Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Bundesarbeitsgericht 10. Senat	Urteil vom 17. April 2013 - 10 AZR 272/12 -
I. Arbeitsgericht München	Endurteil vom 18. März 2011 - 39 Ca 8512/10 -
II. Landesarbeitsgericht München	Urteil vom 24. Januar 2012 - 6 Sa 411/11 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerstatus - Cutterin

Gesetze:

BGB §§ 242, 611; HGB § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2; TzBfG § 12

Leitsatz:

Auch bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern von Rundfunkanstalten ist die Arbeitnehmereigenschaft anhand der allgemeinen Kriterien für die Abgrenzung zwischen einem Arbeitsverhältnis und einem freien Dienstvertrag zu prüfen.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu einer Parallelsache

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

10 AZR 272/12
6 Sa 411/11
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. April 2013

URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. April 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann und Mestwerdt sowie den ehrenamtlichen Richter Simon und die ehrenamtliche Richterin Trümner für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 24. Januar 2012 - 6 Sa 411/11 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin als Cutterin Arbeitnehmerin der beklagten Rundfunkanstalt und als solche im Umfang von 68 vH einer Vollzeitkraft zu beschäftigen ist. 1

Die Klägerin ist seit dem Jahr 2001 bei der Beklagten als Cutterin im Bereich Bearbeitung/Editing der Hauptabteilung Produktionsbetrieb Fernsehen beschäftigt. Sie erhielt für ihre Tätigkeit jeweils eine Tagesgage. 2

Die Beklagte hält für die bei ihr regelmäßig anfallenden Bildschneidearbeiten entsprechende Dienste von Cuttern vor, die in Schneideräumen der Beklagten eingesetzt werden und auf deren Tätigkeit Autoren, Reporter usw. zurückgreifen können. Zu diesem Zweck erstellt die Beklagte Dienstpläne, durch die entsprechende Arbeitskapazitäten zu bestimmten Zeiten *(Schichten)* gewährleistet sind. Für die durch fest angestellte Cutter nicht gedeckten Zeiten fragt die Beklagte telefonisch die Bereitschaft zur Übernahme der freien Schichten in einem Kreis von Cuttern ab, die von der Beklagten als freie Mitarbeiter angesehen werden. Zu diesem Kreis gehört auch die Klägerin. Die Klägerin kann die ihr regelmäßig angebotenen Einsätze ablehnen und machte von der Ablehnungsmöglichkeit gelegentlich, wenn auch nicht häufig, Gebrauch. 3

Die Klägerin arbeitet in den Räumen der Beklagten mit den jeweils für den zu erstellenden Bildbeitrag Verantwortlichen und technischen Mitarbeitern zusammen. Sie benutzt dabei die am Arbeitsort in den Räumen der Beklagten installierten technischen Vorrichtungen. 4

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Der Umfang der Beschäftigung der Klägerin in den Jahren 2002 bis 2009 ist unter den Parteien streitig. Im Jahr 2009 war die Klägerin erkrankt und wegen einer Rehabilitations- und Physiotherapiemaßnahme nicht uneingeschränkt verfügbar. Die Beklagte leistete für diese Zeiten keine Entgeltfortzahlung. Seit 2010 ist die Klägerin wieder als Cutterin für die Beklagte tätig. 5

Mit ihrer Klage hat die Klägerin geltend gemacht, sie sei Arbeitnehmerin der Beklagten und müsse auch in Zukunft als solche beschäftigt werden. Sie sei 2002 an 186 Tagen, 2003 an 199 Tagen, 2004 an 207 Tagen, 2005 an 57 Tagen, 2006 an 104 Tagen, 2007 an 188 Tagen und 2008 an 231 Tagen tätig gewesen. 2009 sei sie krankheitsbedingt kaum eingesetzt worden. Aus diesen Beschäftigungszeiten - ausgenommen das Jahr 2009, das wegen der langen Erkrankung ihrer Ansicht nach nicht einzubeziehen ist - ergebe sich eine durchschnittliche Beschäftigung als Cutterin an 167,5 Tagen im Jahr. Sie sei wie die fest angestellten Cutter in den Dienstplänen der Beklagten aufgeführt worden und habe ihre Arbeitsleistung zu den vorgegebenen Zeiten erbracht. Die Dienstpläne habe der/die jeweils zuständige Personaldisponent/-in einseitig vorgegeben. Sie habe von den Arbeitseinsätzen telefonisch oder durch Einsicht in den aushängenden Dienstplan Kenntnis genommen. Teilweise sei ihr eine Produktionsmeldung auch ins Fach gelegt worden. Wegen der oft kurzfristigen Arbeitseinteilung sei eine ständige Einsatzbereitschaft von ihr erwartet worden. Im Rahmen ihrer Einsätze habe sie nicht nur Anweisungen des Fachvorgesetzten, sondern auch inhaltliche Vorgaben der bei der Beklagten beschäftigten Redakteure und Autoren erhalten und befolgen müssen. 6

