderung des Beklagten im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 24.07.2008, Bl. 64 ff. d. A., 28.01.2009, Bl. 148 ff. d. A., und 22.05.2009, Bl. 189 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 18.06.2009 festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestehe und im Übrigen die Klage abgewiesen. Die Klägerin sei persönlich abhängig, weil weisungsgebunden nach Arbeitsinhalt, -ort und -zeit. Der Beklagte habe nicht hinreichend konkret dargelegt, dass den Dienstplänen jeweils konkrete Vorpläne mit Rücksprache- und Ablehnungsmöglichkeit vorausgingen. Ein Einzelfall mit Ablehnungsmöglichkeit könne daran nichts ändern. Zur Abrundung des Bildes trage bei, dass die Klägerin eingegliedert unstreitig mit Arbeitsmitteln des Arbeitgebers und in Zusammenarbeit mit Personal des Arbeitgebers tätig sei. Letztlich sei die Klägerin im Hinblick auf ihre primär technisch orientierte Tätigkeit als Bildmischerin den nicht eigentlich programmgestaltenden Mitarbeitern zuzurechnen, die im allgemeinen als Arbeitnehmer angesehen würden, was sich hier konkret bestätige. Die nunmehrige Geltendmachung ihres Status sei auch nicht treuwidrig gemäß § 242 BGB; die langjährige Arbeitsleistung reiche nicht aus, um das Umstandsmoment als erfüllt ansehen zu können. Unbegründet sei der klägerische Antrag allerdings insoweit, als die Klägerin das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zurück bis in das Jahr 1984 festgestellt haben wolle, da für diese Jahre ein konkreter Sachvortrag fehle und die Klage insoweit unsubstantiiert sei (zur Begründung des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf das Urteil vom 18.06.2009, Bl. 225 ff. d. A., Bezug genommen).

In ihrer Berufung wiederholt und vertieft die Klägerin noch einmal ihren erstinstanzlichen Vortrag und greift die erstinstanzliche Entscheidung insoweit an, als hier das Bestehen

eines Arbeitsverhältnisses für die Vergangenheit, nämlich seit Oktober 1984, verneint werde. Die teilweise Abweisung sei nicht nachvollziehbar, weil sie einheitlich für Vergangenheit und Gegenwart vorgetragen habe. Dabei habe sie konkret dargelegt und unter Beweis gestellt, dass sich in Art und Umfang ihrer Beschäftigung bzw. an der Weisungsgebundenheit ihrer Tätigkeit in all den Jahren nichts geändert habe. Der Beklagte habe nichts dazu vorgetragen, dass sich zu irgendeinem Zeitpunkt die seit 1984 bestehende Zusammenarbeit geändert haben könne. Hinzu komme, dass es nach der allgemeinen Lebenserfahrung eher unwahrscheinlich sei, dass die gleiche Tätigkeit als Bildmischerin für den Beklagten früher weisungsfrei, jetzt aber weisungsgebunden ausgeführt worden sein solle. Wenn das Arbeitsgericht zutreffend davon ausgehe, dass es sich bei Zugrundelegung der vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Abgrenzungskriterien um ein Arbeitsverhältnis handele, dann gelte dies eben auch für die zurückliegenden Jahre und an der Urteilsbegründung sei nicht erkennbar, dass und gegebenenfalls seit wann bzw. wodurch sich in der statusmäßigen Beurteilung irgendetwas geändert habe. Im Wege der zulässigen Klageerweiterung mache sie im Berufungsverfahren auch ihre tatsächliche Beschäftigung geltend. Es müsse leider davon ausgegangen werden, dass ein Streit über die tatsächliche Beschäftigung in Form eines Arbeitsverhältnisses vorprogrammiert sei, weil der Beklagte ein nicht vollstreckbares Feststellungsurteil auch bei Rechtskraft nicht umsetzen wolle. Der Beklagte sei deshalb gleichzeitig mit der Feststellung eines Arbeitsverhältnisses auch dazu zu verurteilen, sie tatsächlich als Bildmischerin oder zu vergleichbaren Bedingungen zu beschäftigen. Als Bemessungsgrundlage für das Arbeitszeitvolumen werden man wohl vernünftigerweise das der Klage vorangegangene Kalenderjahr 2007 mit 194 Beschäftigungstagen heranziehen müssen. Das ergebe ein Beschäftigungsvolumen von mindestens 88 % einer vergleichbaren Vollzeitkraft. Selbst wenn man aber die vorangegangenen 5 Jahre vor Klageerhebung, also 2003 bis einschließlich 2007 heranziehe, ergebe dies einen Durchschnitt von 164 Arbeitstagen pro Jahr und damit ein Volumen von 74,55 % einer Vollzeitarbeitskraft (zur Berufungsbegründung der Klägerin im Einzelnen wird auf ihren Schriftsatz vom 21.09.2009, Bl. 271 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

**Die Klägerin stellt den Antrag**

- 1. Unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts München vom 18.06.2009 – Az. 23 Ca 3791/08 – wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit Oktober 1984 ein Arbeitsverhältnis besteht.**
  
- 2. Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin in Form eines Arbeitsverhältnisses als Bildmischerin in seinen Betrieben in A-Stadt in einem Volumen von zumindest 88 % einer Vollzeitkraft zu beschäftigen und tätig werden zu lassen, hilfsweise in dem vom Berufungsgericht festgestellten Volumen.**

