

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit; § 620 Befristeter Arbeitsvertrag

Leitsätze:

1. Ist streitig, ob zwischen dem zur Dienstleistung Verpflichteten und dem Berechtigten ein Arbeitsverhältnis oder ein Dienstvertragsverhältnis als "freier Mitarbeiter" besteht und sprechen nach den objektiven Gegebenheiten ebenso viele Gründe für die eine wie für die andere Vertragsform, so kommt es zunächst darauf an, ob nach dem Willen beider Parteien die eine oder die andere Vertragsform gewollt war.
2. Hat der Dienstberechtigte dem zur Dienstleistung Verpflichteten nur einen Vertrag als freier Mitarbeiter angeboten und ihm keine Gelegenheit gegeben, sich um eine Anstellung als Arbeitnehmer zu bewerben, so ist die Wahl dieser Vertragsform dann ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit, wenn sie nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, sondern nur der Umgehung des Sozialschutzes, insbesondere des Kündigungsschutzes, dient. In diesem Fall muß der Dienstberechtigte sich so behandeln lassen, als habe er einen Arbeitsvertrag abgeschlossen.

Aktenzeichen: 5 AZR 298/73

Urteil des BAG vom 14. Februar 1974

LAG Hamburg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 298/73

2 Sa 41/73 Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Februar 1974

gez. Weinrich,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Februar 1974 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Bichler sowie die ehrenamtliche Richterin Kempe und den ehrenamtlichen Richter Seiler für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 30. April 1973 - 2 Sa 41/73 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten 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 !

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein unbefristetes und nicht wirksam gekündigtes Arbeitsverhältnis besteht.

Der Kläger war seit 1961 bei dem Beklagten als Musiker tätig. Ab 1963 spielte er als Kontrabassist im "Tanzorchester ohne Namen" unter Leitung von T. Daneben nahm er ständig eine Vielzahl von musikalischen Aufgaben im Rahmen des Funk- und Fernsehbetriebes des Beklagten wahr. Die Anzahl seiner einzelnen Einsätze (Dienste) und die Zahl der für den Beklagten in den Jahren 1970 und 1971 geleisteten Arbeitsstunden ergeben sich, nach Monaten geordnet, aus der vom Kläger überreichten Anlage zu Blatt 21 der Vorakten. Daraus wird ersichtlich, daß der Kläger von Januar 1970 bis Dezember 1971 monatlich für den Beklagten zwischen zwei und fünfzehn Dienste (das sind zwischen 12 und 90 Arbeitsstunden) erbracht hat. Im Monat Mai 1971 hatte er gemäß dieser Aufstellung keinen Einsatz.

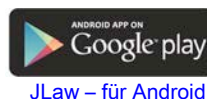
Anfang September 1971 wechselte der Kläger auf Wunsch des Beklagten in die Gruppe "F" und seine Solisten", die, ebenso wie das "Tanzorchester ohne Namen", mit Musikern des Radio- Tanz- und Unterhaltungsorchesters des N besetzt war.

Einen ausdrücklichen Arbeitsvertrag haben die Parteien weder zu Beginn noch im Laufe ihrer weiteren Zusammenarbeit geschlossen. Der Kläger erhielt für seine einzelnen Einsätze, zwischen denen jeweils verschieden lange Zeiträume lagen, Einzelhonorare. Er war während seiner Tätigkeit beim Beklagten nie auf eine Planstelle eingewiesen. Für ihn wurden auch keine Personalunterlagen geführt, wie sie für die festangestellten Musiker des Beklagten üblich sind. Zeitweilig führte der Beklagte für den Kläger Lohnsteuer ab und behielt Sozialversicherungsbeiträge ein. Urlaub hat der Kläger nicht erhalten. Er war auch nicht dem

- 3 -



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



- 3 -

Disziplinarrecht des Beklagten untergeordnet.

Während seiner Tätigkeit für den Beklagten bezog der Kläger, wie die anderen freien oder festangestellten Orchester musiker des Beklagten auch, in erheblichem Umfang Einkünfte aus Tätigkeiten für andere Auftraggeber, insbesondere Schallplattenfirmen. Aus einer vom Kläger zu den Akten einge-reichten Aufstellung ergibt sich, daß er in den Jahren 1964 bis 1971 im höchsten Falle etwa ein Drittel seines Gesamtein-kommens von dem Beklagten bezogen hat. Nur im Jahre 1964 war der Beklagte der größte einzelne Auftraggeber des Klägers.

Am 17. April 1972 erklärte der Leiter des Orchester-büros des Beklagten dem Kläger, daß er in Zukunft nicht mehr beschäftigt werde, weil Einsparungen erforderlich seien.