Die Klägerin hat beantragt 7

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit November 2001 ein Arbeitsverhältnis besteht,

2. für den Fall, dass das Arbeitsgericht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses feststellt,

   die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin in Form eines Arbeitsverhältnisses als Cutterin in ihren Betrieben in München in einem Volumen von 90 vH einer Vollzeitkraft zu beschäftigen und tätig werden zu lassen, hilfsweise in dem vom Gericht festgestellten Volumen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, zwischen den Parteien bestehe kein Arbeits-, sondern ein freies Dienstverhältnis. Die Klägerin übe programmgestaltende Tätigkeit aus. Indem sie Filmmaterial für die Ausstrahlung der Sendungen passend zusammenschneide, vollziehe sie einen schöpferischen Akt. Sie beeinflusse den Inhalt und den Aussagegehalt der Sendungen, indem sie entscheide, welches Material für die Sendung verwendet werde. Das Beschäftigungsvolumen der Klägerin habe erheblichen Schwankungen unterlegen; so sei sie 2002 an 181 Tagen, 2003 an 184 Tagen, 2004 an 179 Tagen, 2005 an 47 Tagen, 2006 an 77 Tagen, 2007 an 181 Tagen, 2008 an 203 Tagen und 2009 an 20 Tagen beschäftigt gewesen. Seit Anfang 2009 sei der Beschäftigungsbedarf für freie Mitarbeiter deutlich zurückgegangen, weswegen die Klägerin in deutlich geringerem Umfang als in den Vorjahren eingesetzt worden sei. Hinsichtlich der durchschnittlichen Arbeitszeit sei auf die Einsätze in den Jahren 2002 bis 2010 abzustellen. Die freien Mitarbeiter, also auch die Klägerin, hätten die Möglichkeit gehabt, die telefonisch angefragten Termine abzulehnen. Demnach habe keine Weisungsgebundenheit hinsichtlich der Arbeitszeit bestanden. Demgegenüber komme der örtlichen Weisungsgebundenheit nur geringe Aussagekraft zu. Jedenfalls könne sich die Klägerin nach Treu und Glauben nicht auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses berufen. Sie habe die bisherigen Bedingungen so lange akzeptiert, dass sie nun nicht plötzlich mit der gegenteiligen Auffassung hervortreten könne. Wenn allerdings doch ein Arbeitsverhältnis bestehe, dann handele es sich um ein Abrufarbeitsverhältnis nach § 12 TzBfG und die Beklagte müsse die Klägerin lediglich zehn Stunden wöchentlich einsetzen *(§ 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG)*. 8

Das Arbeitsgericht hat über die Praxis der Heranziehung der Klägerin im Rahmen der Dienstplangestaltung Beweis erhoben und hinsichtlich des Antrags zu 1. nach Klageantrag erkannt, im Übrigen die Beklagte zur Beschäftigung der Klägerin im Umfang von 68 vH einer Vollzeitkraft verurteilt und die weiter gehende Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die allein von der Beklagten eingelegte Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Landes- 9

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

arbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg. Die Vorinstanzen haben im Ergebnis richtig entschieden. 10

A. Die Klage ist im noch zur Überprüfung durch den Senat stehenden Umfang begründet. Die Klägerin ist Arbeitnehmerin der Beklagten *(zu I)*. Sie hat das Recht auf Feststellung des Arbeitnehmerstatus nicht verwirkt *(zu II)*. Die Beklagte ist verpflichtet, die Klägerin als Cutterin im Umfang von 68 vH eines Vollzeitarbeitsverhältnisses zu beschäftigen *(zu III)*. 11

I. Die Klägerin ist mit der Beklagten durch einen unbefristeten Arbeitsvertrag, gerichtet auf die Leistung von Diensten als Cutterin, verbunden. 12

