

Aktenzeichen: 2 AZR 84/83

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 5. Juli 1984

- 2 AZR 84/83 -

I. Arbeitsgericht

Köln

Urteil vom 28. Juli 1982

- 9 Ca 692/82 -

II. Landesarbeitsgericht

Köln

Urteil vom 21. Dezember 1982

- 1 Sa 960/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Arbeitsverhältnis einer ständigen Aushilfe Orchestermusikerin

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit, § 620 Befristeter Arbeitsvertrag

Leitsätze:

K e i n e



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 84/83

1 Sa 960/82 Köln

Verkündet am
5. Juli 1984

Im Namen des Volkes!

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Mai 1984 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Prof. Dr. Röhslers und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Kirchner und Jansen für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 21. Dezember 1982 - 1 Sa 960/82 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Klägerin, die eine Hochschulausbildung als Musikerin mit dem Hauptinstrument Geige absolviert hat, war aufgrund zweier befristeter Arbeitsverträge vom 1. September 1977 bis zum 31. Dezember 1978 bei der beklagten Stadt im G -Orchester als Orchestermusikerin beschäftigt.

Der vom 1. September 1977 bis zum 31. August 1978 befristete Arbeitsvertrag vom 18. Oktober 1977 wurde mit Vertrag vom 18. September 1978 bis zum 31. August 1979 verlängert und enthielt in § 1 die Bestimmung, daß sich die Klägerin verpflichtete, keinerlei Ansprüche auf Vertragsverlängerung bzw. Festeinstellung im G -Orchester geltend zu machen.

Nachdem es der Klägerin trotz intensiver Bemühungen nicht gelungen war, festes Mitglied des G -Orchesters zu werden, bat sie mit Schreiben vom 12. November 1978 um vorzeitige Vertragsauflösung. Der Anstellungsvertrag wurde daraufhin einvernehmlich zum 31. Dezember 1978 aufgelöst. Gleichwohl wurde die



Klägerin in der Folgezeit von der Beklagten im G -Orchester als Aushilfe eingesetzt. Sie wurde im Jahre 1979 zu neun, im Jahre 1980 zu 79 und im Jahre 1981 zu 69 Aushilfsdiensten herangezogen. Die festangestellten Mitglieder des G -Orchesters in der Gruppe der zweiten Geiger leisteten im Jahre 1980 - ohne Berücksichtigung der krankheitsbedingten Ausfälle - vergleichsweise zwischen 253 und 293 Dienste.

Nach einem für die Klägerin erfolglos verlaufenen Vorspielen im Rahmen einer Planstellenbesetzung beim G -Orchester am 19. Oktober 1981 setzte die Beklagte die Klägerin nur noch einmal aushilfsweise ein, weil sie befürchtete, der Klägerin könnten aus der Zahl der Einsätze Ansprüche auf weitere Beschäftigung erwachsen.

Die Beklagte hat die Klägerin, die ihre Bezüge von der Beklagten selbst versteuert, aber keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hat, vorsorglich am 9. November 1982 zum 31. Dezember 1982 gekündigt. Der hierwegen von der Klägerin angestrebte Rechtsstreit ist unter dem Aktenzeichen 5 Ca 10220/82 beim Arbeitsgericht Köln anhängig.

Mit der vorliegenden, am 25. Januar 1982 erhobenen Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, daß sie sich bei der Beklagten in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Geigerin befinde. Sie hat vorgetragen, der Beklagten auf Anforderung stets zur Verfügung gestanden zu haben. Anderweitige Angebote für Orchestereinsätze habe sie vielfach abgelehnt, um die Beziehungen



zur Beklagten nicht zu gefährden. In der Zeit ihrer ständigen Aushilfstätigkeit habe sie lediglich drei- oder viermal Einsätze abgesagt, weil sie kurzfristig bestellt worden sei und bereits anderweitig eine Zusage gegeben habe. Wie in allen Kulturorchestern üblich, habe sie im übrigen auch einen "Ersatzmann" stellen können. So habe sie selbst, von der Beklagten niemals moniert oder beanstandet, von Kollegen Dienste übernommen, wenn diese andere lukrative Aufgaben übernehmen wollten. Da sie mit ihrer Arbeitskraft der Beklagten ständig zur Verfügung gestanden und konkret eine weisungsgebundene Tätigkeit ausgeübt habe, bestehe daher zwischen ihr und der Beklagten zwar kein Vollzeitarbeitsverhältnis, wohl aber ein Teilzeitarbeitsverhältnis.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und geltend gemacht, Orchesteraushilfen, auf die gemäß § 2 Abs. 1 Ziff. b TVK die tariflichen Vorschriften keine Anwendung finden, seien keine Arbeitnehmer. Die Klägerin habe auch keinesfalls dauernd für Aushilfstätigkeit zur Verfügung stehen müssen. Wenigstens 19 Einsätze habe die Klägerin nicht übernommen, weil sie durch anderweitige Verpflichtungen nicht habe spielen können. Seit dem 1. September 1981 bestehe zudem auch nur noch ein wesentlich geringerer Bedarf an Aushilfskräften, da wegen einer Erhöhung der Vergütung für Aushilfskräfte um 25 % bei gleichbleibendem Aushilfsetat erheblich weniger Aushilfskräfte eingesetzt werden könnten. Der Aushilfsbetrieb sei über den Weg von Spielplanänderungen um 25 % eingeschränkt worden. Das Begehren der Klägerin sei im übrigen wegen des unbestimmten Umfanges der Beschäftigung nicht praktikabel und verstoße gemäß Art. 5 Abs. 3 GG gegen die



verfassungsrechtlich geschützte Freiheit der Kunst.