Der Kläger meint, er stehe in einem ungekündigten Ar-beitsverhältnis zum Beklagten. Er hat behauptet, er habe dem Beklagten ständig auf Abruf zur Verfügung stehen müssen, da er anderenfalls nicht weiterbeschäftigt worden wäre. So sei er verschiedentlich auch gezwungen gewesen, umzudisponieren und eine anderweitige Tätigkeit auszuschlagen, wenn das Orchester in der Besetzung, zu der er gehörte, gespielt habe. Im übrigen wisse er von einem Musiker, der festangestellt gewesen sei und ebensowenig Einsätze für den Beklagten gehabt habe wie er.

Weiterhin hat der Kläger vorgetragen, die Beschäftigung beim Beklagten sei der "rote Faden" in seinem Tätigkeitsbild gewesen. Bei den anderen Tätigkeiten habe es sich nur um ein-malige Gelegenheiten gehandelt, die keine soziale Sicherheit bewirkt hätten. Jedenfalls sei sein Zeitaufwand für den Be-klagten höher gewesen als für alle übrigen Auftraggeber. Wenn er dort erheblich mehr verdient habe, so liege das daran, daß diese Tätigkeiten, etwa bei Galavorstellungen und Schall-plattenaufnahmen, bei gleichem Zeitaufwand wie beim N eine etwa drei- bis viermal so hohe Vergütung einbringe und daß dort auch keine Übungszeiten verloren gingen.

- 4 -



- 4 -

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß er zu dem Beklagten seit dem 1. Januar 1965 in einem Arbeitsverhältnis steht und dieses unbefristet und ungekündigt fortbesteht,
2. hilfsweise festzustellen, daß er von einem späteren Zeitpunkt an in einem Arbeitsverhältnis zu dem Beklagten steht und dieses unbefristet und ungekündigt fortbesteht,
3. hilfsweise festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 17. April 1972 nicht aufgelöst ist, sondern ungekündigt und unbefristet fortbesteht.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er behauptet, die Parteien hätten übereinstimmend eine Beschäftigung des Klägers als freier Mitarbeiter gewollt. Dementsprechend habe ihm der Kläger auch nicht regelmäßig zur Verfügung stehen müssen. Er sei vielmehr frei in der Verfügung über seine Arbeitskraft gewesen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter. Der Beklagte beantragt demgegenüber, das Rechtsmittel des Klägers zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

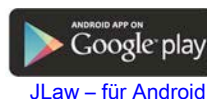
I.

Der Kläger begehrt die Feststellung, daß er in einem ungekündigten bzw. durch eine etwaige Kündigung vom 17. April 1972 nicht aufgelösten Arbeitsverhältnis steht. Die Klage kann mithin nur begründet sein, wenn der Kläger im April 1972 weder als sogen. "freier Mitarbeiter" in einem unabhängigen Dienstverhältnis zum Beklagten gestanden hat noch als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen war.

- 5



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



- 5 -

Nur wenn er in einem abhängigen Arbeitsverhältnis stand, genießt er Kündigungsschutz. Davon geht auch das Landesarbeitsgericht aus.

II.

1. Als die Parteien im Jahr 1961 ihre Beziehungen zueinander aufnahmen, waren sie sich - wie der Kläger selbst vorgetragen hat (Bl. 2 VorA) - darüber einig, daß er nicht als Arbeitnehmer, sondern als freier Mitarbeiter für den Beklagten arbeiten sollte. Die Parteien haben unstreitig auch im weiteren Verlauf ihrer Zusammenarbeit keinen ausdrücklichen Arbeitsvertrag abgeschlossen.

In Rechtsprechung und Lehre ist jedoch anerkannt, daß ein Arbeitsverhältnis auch durch die praktische Durchführung und Gestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen zwei Parteien begründet werden kann, und zwar selbst dann, wenn eine ausdrückliche Abrede besteht, es liege kein Arbeitsverhältnis vor, sondern eine Tätigkeit als freier Mitarbeiter. Es kommt daher zunächst weniger darauf an, wie die Parteien ihr Rechtsverhältnis benannt, als wie sie es nach objektivem Maßstab praktiziert haben (vgl. bes. BAG 19, 324 329 = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit zu 1 der Gründe; 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).