1. Die Klägerin stand der Beklagten seit dem Jahr 2001 dauerhaft zur Leistung von Diensten als Cutterin zur Verfügung. Die Parteien haben den dem Leistungsaustausch zugrunde liegenden Vertrag nicht durch Abgabe ausdrücklicher übereinstimmender Willenserklärungen abgeschlossen. Ein Vertrag kann jedoch durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten *(Realofferte und deren konkludente Annahme)* zustande kommen *(vgl. BGH 22. März 2012 - VII ZR 102/11 - Rn. 11, BGHZ 193, 10)*. So liegt es hier. Die Parteien haben über einen Zeitraum von mehreren Jahren einvernehmlich Dienstleistung und Vergütung ausgetauscht. Die Klägerin war nach Anforderung der Beklagten als Cutterin tätig und die Beklagte hat ihr dafür Vergütung gezahlt und weitere vertragliche Leistungen erbracht. Zwischen den Parteien bestand damit ein Dienstvertrag iSd. § 611 BGB *(vgl. zum Dienstvertrag als Grundtyp des Arbeitsvertrags: MüKoBGB/Müller-Glöge 6. Aufl. § 611 Rn. 1 ff.; BeckOK BGB/Fuchs § 611 Rn. 1 ff. mwN)*. Davon geht auch die Beklagte aus. Allerdings handelte es 13

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

sich nicht, wie die Beklagte meint, um einen freien Dienstvertrag, sondern um einen Arbeitsvertrag. Die entsprechende Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

2. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von den rechtlichen Grundsätzen ausgegangen, die das Bundesarbeitsgericht zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers aufgestellt hat. 14

a) Hiernach unterscheiden sich beide durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags 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 *(vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB)*. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. 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 praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend *(st. Rspr., vgl. zuletzt BAG 29. August 2012 - 10 AZR 499/11 - Rn. 14, 15)*. 15

b) Diese Grundsätze sind auch im Bereich Funk und Fernsehen anzuwenden *(BAG 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rn. 20 mwN)*, wobei der verfassungsrechtliche Schutz der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zu beachten ist. Allgemein müssen die Gerichte Grundrechte interpretationsleitend berücksichtigen, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt *(vgl. BVerfG 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 - zu II 1 der Gründe, BVerfGE 7, 198)*. Das verlangt im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 16

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Satz 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 *(grundlegend BVerfG 13. Januar 1982 - 1 BvR 848/77 ua. - zu C II und III der Gründe, BVerfGE 59, 231; 18. Februar 2000 - 1 BvR 491/93 ua. - zu II 2 b bb der Gründe)*. Die Rundfunkfreiheit erstreckt sich auf das Recht der Rundfunkanstalten, 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 *(BVerfG 18. Februar 2000 - 1 BvR 491/93 ua. - zu II 2 b aa der Gründe)*. Es ist von Verfassungs wegen nicht ausgeschlossen, auch im Rundfunkbereich von den für das Arbeitsrecht allgemein entwickelten Merkmalen abhängiger Arbeit auszugehen *(BVerfG 18. Februar 2000 - 1 BvR 491/93 ua. -; 22. August 2000 - 1 BvR 2121/94 - zu 2 der Gründe)*. Allerdings muss das durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Recht der Rundfunkanstalten, frei von fremder Einflussnahme über die Auswahl, Einstellung und Beschäftigung programmgestaltender Mitarbeiter zu bestimmen, angemessen berücksichtigt werden. Eine Beeinträchtigung kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Betracht, wenn die verfügbaren Vertragsgestaltungen - wie Teilzeitbeschäftigungs- oder Befristungsabreden - zur Sicherung der Aktualität und Flexibilität der Berichterstattung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht in gleicher Weise geeignet sind wie die Beschäftigung in freier Mitarbeit *(vgl. BVerfG 18. Februar 2000 - 1 BvR 491/93 ua. - zu II 2 c bb der Gründe)*.

c) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist als „programmgestaltend“ der Kreis derjenigen Rundfunkmitarbeiter anzusehen, „die an Hörfunk- und Fernsehsendungen inhaltlich gestaltend mitwirken. Das gilt namentlich, wenn sie 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 17

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Verwaltungspersonal sowie diejenigen, die zwar bei der Verwirklichung des Programms mitwirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss darauf haben *(BVerfG 13. Januar 1982 - 1 BvR 848/77 ua. - zu C II 1 b der Gründe, BVerfGE 59, 231; BAG 19. Januar 2000 - 5 AZR 644/98 - zu B III 2 a der Gründe, BAGE 93, 218)*.