**Hilfsweise hierzu**

**Der Beklagte wird verurteilt, die Klägerin in Form eines Arbeitsverhältnisses entsprechend ihren Kenntnissen und Fähigkeiten in seinen Betrieben in A-Stadt in einem Volumen von zumindest 88 % einer Vollzeitkraft zu beschäftigen und tätig werden zu lassen, hilfsweise in dem vom Berufungsgericht festgestellten Volumen.**

**Der Beklagte beantragt**

**die Berufung der Klägerin zurückzuweisen**

und führt hierzu aus, die Klageänderung in der Berufungsinstanz sei bereits unzulässig. Nach § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG in Verbindung mit § 533 ZPO sei eine Klageänderung nur dann zulässig, wenn entweder der Gegner einwillige oder das Gericht sie für sachdienlich halte und zweitens die Klageänderung auf Tatsachen gestützt werden könne, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach



§ 529 ZPO zu Grunde zu legen habe. In die Klageänderung habe er nicht eingewilligt und die Sachdienlichkeit sei zu verneinen, da die Beurteilung eines völlig neuen Streitstoffes notwendig werden würde. Die Klageerweiterung gehe auch fälschlich von einem fixen Beschäftigungsvolumen aus. Die Klägerin sei nach Bedarf und deshalb in stark schwankendem Umfang tätig geworden. Selbst wenn man von einem Arbeitsverhältnis ausgehen wolle, sei dessen Inhalt, dass die Klägerin nach Bedarf und auf Abruf in wechselndem Umfang im Sinne von § 12 TzBfG tätig werde. Soweit sich die Berufung gegen die Teilabweisung durch das Arbeitsgericht richte, sei die Berufung unbegründet, denn die Klägerin habe das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses seit dem Jahr 1984 trotz Bestreitens nicht substantiiert. Ihre erstinstanzliche Darstellung habe sich ganz überwiegend auf die aktuelle Situation bezogen und vage Angaben wie „in den vergangenen Jahren“ genügten nicht den Anforderungen an eine substantiierte Darlegung. Mangels substantiierten Vortrages sei ein näheres Eingehen hierauf weder möglich noch notwendig gewesen. Soweit dem Arbeitsgericht fehlende Abgrenzung vorgeworfen werde, sei dies nicht geeignet, die Berufung zu begründen. Die getroffene Feststellung wirke für den Zeitraum ab Rechtshängigkeit. Schließlich fehle es nach wie vor an einem berechtigten Interesse der Klägerin an einer rückwirkenden Statusfeststellung (zur Berufungserwiderung des Beklagten im Einzelnen wird auf seinen Schriftsatz vom 09.11.2009, Bl. 408 ff. d. A., Bezug genommen).

***Der Beklagte beantragt im Rahmen seiner eigenen Berufung weiter***

***Das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 18.06.2009 – Az. 23 Ca 3791/08  
– wird abgeändert, sofern es der Klage stattgegeben hat.***

***Die Klage wird insgesamt abgewiesen.***

Die Feststellungen des Arbeitsgerichts seien sowohl unvollständig als auch unrichtig. Er habe dargelegt, dass der Einsatz der Klägerin auf der Grundlage einer mit dieser abgestimmten Terminplanung erfolge. Die zuständige Disponentin erstelle einen Vorplan jeweils für eine Woche, wobei die Wünsche der Klägerin, die diese in der Regel telefonisch oder per E-Mail mitteile, eingetragen würden. Jegliche Eintragung in diesen Vorplan erfolge nach Rücksprache mit der Klägerin. Das Arbeitsgericht habe das Beweisangebot einer

Vernehmung der Disponentin als Zeugin übergangen. Die Feststellungen des Arbeitsgerichts bezüglich der Ablaufpläne seien unvollständig. Mit Hilfe der Ablaufpläne, auch Produktionsmitteilungen genannt, werde die Produktion einer Sendung organisiert und koordiniert. Zur Erstellung eines Ablaufplans biete der zuständige Koordinator den freien Mitarbeitern die Mitwirkung an einem Projekt an. Es stehe den freien Mitarbeitern frei, diese Anfrage anzunehmen oder abzulehnen. Lediglich nach der Zusage für eine bestimmte Produktion sei der freie Mitarbeiter im Rahmen seiner Tätigkeit an die Vorgaben des Verantwortlichen gebunden. Die Ablaufpläne enthielten eine Vorgabe des Programmablaufs und stünden in keinem Zusammenhang mit dem Status der Mitarbeiter. Sie dienten der Organisation und Koordination der Produktion einer Sendung, da jeder einzelne Mitarbeiter auf seine Kollegen sowie die technischen Einrichtungen des Senders angewiesen sei. Auch das Tätigwerden in den Räumlichkeiten und unter Nutzung der Einrichtungen des Beklagten sei für den Status der Klägerin nicht von Bedeutung. Die Tätigkeit für eine Rundfunkanstalt bringe es für Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter gleichermaßen mit sich, auf Einrichtungen und Mitarbeiter der Rundfunkanstalt angewiesen zu sein. Die sich aus der Natur dieser Tätigkeit ergebende Sachzwänge begründeten jedoch keine Arbeitnehmereigenschaft, sondern seien der Eigenart der Tätigkeit geschuldet und daher statusrechtlich irrelevant. Auch der sozialrechtliche Status könne nicht zur Beantwortung der Frage, welcher Rechtsnatur das Vertragsverhältnis sei, herangezogen werden. Schließlich habe das Arbeitsgericht auch verkannt, dass die Klägerin das Recht, sich auf einen etwaigen Status als Arbeitnehmerin zu berufen, gemäß § 242 BGB verwirkt habe. Angesichts der jahrzehntelangen widerspruchsfreien Vertragsdurchführung habe er darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin etwaige Statusrechte nicht mehr geltend mache (zur Berufungsbegründung des Beklagten im Einzelnen sowie zu ihrem zweitinstanzlichen Vortrag im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 24.09.2009, Bl. 355 ff. d. A., vom 25.11.2009, Bl. 448 ff. d. A., 16.02.2010, Bl. 465 ff. d. A. und 21.04.2010, Bl. 642 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