Das Landesarbeitsgericht hat das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses auch unter diesem Gesichtspunkt geprüft und verneint. Es ist dabei in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zutreffend davon ausgegangen, daß es bei der Frage, ob jemand seine Dienstleistung als Arbeitnehmer oder als freier Mitarbeiter erbringt, auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit des Betreffenden von seinem Arbeitgeber bzw. seinem Dienstherrn ankommt (vgl. BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten m.w.N.; AP Nr. 10 aaO; BAG 19, 324 329 = AP Nr. 6

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



- 6 -

- 6 -

zu § 611 BGB Abhängigkeit (zu 1 der Gründe)).

2.a) Das Landesarbeitsgericht hat einen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers ausmachenden Grad der persönlichen Abhängigkeit vom Beklagten vor allem mit der Begründung verneint, der Kläger sei weder zur Abzurufbereitschaft noch sonst zur Übernahme eines ihm angebotenen Arbeitsauftrages verpflichtet gewesen. Ebenso wenig habe ihn eine Vertragspflicht getroffen, eine anderweitige Tätigkeit gegenüber einem Einsatz für den Beklagten zurückzustellen. Dementsprechend sei er auch berechtigt gewesen, Urlaub nach Gutdünken zu nehmen und im Krankheitsfall kein Attest beizubringen.

b) Die Revision rügt mit Recht, daß das Landesarbeitsgericht hierbei wesentlichen Vortrag des Klägers außer acht gelassen oder falsch gewürdigt hat.

Der Kläger hat während des gesamten Rechtsstreits behauptet, er habe, gleich den festangestellten Mitarbeitern, dem Beklagten regelmäßig zur Verfügung stehen, gegebenenfalls anderweitige Verdienstmöglichkeiten außer acht lassen müssen und auch außer acht gelassen, wenn ein Einsatz beim Beklagten in der jeweiligen Orchesterbesetzung, der er angehörte, angesetzt war; anderenfalls hätte er seine Stellung beim Beklagten verloren. Diesen Vortrag des Klägers durfte das Landesarbeitsgericht nicht außer Betracht lassen. Wenn sich der Kläger in der von ihm geschilderten Weise stets für den Beklagten in Bereitschaft gehalten hat, um seinen Tätigkeitsbereich bei diesem nicht zu verlieren, und der Beklagte dementsprechend jederzeit auf ihn zurückgreifen konnte und zurückgegriffen hat, sofern er den Kläger als Musiker benötigte, könnte das für einen Grad der persönlichen Abhängigkeit sprechen, der auf ein Arbeitsverhältnis schließen läßt.

Das Landesarbeitsgericht stellt entscheidend darauf ab, wozu der Kläger verpflichtet war und was der Beklagte

- 7 -



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



- 7 -

von ihm verlangen konnte. Die Revision rügt mit Recht, daß die Rechte und Pflichten der Parteien sich nach der Art ihrer Rechtsbeziehungen bestimmen und nicht umgekehrt. Es muß deshalb auch berücksichtigt werden, ob der Beklagte dem Kläger - wie es im Fall BAG 19, 324 (= AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit) festgestellt war - tatsächlich die Freiheit ließ, auch einmal bei ihm abzusagen und stattdessen für andere tätig zu sein oder Urlaub nach eigenem Gutdünken zu nehmen. Es kann nicht nur darauf ankommen, was der Kläger nach der vertraglichen Bindung tun durfte.

Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts über den Grad der persönlichen Abhängigkeit des Klägers halten somit den Angriffen der Revision nicht stand.

3. Auch die übrigen Feststellungen reichen nicht aus, die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers auszuschließen:

a) Der Kläger hat zwar überwiegend für eine große Zahl anderer Auftraggeber gearbeitet. Auch spielt es nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. BAG 19, 324 [330] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu 1 der Gründe]) für die Abgrenzung eine Rolle, ob Nebentätigkeiten zulässig sind und in welchem Umfang der Arbeitende verpflichtet ist, dem Dienstherrn seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Doch kommt der Intensität der Inanspruchnahme nur eine schwache Indizwirkung für das Vorliegen einer abhängigen oder selbständigen Stellung zu (vgl. auch Urteil des Senats vom 28. Juni 1973 - 5 AZR 568/72 - [demnächst] AP Nr. 2 zu § 2 BUrtG [zu 1 der Gründe], auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

Denn ein Arbeitsverhältnis kann sehr wohl auch dann vorliegen, wenn die Arbeit in zeitlich außergewöhnlichen Abständen zu leisten ist (vgl. BAG 21, 365 [367] = AP Nr. 31 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag) und wenn sie den Arbeitnehmer nicht vollständig oder nur nebenberuflich in Anspruch nimmt (vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten). Erforderlich und auch genügend für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses ist, daß der Betreffende überhaupt,