d) Auch bei programmgestaltenden Mitarbeitern kann entgegen der ausdrücklich getroffenen Vereinbarung ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn sie weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegen, ihnen also nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbstständigkeit verbleibt, und der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über ihre Arbeitsleistung verfügen kann. Letzteres ist dann der Fall, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung durch Dienstpläne herangezogen wird, ihm also die Arbeiten letztlich zugewiesen werden *(BAG 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rn. 22 mwN)*. 18

e) Bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern von Rundfunkanstalten ist die Arbeitnehmereigenschaft anhand der allgemeinen Kriterien zu prüfen. Auch sie können je nach Lage des Falls freie Mitarbeiter sein. Das Bundesarbeitsgericht hat verschiedentlich ausgeführt, nicht programmgestaltende Tätigkeit in Rundfunkanstalten lasse sich regelmäßig nur in Arbeitsverhältnissen ausführen *(BAG 30. November 1994 - 5 AZR 704/93 - zu B II 3 der Gründe mwN, BAGE 78, 343)*. Soweit darin die Aufstellung einer verbindlichen rechtlichen Regel zu sehen wäre, hält der Senat daran nicht fest. In Wahrheit handelte es sich bei jener Aussage nicht um einen Rechtssatz in dem Sinne, dass mit dem Fehlen der programmgestaltenden Qualität eines Rundfunkmitarbeiters zugleich dessen Status als Arbeitnehmer feststünde und es entbehrlich wäre, die Arbeitnehmereigenschaft von nicht programmgestaltenden Mitarbeitern anhand der allgemeinen Kriterien zu überprüfen. Vielmehr ist die genannte Aussage lediglich als Hinweis auf einen Erfahrungswert zu verstehen: So werden nicht programmgestaltende Mitarbeiter häufiger die Kriterien eines Arbeitnehmers erfüllen, als es bei programmgestaltenden Mitarbeitern zu erwarten ist. 19

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

f) An der Unterscheidung zwischen programmgestaltender und nicht programmgestaltender Tätigkeit in diesem Sinne hält der Senat fest. Die Unterscheidung ist deswegen von Bedeutung, weil bestimmte Gegebenheiten je nachdem, ob es sich um programmgestaltende Mitarbeiter handelt oder nicht, unterschiedlichen Aussagewert im Hinblick auf den Arbeitnehmerstatus haben können. Die rechtliche Differenzierung findet ihre Grundlage in erheblichen tatsächlichen Unterschieden der Arbeit in einer Rundfunkanstalt. So wird die zeitliche und räumliche Einbindung bei programmgestaltenden Mitarbeitern oft nicht ohne Weiteres als Hinweis auf eine Leistung in persönlicher Abhängigkeit gewertet werden können. Es ist zB ein Unterschied, ob ein Mitarbeiter als Nachrichtentechniker in einem Tonarchiv zu festgelegten Zeiten ihm vorgeschriebene archivarische Leistungen zu erbringen hat oder ob er sich zu bestimmten Zeiten in einem Studio einzufinden und dort humoristische Beiträge individuell extemporierend zu gestalten hat, die für das Programm derart prägend sind, dass in der öffentlichen Wahrnehmung der Sender mit der Stimme des Sprechers nachgerade identifiziert wird *(vgl. dazu BAG 8. November 2006 - 5 AZR 706/05 - BAGE 120, 104)*. 20

3. Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass die Parteien in einem Arbeitsverhältnis zueinander stehen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat die maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte widerspruchsfrei und vollständig berücksichtigt. Es hat überdies die erforderliche Gesamtwürdigung der in Betracht kommenden Tatsachen vorgenommen. 21

a) Die Klägerin ist nicht programmgestaltende Mitarbeiterin der Beklagten. Ihr Einfluss auf den Inhalt der ausgestrahlten Beiträge ist gering. Sie kann weder die Themen bestimmen noch das zu bearbeitende Bild- und Tonmaterial. Beides wird vorgegeben. Aus dem Bild- und Tonmaterial muss eine Auswahl getroffen werden, die aber im Wesentlichen durch das Thema, die vorgegebene Länge des Beitrags und die Vorstellung des jeweiligen Redakteurs oder Autors von der zu übermittelnden „Botschaft“ geprägt ist, nicht aber von inhaltlichen Vorstellungen oder vom Formwillen der Klägerin. Dass und in welcher Form die 22