***Die Klägerin beantragt***

***die Berufung des Beklagten zurückzuweisen***

und verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts, soweit dieses ihre Arbeitnehmereigenschaft festgestellt hat. Zu betonen sei noch einmal, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abhängt, wobei das BAG im Medienbereich in ständiger Rechtsprechung zwischen programmgestaltenden Tätigkeiten und solchen, bei denen der Zusammenhang zur Programmgestaltung fehle, unterscheidet. Beim technischen Personal, das strengen Weisungen hinsichtlich der Art ihrer Arbeit unterliegt, spreche eine Vermutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Insgesamt sprechen sämtliche materiellen Abgrenzungskriterien für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Sehr wohl spreche auch das ordnungsgemäße Abführen von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen als zusätzliches Indiz für ein Arbeitsverhältnis. Sie habe durch ihr Verhalten auch keinen Vertrauensstatbestand beim Beklagten hervorgerufen, sie werde sich nicht später noch auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses berufen (zur Berufungserwiderung der Klägerin im Einzelnen sowie zu ihrem zweitinstanzlichen Vortrag im Übrigen wird auf die Schriftsätze vom 30.10.2009, Bl. 376 ff. d. A., 25.11.2009, Bl. 424 ff. d. A., 19.02.2010, Bl. 475 ff. d. A. und 23.03.2010, Bl. 507 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Die Berufungskammer hat im Sitzungstermin am 05.05.2010 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeuginnen C. und D.. Zum Inhalt der Vernehmung wird auf das Sitzungsprotokoll (Bl. 645 ff. d. A.) Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe:**

### **I.**

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Arbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.

### **1.**

Die Berufungskammer geht von den Grundsätzen aus, die insbesondere der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters herausgearbeitet hat.

#### **a)**

Danach unterscheiden sich beide durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines Anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.

Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.

Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der prakti-

schen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung ist letztere maßgebend (insgesamt st. Rspr. d. BAG, vgl. Urte. vom 20.05.2009 – 5 AZR 31/08, NZA-RR 2010, S. 172 mit ausführlicher Dokumentation der Rechtsprechung des BAG).

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien lassen sich nicht aufstellen. Es gibt eine Reihe von Tätigkeiten, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses erbracht werden können. Umgekehrt gibt es Tätigkeiten, die nach ihrer Art oder Organisation nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden können. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses kann also auch aus Art oder Organisation der Tätigkeit folgen. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an (BAG vom 11.03.1998 – 5 AZR 522/96, NZA 1998, S. 705).

Dabei ist es nicht erforderlich, dass stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d. h. den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien) vorliegen. Diese können vielmehr in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein; je für sich genommen haben sie nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Entscheidend ist jeweils ihre Verbindung, die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall. Maßgeblich ist das Gesamtbild (vgl. BVerfG vom 20.05.1996 – 1 BvR 21/96, NZA 1996, S. 1063).

**b)**

Diese Grundsätze sind auch im Bereich Funk und Fernsehen maßgebend. In diesem Bereich ist allerdings zu unterscheiden zwischen programmgestaltenden Tätigkeiten und solchen, bei denen der Zusammenhang mit der Programmgestaltung fehlt.

Bei programmgestaltenden Mitarbeitern ist im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in der Regel eine fallbezogene Abwägung zwischen der Bedeutung der Rundfunkfreiheit auf der einen und dem Rang der von den Normen des Arbeitsrechts geschützten Rechtsgüter auf der anderen Seite notwendig (grundlegend BVerfG vom 13.01.1982 – 1 BvR 848/77, NJW

1982, S. 1447). Das Recht der Rundfunkanstalten, frei von fremder Einflussnahme über die Auswahl, Einstellung und Beschäftigung programmgestaltender Mitarbeiter zu bestimmen, muss angemessen berücksichtigt werden. Dennoch kann auch bei programmgestaltenden Mitarbeitern entgegen der ausdrücklich getroffenen Vereinbarung ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn sie weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegen, ihnen also nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibt, und der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über ihre Arbeitsleistung verfügen kann (BAG vom 14.03.2007 – 5 AZR 499/06, NZA – RR 2007, S. 424). Letzteres ist dann der Fall, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, ihm also die Arbeiten letztlich zugewiesen werden (BAG vom 19.01.2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, S. 1102).

Im Unterschied zur programmgestaltenden Mitarbeit, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, als auch im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses erbracht werden kann, lässt sich sonstige Mitarbeit an Radio- und Rundfunksendungen in der Regel nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchführen. Nur in Ausnahmefällen kann auch hinsichtlich solcher Tätigkeiten ein freies Mitarbeiterverhältnis vereinbart werden (BAG vom 11.03.1998 – 5 AZR 522/96, NZA 1998, S. 705; vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, S. 622; vom 20.07.1994 – 5 AZR 627/93, NZA 1995, S. 161; vom 16.02.1994 – 5 AZR 402/93, NZA 1995, S. 21).

**c)**

Die Unterscheidung von programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden Mitarbeitern ist bei der rechtlichen Einordnung des Vertragsverhältnisses von erheblicher praktischer Bedeutung.