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



- 8 -

- 8 -

wenn auch nur in einem geringen Umfang, zur Erbringung von weisungsgebundener Arbeit vertraglich verpflichtet, also ein Verfügungsrecht des Arbeitgebers über einen Teil seiner Arbeitskraft gegeben ist.

b) Ebensowenig kann entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß der Kläger durch seine Tätigkeit für die anderen Auftraggeber erheblich höhere Einkünfte erzielt hat als beim Beklagten. Denn die Höhe der erzielten Einnahmen läßt nur auf eine wirtschaftliche, nicht jedoch auf eine persönliche Abhängigkeit schließen.

c) Von bloß untergeordneter Bedeutung sind schließlich die vom Landesarbeitsgericht zur Abgrenzung herangezogenen Gesichtspunkte der Einzelhonorarvergütung und der Nichtführung von Personalunterlagen für den Kläger. Diese sprechen zwar grundsätzlich gegen eine persönliche Abhängigkeit. Es handelt sich dabei jedoch um mehr formale Kriterien, die, ebenso wie etwa die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, keinen Einfluß auf die materielle Durchführung des Rechtsverhältnisses haben.

4. Nach allem kann nach den bisher vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen das Urteil keinen Bestand haben. Da der Rechtsstreit zur Entscheidung nicht reif ist, muß er an die Vorinstanz zurückverwiesen werden (§ 565 Abs. 1 und 3 ZPO).

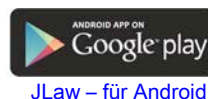
III.

1. Möglicherweise wird das Landesarbeitsgericht nach erneuter Überprüfung zu dem Ergebnis gelangen, es spreche ebensoviel für das Vorliegen eines echten Arbeitsverhältnisses wie dagegen. In diesem Fall kommt es nach der bisherigen Rechtsprechung ent-

- 9 -



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



- 9 -

scheidend auf den Parteiwillen an (BAG 19, 324 3307 = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit zu 1 der Gründe, Bl. 2 R7; Urteil vom 28. Juni 1973 - 5 AZR 19/73 - demnächst AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit; LAG Saarbrücken, AP Nr. 7 aaO zu 1 der Gründe, Bl. 47). In Grenzfällen, in denen nach den objektiven Gegebenheiten für die Rechtsbeziehungen der Parteien ein Arbeitsverhältnis ebenso geeignet erscheint wie ein Rechtsverhältnis als freier Mitarbeiter, steht die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten je nach der Interessenlage auf der einen und der anderen Seite der subjektiven Gestaltung offen.

2. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu nur festgestellt, daß die Parteien keinen ausdrücklichen Arbeitsvertrag geschlossen, daß sie ihre Rechtsbeziehungen nicht wie ein Arbeitsverhältnis gehandhabt haben (Einzelhonorare, keine Personalunterlagen, kein Urlaub), und daß sich der Kläger auch nicht wegen einer Festanstellung an die Personalleitung des Beklagten gewandt hat. Daraus kann noch nicht geschlossen werden, daß die Parteien übereinstimmend ein freies Mitarbeiterverhältnis gewollt haben.

Daß der Beklagte keinen Arbeitsvertrag abschließen wollte ergibt sich mit hinreichender Deutlichkeit aus seinem Verhalten in diesem Rechtsstreit. Daraus, daß der Kläger sich nicht beim Beklagten um eine Festanstellung beworben hat, kann jedoch nicht ohne weiteres geschlossen werden, daß auch er nur einen Vertrag als freier Mitarbeiter wollte. Fühlte sich nämlich der Kläger dem Beklagten gegenüber in einer seine Vertragsfreiheit beeinträchtigenden Zwangslage, könnte man nicht annehmen, daß beide Parteien ein Vertragsverhältnis als freier Mitarbeiter wollten.

3. Diese Überlegung zwingt zu einer Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung für den Fall, daß der Beklagte dem Kläger nur einen Vertrag als freier Mitarbeiter angeboten, der Kläger aber eine Anstellung als Arbeitnehmer wünschte oder aber diesen Wunsch wegen einer Zwangslage nicht geäußert hat.

- 10 -



- 10 -

a) Die Beschäftigung eines Orchestermusikers als freier Mitarbeiter ist an sich zulässig; verschiedene Gründe können im Einzelfall für diese Vertragsform sprechen. Es ist jedoch zu bedenken, daß der freie Mitarbeiter nicht den Sozialschutz des Arbeitnehmers hat und insbesondere keinen Kündigungsschutz genießt. Deshalb können solche Verträge der Umgehung des Kündigungsschutzes dienen. Insofern gelten die gleichen Grundsätze wie bei befristeten Arbeitsverträgen (BAG 10, 65 [Großer Senat] = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. AP Nr. 37 aaO [zu II der Gründe]): Ein sachlicher Grund, etwa Rücksichten auf die Programmgestaltung, muß die Wahl dieser Vertragsform rechtfertigen.. Dabei ist die Üblichkeit im Arbeitsleben zu berücksichtigen; es kommt darauf an, ob ein verständiger, sozial verantwortungsbewußter Vertragspartner unter den gegebenen Umständen nur den Freien-Mitarbeiter-Vertrag angeboten hätte.

