

Für das Nachschlagewerk!	Nein
Für die Fachpresse!	Nein
Für die Amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit; ZPO § 256

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 5 AZR 239/74

Urteil des BAG vom 8. Oktober 1975 LAG Düsseldorf (Köln)



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



5 AZR 239/74

3 Sa 557/73 Düsseldorf (Köln)

Verkündet am
8. Oktober 1975

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Oktober 1975 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Dr. Heither sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Toeche-Mittler und Polcyn für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 21. März 1974 - 3 Sa 557/73 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war seit August 1965 beim Beklagten als Nachrichten Sprecher und Ansager vorwiegend im Ressort "Sendedienst und Sendeabwicklung" der Hauptabteilung "Sendeleitung" beschäftigt. Daneben wurde er - wie andere Sprecher und Ansager auch - für weitere Abteilungen des Beklagten und für andere Rundfunkanstalten tätig.

Der Beklagte beschäftigte in diesem Ressort etwa 20 Ansager und Sprecher, die zur Hälfte festangestellt waren und zur Hälfte vom Beklagten als freie Mitarbeiter geführt wurden. Den Kläger rechnete der Beklagte zur Gruppe der freien Mitarbeiter. Alle Sprecher und Ansager arbeiteten im Schichtdienst. Der Chefsprecher St des Beklagten teilte Ansager und Sprecher ein und erstellte jeweils montags oder dienstags für die darauffolgende Woche einen Dienstplan. Dabei machte er keinen Unterschied zwischen festangestellten und freien Mitarbeitern.

Im Jahre 1973 arbeitete der Kläger in den Monaten Januar bis April durchschnittlich an fünf Tagen in der Woche, insgesamt 137 Stunden im Monat, für den Beklagten. Dies entspricht der auch für festangestellte Sprecher üblichen Arbeitszeit. Als Vergütung erhielt der Kläger ohne Rücksicht auf seine jeweiligen Stundenzahlen und die Anzahl der gesprochenen Ansagen bis zum 6. Mai 1973 ein Tagespauschalhonorar von 90,-- DM, danach von 100,-- DM bis 120,-- DM. Die Honorarabrechnung erfolgte im Nachhinein auf der Grundlage von "Honorar-" bzw. "Mitwirkenden Verträgen" für die einzelnen vom Kläger geleisteten Dienste. Diese Honorarvereinbarungen enthielten am Ende über den Unterschriften jeweils die Klausel:

- 3 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 3 -

"Es besteht Einverständnis, daß Sie bei ihrer Vertragserfüllung als freier Mitarbeiter und nicht als Arbeitnehmer tätig sind/waren. Die Annahme des Honorars oder eines Teils desselben gilt als Einverständniserklärung zu diesem Vertrag."

Insgesamt erhielt der Kläger zuletzt an Honoraren etwa zwischen 3.000,-- und 4.000,-- DM monatlich. Dazu kam ein Anteil des Beklagten für die Pensionskasse der freien Mitarbeiter. Lohn- und Kirchensteuer behielt der Beklagte nicht ein. Für Sozialversicherungsbeiträge zog der Beklagte vorläufig 9,85 % der Vergütung ab.

Der Kläger bewarb sich mehrfach um eine Festanstellung beim Beklagten, zuletzt im Januar 1971. In einem zwischen den Parteien zuvor geführten Rechtsstreit (5 AZR 568/72) hatte der Kläger einen Anspruch auf Gewährung von Urlaubsentgelt für das Jahr 1971 geltend gemacht. Diese Klage wurde durch Urteil des Senats vom 28. Juni 1973 mit der Begründung abgewiesen, der Kläger sei weder als Arbeitnehmer der Beklagten anzusehen noch als wirtschaftlich abhängige arbeitnehmerähnliche Person; er erbringe seine Leistungen vielmehr als echter freier Mitarbeiter.