So bezeichnet das Bundesarbeitsgericht auf der Grundlage seiner typologischen Methode (vgl. BAG vom 23.04.1980 – 5 AZR 426/79, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 21) bei programmgestaltenden Mitarbeitern typische Merkmale einer Eingliederung als nicht entscheidend. Hieraus kann aber nicht geschlossen werden, diese Merkmale wären bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung ebenfalls nicht heranzuziehen. So kann z. B. – so das Bundesarbeitsgericht – bei

programmgestaltenden Mitarbeitern das Angewiesensein auf Mitarbeiter und technische Einrichtungen des Senders nicht als Umstand gewertet werden, der auf eine Eingliederung und persönliche Abhängigkeit schließen lässt (vgl. BAG vom 19.01.2000, a. a. O.). Auch die Einbindung in ein festes Programmschema und die Vorgabe eines Programmverlaufs sei bei programmgestaltenden Mitarbeitern nicht statusbegründend, ebenso wenig die Anwesenheit zu feststehenden Zeiten oder die notwendige Teilnahme an zeitlich festgelegten Abstimmungskonferenzen (BAG vom 20.05.2009, a. a. O.).

Wegen des Charakters ihrer Tätigkeit liegt das Augenmerk der Prüfung bei diesen Mitarbeitern deshalb insbesondere darauf, ob sie trotz Programmgestaltung weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegen und ihnen nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibt und ob der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über ihre Arbeitsleistung verfügen kann (BAG vom 20.05.2009, a. a. O.).

Demgegenüber folgert das BAG bei nicht programmgestaltenden, aber rundfunk- und fernsehtypischen Mitarbeitern im Sendebetrieb, dass sich diese Art von Tätigkeit in der Regel nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses durchführen lässt. Diese Mitarbeiter sind nämlich im Rahmen ihrer Tätigkeit weitestgehend organisatorisch eingegliedert, erhalten typischerweise Weisungen zum Inhalt ihrer Tätigkeit, bekommen den Ort (das Studio) zugewiesen, können ihre Arbeit nicht frei zeitlich gestalten, sondern sind an den Sendeablauf gebunden, ohne weitestgehend weisungsfrei ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung einzubringen. Wegen des Charakters ihrer Tätigkeit folgert das BAG deshalb, dass bei einer nicht programmgestaltenden, aber rundfunk- und fernsehtypischen Mitarbeit an Sendungen nur in Ausnahmefällen ein freies Mitarbeiterverhältnis vorliegen kann. Die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft eines Fernsehansagers (Urteil vom 14.06.1989 – 5 AZR 346/88, n. v.) und eines Rundfunksprechers (Urteil vom 13.06.1990 – 5 AZR 419/89, n. v.) bezeichnet das BAG im Urteil vom 30.11.1994 (a. a. O.) deshalb ausdrücklich als Einzelfälle mit besonders gelagerten Sachverhalten.

Wegen dieser Unterscheidung hat die Aufstellung von Dienstplänen für die Arbeitnehmereigenschaft von programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden Mitarbeitern

- 16 -

verschiedene Bedeutung. Bei den programmgestaltenden Mitarbeitern handelt es sich um ein wesentliches Indiz. Das heißt, die Arbeitnehmereigenschaft dieses Personenkreises ist gerade dann zu bejahen, wenn der Sender durch einseitige Aufstellung von Dienstplänen ein Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit ausübt. Bei der nicht programmgestaltenden Mitarbeit handelt es sich dagegen nur um ein zusätzliches Indiz von geringer Bedeutung. Wesentlich ist hier in erster Linie die Art der zu verrichtenden Tätigkeit (BAG vom 11.03.1998, a. a. O.).

## 2.

Die Klägerin wird als Bildmischerin (Bildschnitt) vom Beklagten zwar rundfunk- und fernsehtypisch bei der Herstellung von Sendungen eingesetzt, ist aber keine programmgestaltende Mitarbeiterin.

Programmgestaltende Mitarbeiter sind nur solche, die typischerweise ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung einbringen, wie dies bei Regisseuren, Moderatoren, Kommentatoren, Wissenschaftlern und Künstlern der Fall ist. Nicht zu den programmgestaltenden Mitarbeitern gehören das betriebstechnische und das Verwaltungspersonal sowie diejenigen, die zwar bei der Verwirklichung des Programms mitwirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss darauf haben (BVerfG vom 13.01.1982, a. a. O.; BAG vom 20.05.2009, a.a.O.).

Die Klägerin ist als Bildmischerin – das ist zwischen den Parteien unstrittig – eindeutig nicht programmgestaltende Mitarbeiterin, denn sie wirkt zwar technisch bei der Verwirklichung des Programms mit, hat aber keinen Einfluss auf dessen Inhalt.

## 3.

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist die Berufungskammer der Überzeugung, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Der Ausnahmefall eines freien Mitarbeiterverhältnisses bei einer nicht programmgestaltenden, aber rundfunk- und fernsehtypischen Mitarbeiterin liegt nicht vor. Die eine Arbeitnehmereigenschaft typisierenden



Merkmale sind nahezu vollständig gegeben. Die umfassende Weisungsunterworfenheit der Klägerin ist allenfalls hinsichtlich der Disposition über ihre Einsatztage eingeschränkt.

**a)**

Die Klägerin ist örtlich weisungsgebunden. Sie kann ihre Arbeitsleistung ausschließlich in dem ihr vom Beklagten (durch Dienstplan) zugewiesenen Studio erbringen.