Die Klägerin, die in der Berufungsinstanz ihr Klagebegehren dahingehend eingeschränkt hat, daß ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zumindest bis zum 31. Dezember 1982 bestanden habe, hat erwidert, zu den von der Beklagten genannten 19 Aushilfssterminen sei sie von der Beklagten überhaupt nicht bestellt worden. Nur deshalb habe sie diese Termine nicht wahrgenommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß sich die Klägerin zumindest bis zum 31. Dezember 1982 bei der Beklagten als Geigerin in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befindet.

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, zwischen den Parteien habe zumindest bis zum 31. Dezember 1982 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden, da die Klägerin der Beklagten in den Jahren 1980 und 1981 regelmäßig als Musikerin zur Verfügung ge-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

standen habe. Die Beklagte habe über die Arbeitskraft der Klägerin wie ein Arbeitgeber verfügen können. Wenn die Klägerin eingeteilt war, was regelmäßig etwa 8 bis 14 Tage vor dem Einsatz erfolgte, habe die Beklagte sich auf das Erscheinen der Klägerin verlassen können. Überheblich sei, daß die Klägerin gelegentlich, nämlich drei- bis viermal, wegen anderweitiger Verpflichtungen abgesagt habe, zumal sich offenbar selbst festangestellte Musiker "vertreten" lassen konnten, wenn sie andere lukrative Aufgaben übernehmen wollten. Wenn dies aber ohne Einwendungen der Beklagten selbst für festangestellte Musiker möglich sei, so könne daraus in dem hier gegebenen Ausmaß für die Klägerin im Hinblick auf ihre Arbeitnehmereigenschaft nichts hergeleitet werden. Die Klägerin sei auch wegen ihrer Arbeit an Ort und Stelle gebunden, in das Orchester der Beklagten integriert gewesen und habe nach den Weisungen des Dirigenten zu spielen gehabt. Gerade bei einem Orchestermusiker sei die für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft typische Weisungsabhängigkeit und Organisationseingliederung stark ausgeprägt.

Das Arbeitsverhältnis der Klägerin sei auch nicht auf die jeweiligen Einsätze befristet gewesen. Für Daueraushilfen scheide das Institut des befristeten Arbeitsvertrages aus. Denn wenn der Arbeitgeber immer wieder Aushilfen benötige, dann müsse er auch entsprechende Vorsorge treffen. Die Beklagte habe dem auch Rechnung getragen und die Klägerin über einen längeren Zeitraum in einem gewissen Umfang als Abendhilfe herangezogen. Mit diesem Inhalt sei deshalb auch ein Dauerarbeitsverhältnis entstanden. Die gebotene Güterabwägung führe jedenfalls zur Verneinung eines



sachlichen Befristungsgrundes, auch wenn der einschlägige Tarifvertrag Befristungen in weiterem Umfange als sonst üblich zulasse. Für die Gefährdung der Freiheit der Kunst fehle es an konkreten Darlegungen.

II. Dieser Würdigung ist weder in allen Teilen der Begründung noch im Ergebnis zu folgen.

1. Dem Landesarbeitsgericht, das zutreffend von einem Feststellungsinteresse der Klägerin ausgegangen ist (§ 256 Abs. 1 ZPO; vgl. dazu BAG 27, 340; 30, 163), ist allerdings darin beizupflichten, daß bei sogenannten Daueraushilfen befristete, auf den jeweiligen Einsatz bezogene Arbeitsverträge ausscheiden (KR-Hillebrecht, 2. Aufl., § 620 BGB Rz 176, 180) und im Streitfalle bei einer unbefristeten Anstellung auch keine Anhaltspunkte für eine Verletzung des Rechts auf Freiheit der Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) ersichtlich sind. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts hält der revisionsrechtlichen Überprüfung jedoch insoweit nicht stand, als es ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien, jedenfalls bis zum 31. Dezember 1982, bejaht hat. Der bislang festgestellte Sachverhalt läßt eine abschließende Beurteilung darüber noch nicht zu. Es bedarf insoweit noch weiterer tatsächlicher Feststellungen, was die Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht notwendig macht.