Der Kläger hat behauptet, nach Art, zeitlichem Umfang, Ausführung und den sonstigen Bedingungen, insbesondere im Hinblick auf die Weisungsgebundenheit, sei er unter den gleichen Umständen wie die beim Beklagten festangestellten Sprecher seines Ressorts beschäftigt worden. Der Dienstplan habe für beide Gruppen von Mitarbeitern gegolten. Der Chefsprecher St habe die Schichten ohne vorherige Rücksprache eingeteilt. Ihm sei vorgeschrieben worden, in welchem Studio er habe arbeiten müssen, ob er als Leiter vom Dienst (bzw. Diensthabender) eingesetzt werde und wann er "arbeits-

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

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

frei" habe. Bis montags habe er zwar besondere Wünsche äußern können; dies habe aber in gleicher Weise für die festangestellten wie für die freien Mitarbeiter gegolten. Seine Tätigkeit beim Beklagten habe absoluten Vorrang vor seinen anderweitigen Nebentätigkeiten gehabt; es sei nicht möglich gewesen, etwa um einer solchen Nebentätigkeit nachzugehen, einen Einsatz bei dem Beklagten abzuschlagen, ohne Gefahr zu laufen, vom Beklagten nicht mehr berücksichtigt zu werden.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, daß er sich beim Beklagten in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befinde.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, der Kläger sei nur aufgrund jeweils einzeln erteilter Aufträge für ihn tätig geworden. Es habe dem Kläger freigestanden, diese anzunehmen oder abzulehnen, ohne bei einer Ablehnung Nachteile befürchten zu müssen. Während die Festangestellten den Dienst so annehmen müßten, wie er ihnen vom Beklagten vorgeschrieben werde, habe der Sendeplan für den Kläger als freien Mitarbeiter keine verpflichtende Wirkung gehabt. Die freien Mitarbeiter seien vor der endgültigen Erstellung des Sendeplanes jeweils gefragt worden, ob sie die vom Beklagten vorgesehenen Dienste annehmen wollten oder nicht. Auf etwaige Änderungswünsche der freien Mitarbeiter, z.B. im Hinblick auf eine Nebentätigkeit, sei der Abteilungsleiter eingegangen, ohne daß die freien Mitarbeiter hierfür irgendeine Begründung hätten angeben müssen, wie dies bei den Festangestellten der Fall sei. Freie Mitarbeiter hätten auch

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



- 5 -

die Möglichkeit gehabt, die im Sendeplan festgelegten Einsätze untereinander auszutauschen. Die Angestellten machten von einer solchen Möglichkeit fast nie Gebrauch und müßten in diesem Fall auch einen adäquaten Ersatzmann stellen. Einen rechtserheblichen Unterschied zwischen festangestellten und freien Mitarbeitern sieht der Beklagte auch darin, daß die freien Mitarbeiter in der Übernahme von Aufträgen anderer Auftraggeber völlig frei seien, während die festangestellten Ansager für jeden Fall einer Nebentätigkeit eine Genehmigung einholen müßten, deren Erteilung abgelehnt werde, wenn dienstliche Belange entgegenstünden. Festangestellte Mitarbeiter übten deshalb kaum Nebentätigkeiten aus, während der Kläger aus diesem Grund monatlich drei bis vier Tage ausfalle.

Der Kläger hat in beiden Vorinstanzen obsiegt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Das zwischen den Parteien begründete Dauerrechtsverhältnis ist ein Arbeitsverhältnis. Das Berufungsgericht hat zutreffend alle in Betracht kommenden tatsächlichen Umstände abgewogen.

I. Es bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nur allgemein und ohne nähere Klärung des Vertragsinhalts festgestellt wissen will. Dies macht das Klagebegehren dann nicht wegen fehlender Bestimmtheit unzulässig, wenn - wie hier - zu erwarten ist, daß nach der begehrten Feststel-

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



- 6 -

- 6 -

lung zwischen den Parteien kein Streit über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses entsteht. Unter dieser Voraussetzung sind allgemein gehaltene Feststellungsklagen ein geeignetes und ausreichendes Mittel, um zugleich Klarheit über den Vertragsinhalt zu gewinnen und die Rechtsbeziehungen der Parteien zu befrieden. Das hat der Senat in seinem Urteil 5 AZR 445/74 vom 3. Oktober 1975 näher dargelegt.

II. In der Sache ist die Revision nicht begründet.

1. Es ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, daß ein Arbeitsverhältnis trotz entgegenstehender Erklärungen der Parteien durch die praktische Durchführung und Gestaltung der Vertragsbeziehungen entstehen kann. Aus der praktischen Handhabung lassen sich Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien ausgegangen sind und ausgehen wollen.