**b)**

Die Klägerin ist fachlich weisungsgebunden. Dass die Klägerin im Rahmen eines Einsatzes inhaltliche Vorgaben insbesondere seitens der Regie und Redaktion einzuhalten hat, steht außer Zweifel. Anders, als dass sich der für den Bildschnitt Verantwortliche an diese Vorgaben zu halten hat, ist die Produktion einer Fernsehsendung auch kaum denkbar. Was der Beklagte in diesem Zusammenhang unter B.II.2 seiner Berufungsbegründung zu den von der Klägerin mit der Klageschrift als Anlage K3 vorgelegten Ablaufplänen ausführt, kann die Berufungskammer inhaltlich nicht nachvollziehen. Es geht in diesem Zusammenhang nicht darum, dass „der zuständige Koordinator den freien Mitarbeitern die Mitwirkung an einem Projekt anbietet“ und es „den freien Mitarbeitern freisteht, diese Anfrage anzunehmen oder abzulehnen“, sondern darum, dass der Mitarbeiter im Rahmen eines Einsatzes (zur Übernahme des Einsatzes weiter unten) sich – das ist bei der Produktion einer Fernsehsendung wenig überraschend – punktgenau an den Produktionsablauf zu halten hat. Dass der oder die für den Bildschnitt Zuständige unter Einbringung eigenen Know-hows dabei auch das umzusetzen hat, was Regie und Redaktion ins Bild setzen wollen, ergibt sich aus der Natur der Sache.

**c)**

Zur zeitlichen Weisungsgebundenheit ergibt sich ein differenziertes Bild.

**aa)**

Ist die Klägerin für eine Sendung erst einmal verbindlich eingeteilt, unterliegt sie strikten zeitlichen Vorgaben, die sich bereits aus der Art ihrer Tätigkeit und den Gesetzmäßigkeiten bei der Produktion einer Sendung ergeben. Zeitliche Dispositionsmöglichkeiten zu Beginn und Ende ihrer Tätigkeit hat die Klägerin im Rahmen eines Einsatzes regelmäßig keine. Dass die für den Bildschnitt bei der Produktion einer Fernsehsendung Verantwortli-

che z. B. zwei Stunden früher geht, ist in der Regel ausgeschlossen. Beginn und Ende der Tätigkeit werden im Dienstplan angegeben.

Diese strikte zeitliche Einbindung mag – weil sie aus den Gesetzmäßigkeiten bei der Erstellung von Radio- und Fernsehsendungen folgt – bei programmgestaltenden Mitarbeitern keine Indizwirkung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses entfalten. Typische programmgestaltende Tätigkeit im Sendebetrieb, z. B. als Moderator einer Sendung, wäre ansonsten in freier Mitarbeit nicht denkbar. Wegen der inhaltlich deutlich weniger gestaltenden Art ihrer Tätigkeit ist dies auf nicht programmgestaltende Mitarbeiter aber nicht ohne weiteres übertragbar. Festzuhalten bleibt, dass die Klägerin im Rahmen eines Einsatzes ihre Arbeitsleistung ohne nennenswerten zeitlichen Gestaltungsspielraum erbringt und nicht lediglich Abgabetermine vorgegeben hat.

*bb)*

Bedeutsamer in seiner Indizwirkung ist allerdings, wie es zur Übernahme der einzelnen Einsätze durch die Klägerin kommt.

Zeitliche Weisungsabhängigkeit in dieser Hinsicht ist gegeben, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, ihm also die Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ werden. Allerdings kann sich die ständige Dienstbereitschaft sowohl aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen der Parteien als auch aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen ergeben (BAG vom 14.03.2007, a. a. O.).

Dass der Klägerin die Einsätze ohne vorherige Rücksprache einseitig zugewiesen werden, ist nicht der Fall. Der Beklagte hat zur Überzeugung der Berufungskammer (§ 286 Abs. 1 ZPO) bewiesen, dass mit der Klägerin – jedenfalls in der Regel – vor der Fertigstellung des verbindlichen, in der Regel am Donnerstag für die Folgewoche veröffentlichten, Dienstplanes Kontakt aufgenommen wird und wurde, ob sie den vorgesehenen Einsatz übernehmen kann. Das hat nicht nur die von der Beklagten als Zeugin benannte, zuletzt für die Klägerin zuständige Disponentin C., sondern auch die von der Klägerin ihrerseits als Zeugin benannte, für sie früher (in den Jahren 1993 bis 1998) zuständige Mitarbeiterin in der Personaldisposition D. bestätigt. Gerade Letztere hat konkret ausgesagt, dass freie

Mitarbeiter, wozu auch die Klägerin gezählt wird, in den Dienstplan erst eingetragen wurden, nachdem ihr Einsatz telefonisch bereits vorher abgeklärt gewesen sei.

Damit ist die zwischen den Parteien geübte Praxis zu unterscheiden von Fallgestaltungen einer von vornherein einseitigen Aufstellung von Dienstplänen durch den Arbeitgeber. Die vom Beklagten betonte Einzelabsprache und Freiheit der Klägerin, die Übernahme von Diensten abzulehnen, ist aber nicht derart für das Vertragsverhältnis bestimmend, dass bei der Klägerin als nicht programmgestaltender Mitarbeiterin ausnahmsweise wegen ausgeprägter fehlender Weisungsgebundenheit die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen wäre.

Die Beklagte führt zwar abstrakt aus, dass die Klägerin ja Einsätze ablehnen könne, ein konkreter Vortrag dazu, dass die Klägerin dies in nennenswertem Umfang praktiziert, liegt aber nicht vor. Ebenso wenig wird vom Beklagten vorgetragen, die Klägerin gebe im Rahmen der Vordisposition regelmäßig Zeiträume an, in denen sie nicht zur Verfügung stehe. Unwidersprochen (bis auf den Einwand, sie habe ja ablehnen können) trägt die Klägerin auch vor, sie sei des Öfteren an Weihnachten oder Sylvester für Dienste herangezogen worden.