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Klägerin auch nur einen der von ihr bearbeiteten Beiträge maßgeblich nach eigenen ästhetischen oder inhaltlichen Konzepten gestaltet hätte, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Wenn auch die Tätigkeit einer Cutterin künstlerische Fähigkeiten voraussetzt, so ist sie doch nicht allein um deswillen zwangsläufig programmgestaltend *(vgl. zur Geigerin in einem Orchester: BVerfG 13. Januar 1982 - 1 BvR 848/77 ua. - zu C IV der Gründe, BVerfGE 59, 231)*. Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, welche schnittkünstlerische Handschrift die Klägerin den von ihr bearbeiteten Beiträgen gegeben haben sollte, wie sich diese besondere Note von anderen Gestaltungsmöglichkeiten unterschied und inwiefern sie als formale oder inhaltliche Programmaussage gewirkt haben könnte. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass die Klägerin keine Möglichkeit hatte, etwa die Aussage eines Films zu verändern, indem sie die vom Filmautor gewünschten Passagen gegen andere austauschte, sei es aus ästhetischen, sei es aus inhaltlichen Gründen. Dass bei anderen Filmformaten, etwa Spielfilmen oder ambitionierten Dokumentarfilmen, die Schnittmeisterin uU eine andere, nämlich bestimmende Rolle spielen kann, ist für den Streitfall nicht entscheidend. Es ist nicht erkennbar, dass die Klägerin an solchen Vorhaben gearbeitet hätte.

b) Da die Klägerin nicht programmgestaltende Mitarbeiterin der Beklagten ist, ist ihre Arbeitnehmereigenschaft anhand der allgemeinen Kriterien zu ermitteln. Deren Anwendung führt zum Ergebnis, dass die Klägerin zur Beklagten im Arbeitsverhältnis steht. 23

aa) Die Klägerin ist fachlich weisungsgebunden. Sie hat den Schnitt so vorzunehmen, wie es den Vorstellungen des jeweiligen Autors oder Redakteurs entspricht. Soweit technische Fragen in Betracht kommen, mag die Klägerin auch eigene Vorstellungen in die Realisierung einbringen. Dass sie auf die Gestaltung der betreffenden Beiträge einen inhaltlich oder formal maßgeblichen Einfluss ausübt oder ausüben könnte, ist - wie ausgeführt - nicht ersichtlich. 24

bb) Die Klägerin ist bei ihrer Tätigkeit örtlich gebunden. Wenn sie Dienst verrichtet, hat das ausschließlich an dem von der Beklagten dafür vorgesehenen Ort zu geschehen. Diese räumliche Gebundenheit beruht auf einer - zwar 25

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

stillschweigenden, aber nicht zwingend vorgegebenen - Entscheidung der Beklagten, den Schnitt in eigenen Räumen vornehmen zu lassen. Externe Schnittstudios werden auf dem Markt zur Miete angeboten. Es besteht für Rundfunkanstalten keine Notwendigkeit, Schnittarbeiten im Hause erledigen zu lassen. Geschieht es dennoch, so ist die räumliche Einbindung auch Ausdruck des engen, von der Beklagten gestalteten Arbeitszusammenhangs, dem die Klägerin bei Ausübung ihrer Arbeit unterworfen ist.

cc) Die Klägerin ist auch ansonsten in die Arbeitsorganisation bei der Beklagten eingebunden. Sie verrichtet ihre Tätigkeit nicht allein, sondern hat sowohl mit Redakteuren und Autoren als auch mit technischen Mitarbeitern der Beklagten zusammenzuwirken. Dies geschieht unter Inanspruchnahme der von der Beklagten zur Verfügung gestellten und nach ihren Vorstellungen eingerichteten technischen Einrichtungen und gemäß den von ihr aufgestellten arbeitsorganisatorischen Vorgaben. Auch diese Einbindung ist Ausdruck des Willens der Beklagten, die Schnittarbeit in den von ihr gestalteten Arbeitszusammenhang einzupassen und sie damit zu lenken und zu beherrschen. 26