2. Für die Statusbeurteilung eines zur Dienstleistung Verpflichteten kommt es entscheidend auf dessen persönliche Abhängigkeit an. Leistet er die Dienste unter Bedingungen, die zu ei-



ner für ein Arbeitsverhältnis typischen persönlichen Abhängigkeit führen, ist er Arbeitnehmer. Kann er dagegen im wesentlichen die Arbeitsbedingungen frei gestalten, ist er freier Mitarbeiter. Dabei sind die das Rechtsverhältnis prägenden charakteristischen Merkmale so zu beurteilen, wie sie sich aus dem Inhalt des Vertrages bzw. der praktischen Durchführung und Gestaltung der Vertragsbeziehungen ergeben. Maßgebend ist mithin eine Gesamtwürdigung aller im Einzelfall gegebenen Anhaltspunkte unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung (BAG 37, 58; 41, 247; 41, 265; BAG Urteile vom 8. Oktober 1975 - 5 AZR 430/74 - AP Nr. 18 zu § 611 BGB Abhängigkeit; vom 26. Januar 1977 - 5 AZR 796/75 - AP Nr. 13 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; BAG 39, 329 = AP Nr. 32 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten).

3. Von diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht zwar ausgegangen, es hat aber bei der Würdigung wegen unvollständiger Sachaufklärung nicht alle Umstände berücksichtigt. So hat es sich im wesentlichen auf das tatsächliche Vorbringen der Klägerin gestützt, dem abweichenden Vortrag der Beklagten und deren Beweisangeboten jedoch keine Beachtung geschenkt. Das wird von der Revision zu Recht und auch durchgreifend gerügt. Die Beklagte hat anhand der im einzelnen nach Monaten aufgeschlüsselten Einsätze deutlich gemacht, daß die Klägerin keineswegs regelmäßig und in gleichmäßigem Umfang zur Aushilfe herangezogen worden ist. Ausdrücklich hat die Beklagte unter Beweisaustritt, nämlich unter Benennung des Orchester-Direktors J als Zeugen, auch vorgebracht, die Klägerin habe als Orchesteraushilfe die Freiheit und das Recht gehabt, ihr angesagte Aushilftermine ohne Nennung von



Gründen abzusagen und sie habe von dieser Möglichkeit im Jahre 1980 auch sechzehnmal und im Jahre 1981 dreimal Gebrauch gemacht (vgl. hierzu Schriftsatz der Beklagten vom 29. Oktober 1982 nebst Anlagen). Diesem schlüssigen Vorbringen ist das Landesarbeitsgericht nicht nachgegangen. Eine Beweiserhebung ist nicht erfolgt. Das ist rechtsfehlerhaft, da dieses unter Beweis gestellte Vorbringen der Beklagten geeignet ist, die Behauptung der Klägerin über ihre ständige Verfügbarkeit und der Möglichkeit, nur bei Gestellung eines "Ersatzmannes" einen Aushilfstermin abzusagen, zu widerlegen oder doch zumindest in Frage zu stellen. Das Landesarbeitsgericht wird daher den Sachverhalt, und zwar auch unter Berücksichtigung und Beachtung des Sachvortrages bzw. der Beweisangebote der Klägerin (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 8. November 1982) weiter aufklären, die erforderlichen Beweise erheben und sodann unter Berücksichtigung der gesamten Umstände die erforderlichen Feststellungen darüber treffen müssen, inwieweit die Klägerin tatsächlich der Beklagten als Aushilfsmusikerin zur Verfügung gestanden hat. Erst danach wird sich abschließend beurteilen lassen können, ob und mit welchem Inhalt bzw. Umfang die Klägerin in einem für ein Arbeitsverhältnis typischen persönlichen Abhängigkeitsverhältnis zur Beklagten gestanden hat.

VII. Auch eine abschließende ersetzende Entscheidung zugunsten der Beklagten kommt nicht in Betracht.

Soweit die Beklagte eine Verletzung des § 7 KSchG rügt, ist diese Rüge nicht begründet. In der Nichtheranziehung der Klägerin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

als Aushilfsmusikerin nach ihrem Vorspiel am 19. Oktober 1981 liegt unter keinem nur denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt eine Kündigung, die wegen Versäumung der Drei-Wochen-Frist (§ 4 Satz 1 KSchG) nach § 7 KSchG wirksam hätte werden können. Es fehlt insoweit insbesondere an der Klarheit und Erkennbarkeit eines Beendigungswillens und des Zeitpunktes, zu dem das wie auch immer einzuordnende Vertragsverhältnis beendet werden sollte. Abgesehen davon, daß die Klägerin nach dem 19. Oktober 1981 noch einmal eingesetzt wurde, nämlich am 4. November 1981, konnte die Klägerin auch aus der Erklärung der Beklagten, sie nicht mehr einsetzen zu wollen, weil andernfalls Klageansprüche durch die Zahl ihrer Einsätze abgeleitet werden könnten, nicht ohne weiteres auf eine Kündigung schließen. Auch die Voraussetzungen einer Prozeßverwirkung, auf die sich die Revision äußerst hilfsweise beruft, liegen ersichtlich nicht vor.

IV. Aus den unter II dargelegten Gründen war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Landesarbeitsgericht, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben wird, zurückzuverweisen.

Hillebrecht

Dr. Röhsler

Triebfürst

Jansen

Dr. Kirchner



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)