Dass die Klägerin auf Anruf (oder E-Mail) nahezu ausnahmslos zur Verfügung steht – weil sie, wie von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar ausgeführt, auf die Einsätze beim Beklagten zur Sicherung ihres Lebensunterhalts angewiesen ist – bestätigt auch die Zeugin C.: Tage, die die Klägerin im Rahmen der Vorplanung streiche, seien nur ganz vereinzelt, so etwa 5 Tage im Jahr, z. B. wenn sie einen Gerichtstermin habe; Änderungswünsche von festangestellten Mitarbeitern bekomme sie dagegen zum Teil wöchentlich. Auch die Zeugin D. bestätigt, dass die Klägerin so etwas wie „unsere Feuerwehr“ gewesen sei; wenn man sie angerufen habe, habe sie eigentlich immer gekonnt, außer sie habe persönliche Gründe für eine Absage gehabt.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Vortrag des Beklagten zu einer rechtzeitigen Vorplanung mit frühzeitiger Nachfrage bei den freien Mitarbeitern, ob der Einsatz übernommen werde, nur einen Teil der tatsächlichen Personaldisposition abbildet. Beide als Zeuginnen vernommenen Disponentinnen bestätigen, dass eine Einsatzplanung

zum Teil auch sehr kurzfristig erfolgt. Das ergibt sich naturgemäß schon daraus, dass Krankheiten oder andere überraschend auftretende Hinderungsgründe aufgefangen werden müssen. Eine Sendung kann ohne Verantwortlichen für den Bildschnitt nicht aufgezeichnet werden. Hierzu die Zeugin D.: „Ein Einspringen der Klägerin von einer Minute auf die andere ist vorgekommen, z. B. bei einem Krankheitsausfall“. Ein differenziertes Bild ergibt sich auch daraus, dass die Klägerin während langer Zeiträume für regelmäßige Sendungen, wie das „R.-M.“ gearbeitet hat. Eine Vorplanung hierfür erfolgte nicht Wochen im Voraus, sondern der Anruf bei der Klägerin zur Abklärung ihres Einsatzes erfolgte nach Aussage der Zeugin D. am Montag oder Dienstag für den am Donnerstag veröffentlichten Dienstplan der Folgewoche.

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin in einem Umfang beschäftigt wurde, der in vielen Jahren einer Vollzeitbeschäftigung beim Beklagten entspricht oder dem nahekommt. Auch in den anderen Jahren hatte die Klägerin eine erhebliche Anzahl von Einsatztagen.

Im Ergebnis war die Klägerin eine „freie“ Bildmischerin, mit der der Beklagte lang- oder kurzfristig Kontakt aufnehmen und in aller Regel damit rechnen konnte, dass der angebotene Einsatz von ihr auch übernommen wird. Angesichts dieser verlässlichen Vertragsbeziehung wurden der Klägerin auch Fortbildungen auf Kosten des Beklagten zuteil. Der Beklagte konnte letztlich trotz der formalen Freiheit der Klägerin, einen Einsatz zu verweigern, aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen von einer faktisch bestehenden ständigen Dienstbereitschaft ausgehen.

**d)**

Schließlich ist die Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit für den Beklagten völlig in dessen Betriebsorganisation eingegliedert. Sie kann ihre Tätigkeit nur dadurch verrichten, dass ihr der Beklagte seine kostspieligen und hochspezialisierten technischen Einrichtungen zugänglich macht. Ebenso ist die Klägerin auf die arbeitsorganisatorische Zusammenarbeit mit den anderen im Rahmen der Produktion einer Fernsehsendung eingesetzten Mitarbeitern des Beklagten angewiesen. Es wird selbstverständlich erwartet, dass sie ihren Dienst höchstpersönlich erbringt. Ihre Tätigkeit unterscheidet sich im Rahmen eines solchen Einsatzes nicht von der eines festangestellten Bildmischers.

- 21 -

**4.**

Dass sich die Klägerin auf ihren Status als Arbeitnehmerin beruft, ist auch nicht rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB. Insbesondere liegt auch keine Verwirkung vor.

Ein Beschäftigter kann sich gegenüber seinem Vertragspartner nicht darauf berufen, zu ihm in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, wenn er sich hierbei unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens rechtsmissbräuchlich verhält. Wer durch seine Erklärung oder durch sein Verhalten bewusst oder unbewusst eine Sach- oder Rechtslage geschaffen hat, auf die sich der andere Teil verlassen durfte und verlassen hat, darf den anderen Teil in seinem Vertrauen nicht enttäuschen. Widersprüchliches Verhalten ist allerdings erst dann rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein schützenswerter Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Regelmäßig genügt es für die Annahme eines widersprüchlichen Verhaltens aber nicht, dass der Arbeitnehmer die Handhabung als freies Dienstverhältnis hingenommen und auch etwaige Vorteile entgegengenommen hat (vgl. BAG vom 08.11.2006 – 5 AZR 706/05, NZA 2007, S. 321; vom 04.12.2002 – 5 AZR 556/01, NZA 2003, S. 341).