dd) Die zeitliche Weisungsgebundenheit der Klägerin ist insoweit strikt, als sie nur im Rahmen der von der Beklagten für alle Cutterinnen und Cutter vorgeschriebenen Schichtpläne arbeiten kann. Die Anfangs- und Endzeiten ihrer Schichten und die Reihenfolge der Arbeiten an den Tagen, an denen sie Dienst tut, liegen fest und die Klägerin muss sich daran halten. Insoweit gibt die Klägerin ihre Zeitsouveränität auf und fügt sich in den von der Beklagten vorgegebenen Arbeitsrhythmus ein. Sie hat keine Möglichkeit, die Schicht nach Bedarf etwas früher oder später anzutreten, als es in den Dienstplänen vorgesehen ist. Sie kann ebenso wenig die Reihenfolge der Arbeiten selbst bestimmen oder die Arbeit nach eigenen zeitlichen Bedürfnissen unterbrechen, verschieben usw. Sie muss sich vielmehr in das festgelegte Zeitraster einfügen. Indes bestand für die Klägerin insoweit ein für Arbeitsverhältnisse hohes Maß an Ungebundenheit in zeitlicher Hinsicht, als sie grundsätzlich die Übernahme von Diensten ablehnen konnte, dies offenbar mitunter auch getan hat und jedenfalls gelegentlich nicht ohne Weiteres für die Beklagte erreichbar war. 27

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

Auch diesen Umstand hat aber das Landesarbeitsgericht in seine Gesamtbetrachtung einbezogen und bewertet. Zu Recht hat es gemeint, dass die Möglichkeit der Klägerin die Übernahme von Diensten abzulehnen, hier nicht die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft hindert. Die Einbindung in einseitig bestimmte Dienstpläne ist weder notwendige noch hinreichende Bedingung für die Arbeitnehmereigenschaft. Vielmehr sind die Besonderheiten der jeweiligen Handhabung zu beachten. Im Streitfall hat die Klägerin zwar gelegentlich, keineswegs aber regelhaft von ihrem Ablehnungsrecht Gebrauch gemacht; es wurde nicht etwa „von Fall zu Fall“ jeweils neu entschieden, sondern die Beklagte ging grundsätzlich davon aus, dass die angebotenen Schichten übernommen wurden. Das zeigt sich ua. daran, dass die Klägerin Dienste kurzfristig schriftlich zugewiesen erhielt, ohne dass die Beklagte noch eine besondere Bestätigung eingeholt hätte. Weiter hat das Landesarbeitsgericht zu Recht berücksichtigt, dass die Beklagte auch von fest angestellten Cuttern nicht bedingungslose Befolgung jeder Diensteinteilung erwartete, sondern - zB bei persönlichen Animositäten zwischen Cutter und Redakteur oder Autor - auf die Wünsche der Cutter Rücksicht nahm. Dies zeigt, dass kein statusrelevanter fundamentaler Unterschied zwischen der zeitlichen Einbindung der festen und der „freien“ Cutter bei der Beklagten besteht, sondern dass es sich um Schattierungen und fließende Übergänge handelt. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin ohnehin nicht im Umfang einer Vollzeitkraft eingesetzt wird. Schließlich kann die Beklagte auch von fest angestellten Teilzeitbeschäftigten nur in begrenztem Rahmen erwarten, dass sie auf Abruf ohne Weiteres zur Verfügung stehen *(§ 12 Abs. 2 TzBfG)*.

ee) Jedenfalls ist es nicht zu beanstanden, dass das Landesarbeitsgericht in der Gesamtbetrachtung die auf den Arbeitnehmerstatus deutenden Umstände als deutlich vorherrschend angesehen und dem freilich nicht zu leugnenden Maß zeitlicher Unabhängigkeit der Klägerin in dem festgestellten Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung zugemessen hat. 28

4. Soweit die Revision geltend macht, hinsichtlich des Beginns des Arbeitsverhältnisses im Jahr 2001 sei kein Feststellungsinteresse gegeben, 29

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

kann sie keinen Erfolg haben. Die Feststellung des Beginns des Arbeitsverhältnisses kann für etwaige hieran anknüpfende Ansprüche der Klägerin Bedeutung gewinnen. Damit ist ein Feststellungsinteresse gegeben.