Der Dienstempfänger kann sich dann, wenn sein erklärter Wille mit den objektiven Tatsachen nicht in Einklang steht, nicht darauf berufen, er habe bis zuletzt keine arbeitsrechtlichen Beziehungen zu dem Dienstleistenden gewollt (vgl. auch Maus, RdA 1968, 367 [372]). Es kommt daher weniger darauf an, wie die Parteien ihr Rechtsverhältnis benannt, als wie sie es nach objektivem Maßstab praktiziert haben (vgl. BAG 19, 324 [329] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu 1 der Gründe]; BAG AP Nr. 144 zu § 242 BGB Ruhegehalt [zu II 3 c der Gründe]; BAG 18, 87 [91] = AP Nr. 2 zu § 92 HGB [zu II 1 der Gründe]; BAG AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu II 1 der Gründe] mit weiteren Nachweisen - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

- 7 -



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



- 7 -

Wird das Rechtsverhältnis durch eine starke persönliche Abhängigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten geprägt, liegt ein Arbeitsverhältnis vor. Persönliche Abhängigkeit ist dabei nicht gleichbedeutend mit Weisungsgebundenheit. Diese ist nur eines von mehreren Unterscheidungsmerkmalen und kann bei Erledigung einzelner geschuldeter Leistungen ganz fehlen, wie z.B. beim Chefarzt, Wissenschaftler oder Künstler. Daneben kommt es auch auf alle übrigen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts mehrfach hervorgehobenen Umstände an, wie insbesondere auf Eingliederung in den Betrieb, zeitliche Bindung, Verkehrsanschauung und auf den Vergleich mit festangestellten Mitarbeitern.

2.a) In tatsächlicher Hinsicht hat das Berufungsgericht festgestellt, daß der Chefsprecher St des Beklagten alle zur Verfügung stehenden Sprecher im Sendeplan einteilt, ohne einen Unterschied zwischen festangestellten und freien Sprechern zu machen. Entscheidend komme es nur auf die fachliche Eignung an. Beide Gruppen von Mitarbeitern könnten Einteilungswünsche äußern und notfalls auch festgelegte Dienstzeiten untereinander austauschen. Der Kläger müsse im gleichen zeitlichen Umfang zur Verfügung stehen wie ein festangestellter Sprecher des Senders. Die Teilnahme an Besprechungen sei für sogenannte "freie Sprecher" ebenso verbindlich wie für festangestellte Sprecher.

b) Aus diesen Feststellungen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler gefolgert, aus der Eingliederung in den Betrieb der Beklagten und der Bindung an festgelegte Arbeitszeiten ergebe sich ein Grad der persönlichen Abhängigkeit, der zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses führt. Der Kläger war nicht mehr in der Lage, über seine

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

- 8 -



- 8 -

Arbeitszeit frei zu verfügen. Das gilt auch dann, wenn der Beklagte auf Änderungswünsche der freien Mitarbeiter stets eingegangen ist, wie die Revision geltend macht. Hierbei handelt es sich im Hinblick auf das gesamte Verfahren bei Aufstellung und Durchführung des Sendeplanes nur um einen unwesentlichen Unterschied zu festangestellten Mitarbeitern. Auch deren Wünsche wurden nach Möglichkeit berücksichtigt. Entscheidend kommt es nach Auffassung des Senats darauf an, daß vom Kläger grundsätzlich eine Dienstleistung nach dem vom Arbeitgeber aufgestellten Plan erwartet wurde.

c) Auch die vom Berufungsgericht festgestellte Tatsache, daß der Kläger bei der Ausführung der ihm übertragenen Aufgaben Weisungen unterlag, spricht in Verbindung mit den oben erwähnten Umständen für die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers. Im Zweifel kann auch die Art der geschuldeten Leistung ein Anhaltspunkt dafür sein, ob ein Arbeitsverhältnis oder ein Rechtsverhältnis als freier Mitarbeiter vorliegt. Eine weniger enge Bindung der Parteien kommt insbesondere bei wissenschaftlichen, journalistischen oder im engeren Sinne künstlerischen Aufgaben in Betracht. Hier kann die Vereinbarung eines freien Mitarbeiterverhältnisses den Interessen beider Parteien entsprechen und von der Sache her geboten sein. Darauf hat der Senat in dem gleichzeitig entschiedenen Fall eines beim Beklagten beschäftigten Reporters hingewiesen (Urteil vom 8. Oktober 1975 - 5 AZR 430/74 -). Im vorliegenden Fall spielen diese Gesichtspunkte, wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkt, keine Rolle.