Besondere Umstände aufgrund derer beim Beklagten seitens der Klägerin ein schützenswertes Vertrauen ausgelöst worden ist, er könne sich darauf verlassen, dass diese ihren Arbeitnehmerstatus nicht geltend mache, sind vom Beklagten nicht vorgetragen. Dass das Vertragsverhältnis über viele Jahre wie beschrieben praktiziert wurde und die Klägerin der Handhabung auch nicht widersprochen hat, ist nicht ausreichend. Deshalb fehlt es jedenfalls auch an einem für die Annahme einer Verwirkung erforderlichen Umstandsmomentes.

**II.**

Die Berufung der Klägerin ist zulässig. Sie hat auch im wesentlichen in der Sache Erfolg.

Auf ihren Antrag ist festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten bereits seit Oktober 1984 besteht. Der Beklagte ist auch dazu zu verurteilen, die Klägerin im

Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als Bildmischerin tatsächlich zu beschäftigen. Abweichend vom Antrag der Klägerin nimmt die Berufungskammer aber ein Arbeitszeitvolumen von 75 % der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft an.

### 1.

Im erstmalig in der Berufungsinstanz von der Klägerin gestellten Antrag auf tatsächliche Beschäftigung als Bildmischerin ist eine Klageänderung zu sehen. Es liegt keine bloße Erweiterung des ursprünglichen Klageantrages im Sinne des § 264 Ziff. 2 ZPO vor, sondern die Geltendmachung eines weiteren und anderen prozessualen Anspruchs (vgl. Reichold in Thomas / Putzo, ZPO, § 263 Rn. 1, § 264 Rn. 4).

Die Berufungskammer hält diese Klageänderung für sachdienlich (§ 533 Ziff. 1 ZPO), da der bisherige Streitstoff eine verwertbare Entscheidungsgrundlage bleibt und ein ansonsten drohender Streit über den Umfang der der Klägerin im Rahmen des festgestellten Arbeitsverhältnisses zustehenden Beschäftigung und damit ein weiterer Prozess hierüber vermieden wird.

Die Entscheidung kann auf Tatsachen gestützt werden, die ohnehin im Berufungsverfahren nach § 529 ZPO zugrunde zu legen sind (§ 533 Ziff. 2 ZPO). Bereits im Rahmen der Entscheidung über den Feststellungsantrag ist die Art der bisherigen Tätigkeit der Klägerin und das Beschäftigungsvolumen zur Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft heranzuziehen. Beides bildet auch eine Grundlage dafür, zu welcher Beschäftigung der Klägerin der Beklagte für die Zukunft zu verurteilen ist.

### 2.

Das Statusbegehren ist zulässig. Die Klägerin hat ein nach § 256 ZPO erforderliches Feststellungsinteresse. Im bestehenden Vertragsverhältnis hat der Beschäftigte jederzeit ein rechtliches Interesse daran, dass seine Rechtsstellung als Arbeitnehmer alsbald festgestellt wird. Dies beruht darauf, dass dann auf das Rechtsverhältnis der Parteien ab sofort die zwingenden gesetzlichen Vorschriften anzuwenden sind, die ein Arbeitsverhältnis gestalten.

Solange das Rechtsverhältnis nicht wirksam beendet ist, kann die Statusfrage jederzeit zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden. Jedenfalls dann, wenn sich die gegenwärtigen tatsächlichen Umstände seit Vertragsbeginn nicht geändert haben, bedarf es auch keines gesonderten Feststellungsinteresses für einen bis dahin zurückreichenden Klageantrag (BAG vom 15.12.1999 – 5 AZR 3/99, NZA 2000, S. 534). Es handelt sich um einen gegenwartsbezogenen und zugleich in die Vergangenheit zurückreichenden Klageantrag (vgl. im Gegensatz hierzu die dem Urteil des BAG vom 06.11.2002 – 5 AZR 364/01 – zugrundeliegende Sachverhaltsgestaltung).

### 3.

Zwischen den Parteien besteht bereits seit Oktober 1984 ein Arbeitsverhältnis.

Die Klägerin ist ihrer Darlegungslast dadurch nachgekommen, dass sie – ausgehend vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses in der Gegenwart – vorgetragen hat, die von ihr geschilderte Weisungsabhängigkeit habe so von Anfang an bestanden und an der Art und Weise ihrer Beschäftigung habe sich für die Dauer der Zusammenarbeit nichts geändert.

Es wäre dann im Rahmen einer abgestuften Darlegungslast zunächst am Beklagten, darzulegen, was sich an der Zusammenarbeit zwischen den Parteien im Laufe der Jahre qualitativ verändert und wann diese Veränderung stattgefunden hat, so dass jedenfalls für die Zeit davor ein Arbeitsverhältnis verneint werden müsse.

Eine solche Darlegung kann dem Vortrag des Beklagten nicht entnommen werden.

Er bezieht sich in seiner Berufungserwiderungsschrift vom 09.11.2009 auf seinen erstinstanzlichen Klageerwiderungsschriftsatz vom 24.07.2008 (dort Seite 7), wo er nachgewiesen habe, dass die Klägerin nur fallweise für den Beklagten tätig gewesen und das Arbeitsverhältnis auch mindestens einmal, nämlich im Jahre 1988, unterbrochen gewesen sei. Eine entsprechende Darlegung vermag die Berufungskammer dem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 24.07.2008 nicht zu entnehmen. Der Beklagte bestreitet dort nur einen substantiierten Sachvortrag der Klägerin, dass bereits seit 1984 ein Arbeitsverhältnis zwi-

schen den Parteien bestehe. Auch der Bezugnahme auf das von der Klägerin vorgelegte Zeugnis der Beklagten vom 18.03.1988 (Anlage K 2 zum klägerischen Schriftsatz vom 19.03.2008) ist keine Darlegung einer Zäsur in der Zusammenarbeit der Parteien zu entnehmen. Man dankt der Klägerin hier zwar für die geleistete Arbeit und wünscht ihr für den weiteren Berufsweg alles Gute. Dennoch wurde die Klägerin im Jahre 1988 vom Beklagten an 113 Tagen (gegenüber 108 Tagen in 1987) beschäftigt.