Fehlt es an einem sachlichen Grund, ist die Wahl dieser Vertragsform - da sie der Umgehung des Sozialschutzes dient - ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit. Der Dienstberechtigte muß sich dann so behandeln lassen, als hätte er einen Arbeitsvertrag abgeschlossen.

b) Das Landesarbeitsgericht hat allerdings geprüft, ob jeder einzelne dem Kläger erteilte Auftrag als befristetes Arbeitsverhältnis zu sehen ist, und ob es sich um sogen. Kettenverträge handele. Es hat die Frage dahinstehen lassen, weil es jedenfalls die Befristungen durch den offensichtlich ganz unregelmäßigen Bedarf des Beklagten für einen Einsatz des Klägers für gerechtfertigt erachtet hat.

Diese Fragestellung erschöpft jedoch das Problem nicht. Bei den Kettenarbeitsverträgen handelt es sich um eine Reihe einzelner befristeter Arbeitsverträge; der Kündigungsschutz wird dadurch umgangen, daß die einzelnen

- 11 -



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



- 11 -

Verträge durch Zeitablauf enden, so daß eine Kündigung überflüssig ist. Sind die einzelnen Befristungen unwirksam, kann sich der Arbeitgeber nicht darauf berufen; er muß sich dann so behandeln lassen, als hätte er einen unbefristeten Dauervertrag abgeschlossen.

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte eine Beendigung der Einzelverträge durch Zeitablauf gar nicht geltend gemacht. Vielmehr gehen beide Parteien - mit Recht - davon aus, daß zwischen ihnen eine Dauerrechtsbeziehung entstanden ist, aufgrund welcher der Beklagte den Kläger jeweils abgerufen hat. Dabei ist es gleichgültig, ob die Parteien den Vertrag von Anfang an in dieser Form vereinbart haben oder ob er im Laufe ihrer über zehnjährigen Zusammenarbeit durch tatsächliche Handhabung aus anfänglichen Einzelabreden so gewachsen ist (BAG 19, 324 3317 = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit zu 2 der Gründe; AP Nr. 21 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag zu IV der Gründe). Streitig ist nur, welcher Art diese Dauerrechtsbeziehung ist: handelt es sich um einen selbständigen Dienstvertrag eines freien Mitarbeiters oder um einen Arbeitsvertrag? Beides ist möglich. In beiden Fällen bedarf es zur Beendigung des Vertragsverhältnisses einer Kündigung. Nur entfällt im ersten Fall der Kündigungsschutz; allenfalls kommt eine Auslauffrist in Betracht (BAG 19, 324 331 f. = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit zu 2 der Gründe; AP Nr. 8 aaO zu 2 der Gründe). Im zweiten Fall genießt der Kläger den vollen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz. Auch insoweit kommt deshalb ein Mißbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit in Betracht, so daß auch diese Frage nach der Zurückverweisung noch der Prüfung durch das Tatsachengericht bedarf, wenn nicht die Erwägungen zu II und III 1 und 2 dieser Gründe bereits zu einer Entscheidung führen.

c) Dabei ist es nach den zum befristeten Arbeitsvertrag entwickelten Regeln grundsätzlich Sache des Klägers, darzulegen und im Streitfall zu beweisen, daß es an einem vernünftigen Grund für die Wahl eines selbständigen Dienstvertrages fehlte. Die Beweisführungslast kann sich aber



- 12 -

dadurch verschieben, daß der Kläger einen Tatbestand beweist, der den ersten Anschein für ein Fehlen des sachlichen Grundes liefert, etwa indem er beweist, daß ein Nachfolger unter im übrigen ganz gleichen Voraussetzungen einen Arbeitsvertrag erhalten hat. Dann wäre es Sache des Beklagten, diesen Anschein durch Gegendarlegungen zu entkräften (BAG 10, 65 73 = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag zu C 4 der Gründe; AP Nr. 35 aaO zu 3 der Gründe).

gez. Dr. Hilger

Siara

Bichler

Seiler

Die ehrenamtliche Richterin
Frau Kempe ist durch Urlaub
verhindert zu unterschreiben

Dr. Hilger

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)