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

- 9 -



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



- 9 -

d) Das Berufungsgericht hat auch mit zutreffenden Gründen den Einwand der Beklagten widerlegt, die dem Kläger eingeräumte Befugnis, Nebentätigkeiten ohne Genehmigung übernehmen zu dürfen, spreche gegen die Arbeitnehmereigenschaft. Diesem Umstand kommt bei einem vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer ohnehin nur geringe Indizwirkung zu. Sie fehlt aber dann, wenn der Beklagte erkennbar nur Folgerungen aus seiner Rechtsauffassung zog, um damit seinen Standpunkt zu unterstreichen, wie das hier der Fall war (BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit [Bl. 3]).

3. Entgegen der Ansicht der Revision kann dem Kläger die Arbeitnehmereigenschaft nicht deshalb abgesprochen werden, weil er in dem diesem Rechtsstreit vorausgegangen Verfahren seinen Urlaubsanspruch für das Jahr 1971 nicht als Arbeitnehmer sondern als eine arbeitnehmerähnliche Person gefordert hatte. Die Erklärungen des Klägers im Vorprozeß könnten für den jetzigen Rechtsstreit nur dann erheblich sein, wenn daraus zu entnehmen wäre, daß der Kläger seinerzeit nur freier Mitarbeiter und nicht abhängiger Arbeitnehmer sein wollte. Das ist aber nicht der Fall.

Der Kläger hat im Vorprozeß sein Klagevorbringen bewußt beschränkt. Er wollte seinen Urlaubsanspruch - aus welchen Gründen auch immer - nur mit seiner Stellung als arbeitnehmerähnliche Person begründen. Der Senat hat dieses prozessuale Vorgehen nicht gebilligt. Der vorgetragene Sachverhalt wurde vielmehr unter jedem in Betracht kommenden Gesichtspunkt, zwangsläufig jedoch unter Beschränkung auf den Parteivortrag, geprüft. Das hatte zur Folge, daß der Urlaubsanspruch insgesamt abgelehnt wurde, auch ein dem Kläger als Arbeitnehmer zustehender Urlaub. Dabei war dem Senat jedoch bewußt,

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



- 10 -

- 10 -

daß der Kläger Näheres über die praktische Handhabung seines Rechtsverhältnisses mit Rücksicht auf die von ihm erstrebte Beschränkung des Klagegrundes nicht vorgetragen hatte. Wegen des unvollständigen Tatsachenvortrages kommt dem damaligen Urteil des Senats für die hier allein interessierende Frage, ob der Kläger tatsächlich Arbeitnehmer war, keine Bedeutung zu (Urteil vom 28. Juni 1973 - 5 AZR 568/72 - [demnächst] AP Nr. 2 zu § 2 BUrlG - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt).

Rückschlüsse auf ein etwaiges Interesse des Klägers an seiner Rechtsstellung als freier Mitarbeiter läßt dieses prozessuale Vorgehen deshalb nicht zu, weil der jetzige Prozeß, in dem der Kläger seine Arbeitnehmereigenschaft geltend macht, schon anhängig war, als der Kläger im vorausgegangenen Verfahren noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf einer beschränkten Nachprüfung bestand. Aus demselben Grund durfte auch die Beklagte aus dem damaligen Verhalten des Klägers nicht schließen, dieser lege Wert auf die ungebundenere Rechtsstellung eines freien Mitarbeiters. Außerdem hat der Kläger im Vorprozeß keine Tatsachen vorgetragen, die in materieller Hinsicht gegen ein Arbeitsverhältnis sprechen. Unstreitig ist dagegen, daß sich der Kläger mehrfach um eine Festanstellung beim Beklagten beworben hatte. Das zeigt deutlich, daß ihm an der Rechtsstellung eines freien Mitarbeiters nicht gelegen war.

gez.: Dr. Hilger Siara Dr. Heither

Dr. Toeche-Mittler Polcyn



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