Soweit der Beklagte in seiner Berufungserwiderung weiter darauf hinweist, dass die „Einsatzzeiten bedarfsbedingt starken Schwankungen unterlagen und unterliegen“, ist dies ebenfalls nicht geeignet das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses in Frage zu stellen. Eine andere Bewertung könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn die Klägerin in früheren Jahren – etwa weil sie in erheblichem Umfang für Dritte tätig war – häufig und regelmäßig angebotene Einsätze abgelehnt hat und daraus der Schluss zu ziehen wäre, die Freiheit in der zeitlichen Disposition stehe im Vordergrund. Das hat der Beklagte aber gerade nicht vorgetragen, sondern ausgeführt, die Einsatzzeiten hätten „bedarfsbedingt“ – also nicht wegen der ausgeübten Freiheit der Klägerin, sondern weil man sie nicht öfter brauchen konnte – starken Schwankungen unterlegen.

Im Übrigen bleibt festzuhalten, dass die Einsatztage zwischen 1985 (1984 war kein vollständiges Jahr) bis 2008 (2009 stand schon unter dem Eindruck des Prozesses) nur in vier Jahren unter 110 Tagen (entspricht einem 50 prozentigen Arbeitsvolumen einer Vollzeitkraft) lagen, von 1990 bis 2008, also in 19 Jahren, in keinem einzigen Jahr mehr.

#### 4.

Im Rahmen des Beschäftigungsantrags der Klägerin ist auch darüber zu entscheiden, in welchem Umfang die Klägerin vom Beklagten mindestens zu beschäftigen ist. Ausdrücklichen Vereinbarungen zwischen den Parteien kann dies nicht entnommen werden. Ausgehend von der Annahme des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses kann deshalb wiederum nur auf die bisherige praktische Durchführung des Vertragsverhältnisses abgestellt werden. Die Kammer hat einen Schnitt aus den in den Jahren 2006, 2007 und 2008 von der Klägerin abgeleisteten Arbeitstagen gebildet (165,67) und diesen zu den beim Beklag-



ten von einer Vollzeitkraft geleisteten 220 Arbeitstagen pro Jahr ins Verhältnis gesetzt. Hieraus ergibt sich (gerundet) ein Arbeitszeitvolumen von 75 Prozent der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft.

Die dabei zugrunde gelegte Rückbetrachtung von 3 Jahren ist einerseits lang genug, um außergewöhnliche Jahre nur im Rahmen der Bildung eines Durchschnitts miteinzubeziehen und andererseits kurz genug, um das Typische des aktuell praktizierten Vertragsverhältnisses zu erfassen (drei Jahre als Beobachtungszeitraum ist im Bereich des Arbeitsrechts – ohne dass damit ein unmittelbarer Vergleich der Tatbestände gezogen werden soll – nicht unbekannt, so z. B. im Bereich der betrieblichen Übung). Das Jahr 2009 wurde nicht mit einbezogen, da hier – wohl aufgrund des vorliegenden Verfahrens – ein gegenüber den Vorjahren untypischer „Einbruch“ der Beschäftigungstage festzustellen ist.

Ein Arbeitsverhältnis auf Abruf im Sinne des § 12 TzBfG nimmt die Kammer nicht an. Insbesondere kann der Beklagte nicht ein Element aus seiner Argumentation im Sinne des Bestehens eines freien Dienstverhältnisses ins Arbeitsrecht transportieren und sich auf § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG berufen. Konsequenz der rechtlichen Einordnung des Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis ist es, dass der Beklagte beim „Ob“ der Beschäftigung der Klägerin nicht so frei ist, wie ursprünglich vorgestellt. Konsequenterweise müssen auch die Inhalte des Arbeitsverhältnisses anhand der tatsächlichen Vertragsdurchführung bestimmt werden. Die jahrelange Zusammenarbeit der Parteien zeigt insbesondere, dass die Arbeitsleistung der Klägerin in ihrem Umfang weit über die in § 12 Abs. 1 S. 3 TzBfG vorgesehene wöchentliche Arbeitszeitdauer von zehn Stunden hinausging. Im Übrigen sieht § 12 Abs. 1 S. 2 TzBfG als Regelmodell auch für die Arbeit auf Abruf eine Vereinbarung über die Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit vor (zur Lückenfüllung anhand der tatsächlichen Vertragsdurchführung auch beim Abrufarbeitsverhältnis vgl. BAG vom 07.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, S. 423; LAG Köln vom 07.12.2001 – 11 (6) Sa 827/01; Preis in ErfKom., § 12 TzBfG Rn. 16; ders. in Preis, Der Arbeitsvertrag II A 90 Rn. 57 ff.).

Soweit die Klägerin eine Beschäftigung von mehr als 75 Prozent der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft beantragt, ist die Berufung zurückzuweisen.

- 26 -

**III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2, 97 Abs. 1 ZPO.

Die Revision wird für beide Parteien zugelassen, § 72 Abs. 1 ArbGG.

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil können beide Parteien Revision einlegen.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter

<http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Dr. Wanhöfer

Gauglitz

Scheuerl

Hinweis der Geschäftsstelle:

Das Bundesarbeitsgericht bittet, alle Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung einzureichen.