II. Die Klägerin handelt nicht missbräuchlich, indem sie sich auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses beruft. 30

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts *(vgl. BAG 8. November 2006 - 5 AZR 706/05 - Rn. 21, BAGE 120, 104; 4. Dezember 2002 - 5 AZR 556/01 - zu II 4 a der Gründe, BAGE 104, 86)* kann sich ein Beschäftigter gegenüber seinem Vertragspartner nicht darauf berufen, zu ihm in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, wenn dies unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens rechtsmissbräuchlich geschähe. 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. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen und das Vertrauen im Rechtsverkehr untergraben, wenn es erlaubt wäre, sich nach Belieben mit seinen früheren Erklärungen und seinem früheren Verhalten in Widerspruch zu setzen. Das widersprüchliche Verhalten ist rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein schützenswerter Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. 31

2. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, treuwidriges Verhalten der Klägerin liege nicht vor, ist nach diesen Maßgaben nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat sich nicht widersprüchlich verhalten. Sie hat lediglich die Beschäftigung so angenommen, wie sie von der Beklagten geboten wurde. Daraus konnte die Beklagte nicht schlussfolgern, der Klägerin wäre es unangenehm als fest angestellte Cutterin zu arbeiten oder sie wünsche das nicht. Aus den Einsatzzeiten der Klägerin war ersichtlich, dass sie nicht für andere Auftraggeber tätig war. Umstände, die auf ein besonderes Interesse der Klägerin am Status einer freien Mitarbeiterin schließen ließen, sind nicht erkennbar. Ein Vertrauenstatbestand ist nicht geschaffen worden. Auf die Entscheidung des 32

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android
Available on the App Store
JLaw – für iOS

Landesarbeitsgerichts Köln vom 14. Mai 2003 *(- 7 Sa 863/02 -)* kann sich die Beklagte in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht berufen, weil diese Entscheidung sich nicht zur Frage der treuwidrigen Berufung auf die Arbeitnehmereigenschaft äußerte, sondern bereits ein Arbeitsverhältnis für nicht gegeben hielt.

III. Die Klage ist auch mit dem Beschäftigungsantrag begründet. Das Landesarbeitsgericht hat - wie schon das Arbeitsgericht - angenommen, die Arbeitszeit sei mit 68 vH einer Vollzeitkraft vereinbart worden. Es hat deshalb die Beklagte in diesem Umfang zur Beschäftigung der Klägerin verurteilt. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 33

1. Haben die Parteien - wie im Streitfall - einen Arbeitsvertrag nicht durch den Austausch ausdrücklicher Willenserklärungen, sondern durch Realofferte und deren Annahme geschlossen, kann für die Bestimmung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens abgestellt werden *(BAG 26. September 2012 - 10 AZR 336/11 - Rn. 14; 25. April 2007 - 5 AZR 504/06 - Rn. 12 ff.)*. Dabei entspricht, wenn der Beurteilung eine mehrjährig übereinstimmend und ohne entgegenstehende Bekundungen geübte Vertragspraxis zugrunde liegt, die vom Landesarbeitsgericht angewandte Referenzmethode am ehesten dem durch tatsächliche Befolgung geäußerten Parteiwillen. Sie vermeidet die Überbetonung von auf Zufälligkeiten beruhenden Ausschlägen nach oben und unten. 34

2. Auch der vom Landesarbeitsgericht gewählte Referenzzeitraum der Jahre von 2002 bis 2008, in denen die Parteien ohne erkennbare Sondereinflüsse regelmäßig zusammengearbeitet haben, ist nicht zu beanstanden. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht das Jahr der Klageerhebung *(2010)* und das Jahr 2009 außer Acht gelassen, in dem die Klägerin wegen einer Krankheit weitgehend arbeitsunfähig war. Aus der Nichtbeschäftigung in längeren Krankheitszeiten kann kein Rückschluss auf den die Dauer der regelmäßigen Arbeitszeit betreffenden Parteiwillen gezogen werden. 35

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

3. Die auch rechnerisch richtige Ermittlung der regelmäßigen Arbeitszeit wird von der Beklagten im Übrigen nur insoweit angegriffen, als sie auf dem Standpunkt steht, sie sei nach § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG nur zur Beschäftigung im Umfang von zehn Wochenstunden verpflichtet. Das ist jedoch schon deshalb nicht richtig, weil die Parteien eine höhere Arbeitszeit vereinbart haben. Es kommt nicht darauf an, ob die Beklagte nach den konkludenten vertraglichen Abreden die Arbeitsleistung - anders als sie selbst geltend macht - abrufen, also deren Lage einseitig bestimmen darf. 36

B. Die Kosten der Revision fallen der Beklagten nach § 97 Abs. 1 ZPO zur Last. 37

Mikosch Mestwerdt Schmitz-Scholemann

Simon Trümner

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS