

Aktenzeichen: 5 AZR 405/01
Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 9. Oktober 2002
- 5 AZR 405/01 -

I. Arbeitsgericht
Halberstadt

Urteil vom 16. Januar 2001
- 1 Ca 1810/00 -

II. Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Urteil vom 12. Juni 2001
- 11 Sa 137/01 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:
Arbeitnehmerbegriff

Gesetz:
BGB § 611; Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern

Leitsätze:
keine



BUNDEsarBEITSGERICHT



5 AZR 405/01
11 Sa 137/01
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
9. Oktober 2002

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 9. Oktober 2002 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Müller-Glöge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Professor Dr. Mikosch und Dr. Linck sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Müller und die ehrenamtliche Richterin Reinders 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 des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 12. Juni 2001 - 11 Sa 137/01 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Der 1953 geborene Kläger war von 1990 bis 31. Juli 1995 bei dem Beklagten im Orchester des N als dritter Flötist beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete nach vorangegangener betriebsbedingter Kündigung durch einen gerichtlichen Vergleich.

Die künstlerische Ausrichtung des Orchesters des Beklagten erforderte auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Einsatz einer dritten Flöte. Aus haushaltsrechtlichen Gründen war dem Beklagten jedoch die Beschäftigung eines fest angestellten Musikers nicht möglich. Der Beklagte setzte den Kläger daher von September 1995 bis November 2000 als Orchesteraushilfe ein und engagierte ihn als dritten Flötisten, wenn die Aufführung eine dritte Flöte vorsah. Daneben nahm der Kläger Krankheitsvertretungen für die erste und zweite Flöte wahr.

Die Einsätze des Klägers erfolgten auf der Grundlage mündlicher und schriftlicher Vereinbarungen oder sog. Gastverträge. In den schriftlichen Vereinbarungen waren die Inszenierung, die Tätigkeit als Orchesteraushilfe, die Dauer des Engagements, vereinzelt der Beginn der Proben sowie das Honorar geregelt. In Gastverträgen vereinbarten die Parteien die Inszenierung, die Premiere, den Zeitraum der Proben sowie die Verpflichtung des Klägers, für die Laufzeit der Aufführung zur Verfügung zu stehen. Nach § 2 des Gastvertrags war der Kläger verpflichtet, bei Ensembledarbietungen der Bühne im In- und Ausland sowie bei Aufnahmen für Bild- und/oder Tonträger sowie Bildtonträger und bei Direktwiedergaben, auch im Rundfunk, mitzuwirken. Der Beklagte übersandte dem Kläger regelmäßig Dienstpläne, denen dieser Zeit und Ort seiner Dienste entnehmen konnte. In der Zeit von September 1995 bis November 2000 leistete der Kläger insgesamt 367 Dienste, zuletzt am 12. November 2000.



Im Hinblick auf das altersbedingte Ausscheiden eines der drei Fagottisten im März 2001 entschloß sich der Beklagte, die Stelle eines dritten Flötisten statt der Stelle des dritten Fagottisten wieder zu besetzen. Hierzu nahm der Beklagte eine Umbesetzung vor und setzte den bisherigen Soloflötisten als dritten Flötisten ein. Die Stelle eines Soloflötisten schrieb der Beklagte im Oktober 2000 zur Neubesetzung aus. Die Bewerbung des Klägers auf diese Stelle blieb ohne Erfolg, weil der Kläger ein vom Beklagten verlangtes Probespiel ablehnte. Inzwischen ist die Stelle mit einem externen Bewerber besetzt.

Neben seiner Tätigkeit beim Beklagten spielt der Kläger im Werksorchester der Volkswagen AG, im Kammerorchester Wernigerode und im Niedersächsischen Blasorchester. Weiterhin ist er in Berlin als Instrumentallehrer tätig.

Der Beklagte wendet auf alle Arbeitsverhältnisse der festangestellten Musiker den Tarifvertrag für die Musiker in Kulturorchestern (TVK) an.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, in der Zeit von September 1995 bis November 2000 habe zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden. Dieses sei nicht wirksam beendet worden.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, daß zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis als dritter Flötist besteht;
2. hilfsweise festzustellen, daß zwischen den Parteien ein auf Teilzeitbeschäftigung zu 50 % gerichtetes unbefristetes Arbeitsverhältnis als dritter Flötist besteht;
3. sehr hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger den Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrages als dritter Flötist anzubieten;
4. höchst hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, dem Kläger den Abschluß eines auf Teilbeschäftigung (50 %) gerichteten unbefristeten Arbeitsvertrages als dritter Flötist anzubieten.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei als Orchesteraushilfe nicht in einem Arbeitsverhältnis tätig geworden. Er habe durchschnittlich lediglich 65 Dienste pro Spielzeit geleistet, während festangestellte Flötisten mehr als 300 Dienste pro Spielzeit leisteten. Der Kläger sei in



jedem Einzelfall vom Orchestersekretär gefragt worden, ob er ein Arrangement übernehmen wolle.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers dem Hilfsantrag zu 2 stattgegeben und im übrigen die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten ist begründet. Zwar leistete der Kläger seine Einsätze bei dem Beklagten jeweils im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Ob aber, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer Arbeitszeit von 50 % eines vollzeitbeschäftigten Musikers besteht, kann der Senat mangels ausreichender Feststellungen nicht selbst abschließend beurteilen.

I. Die Klage ist zulässig. Der Kläger begehrt die Feststellung eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. Nachdem der Beklagte das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geleugnet hat, besteht ein rechtliches Interesse des Klägers an der begehrten Feststellung.

II. Der Kläger war beim Beklagten in der Zeit von September 1995 bis November 2000 als Arbeitnehmer beschäftigt, soweit er vom Beklagten als dritter Flötist oder Krankheitsvertretung eingesetzt wurde.

1. Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (*Senat 16. Februar 2000 - 5 AZB 71/99 - BAGE 93, 310*). In einem Arbeitsverhältnis ist die vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, daß der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige, der nicht im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit



bestimmen kann (*Senat 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - BAGE 88, 263 mwN; 19. Januar 2000 - 5 AZR 644/98 - BAGE 93, 218, 222*).

2. Diese Grundsätze gelten auch für Musiker (*Senat 22. August 2001 - 5 AZR 502/99 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 109 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 86 mwN*).

a) Die Beschäftigung als Orchestermusiker ist nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch als freier Mitarbeiter möglich. Dies beruht darauf, daß die Weisungsabhängigkeit von Mitgliedern eines Musikorchesters nicht in jeder Hinsicht notwendigerweise gleich groß ist. Zwar ist der Spielraum für die inhaltliche Gestaltung der geschuldeten Tätigkeit des Musizierens für sämtliche Orchestermitglieder gleich bemessen. Den künstlerisch-interpretierenden Vorgaben des musikalischen Leiters sind sie alle gleichermaßen unterworfen, bei deren Umsetzung bleiben sie in ihrer jeweiligen künstlerischen Individualität alle gleichermaßen frei. Bei der Wahrnehmung der einzelnen Orchesterdienste gibt es deshalb keine typischen Unterschiede zwischen einem Arbeitnehmer und einem freien Mitarbeiter (*Senat 3. Oktober 1975 - 5 AZR 427/74 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 16 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 2*).

b) Unterschiedliche Bindungen der einzelnen Mitglieder sind aber in zeitlicher Hinsicht möglich.

aa) Für die Statusabgrenzung ist nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Produktionen oder Vorhaben das Orchestermitglied teilnimmt und ob es auch für andere Auftraggeber tätig ist. Beides gibt regelmäßig nur Auskunft darüber, ob ein Teilzeit- oder ein Vollzeitrechtsverhältnis vorliegt (*Senat 14. Februar 1974 - 5 AZR 298/73 - BAGE 25, 505; 22. August 2001 aaO*). Ebensowenig ist zu entscheiden, ob der Musiker nur von Fall zu Fall oder zwar über einen längeren Zeitraum, aber ohne Verpflichtung für den allgemeinen Dienst nur für bestimmte musikalische Aufgaben und damit als Orchesteraushilfe iSd. § 2 Abs. 1 b TVK und der einschlägigen Protokollnotiz beschäftigt wird. Dies besagt nichts über die Intensität der Weisungsgebundenheit und persönlichen Abhängigkeit des Orchestermusikers im jeweiligen Aushilfsfall bzw. im Rahmen der übernommenen musikalischen Aufgaben. Diese Tarifvorschrift stellt keine Kriterien für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern in Kulturorchestern auf, vielmehr schließt die Vorschrift lediglich bestimmte Personengruppen - auch wenn sie Arbeitnehmer sind - vom Geltungsbereich des TVK aus.



bb) In zeitlicher Hinsicht ist für die Statusabgrenzung maßgeblich, ob der betreffende Musiker auch im Rahmen seines übernommenen Engagements seine Arbeitszeit noch im wesentlichen frei gestalten kann oder insoweit einem umfassenden Weisungsrecht der Orchesterleitung unterliegt. Hat der Orchestermusiker die Teilnahme an einer einzelnen Produktion oder einem bestimmten musikalischen Vorhaben und bei den dazu erforderlichen Einzeldiensten zugesagt, ohne daß diese nach Anzahl, Dauer und zeitlicher Lage bereits abschließend festgestanden hätten, so hat er sich in eine entsprechende Weisungsabhängigkeit begeben. Diese begründet regelmäßig seinen Arbeitnehmerstatus (*Senat 22. August 2001 aaO; Staudinger/Richardi BGB 13. Aufl. Vorb. § 611 Rn. 178*). Dagegen reicht es für den Arbeitnehmerstatus in der Regel nicht aus, daß ein Musiker die Teilnahme an bestimmten einzelnen Proben und Aufführungsterminen zugesagt hat, die zeitlich bereits feststanden. Zeitliche Vorgaben und Verpflichtungen, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgaben einzuhalten, sind kein ausreichendes Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Das Versprechen, eine Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen oder zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellen, macht den Leistenden im arbeitsrechtlichen Sinne nicht weisungsabhängig (*Senat 19. Januar 2000 aaO*).

3. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze bestand zwischen den Parteien während der einzelnen Einsätze als dritter Flötist oder Krankheitsvertretung ein Arbeitsverhältnis.

a) In den Gastverträgen und den weiteren Vereinbarungen, die den jeweiligen Engagements zugrunde lagen, waren Anzahl, Dauer und zeitliche Lage der einzelnen Dienste nicht abschließend festgelegt. Die Gastverträge bezogen sich auch nicht nur auf konkret bezeichnete Veranstaltungen, sondern ebenfalls auf Inszenierungen, die für mehrere Monate angesetzt waren. Regelmäßig war nur der Termin der Premiere sowie die Laufzeit der Aufführung angegeben. Die einzelnen Veranstaltungs- und Probentermine erfuhr der Kläger erst aus den ihm im Anschluß überlassenen Dienstplänen. Dem Beklagten stand damit vereinbarungsgemäß ein Weisungsrecht in Bezug auf Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit des Klägers im Rahmen der jeweiligen Inszenierung zu.

Soweit der Beklagte in der Revision ausführt, aus den Dienstplänen könne nicht auf ein Arbeitsverhältnis geschlossen werden, weil in den Dienstplänen keine Namen genannt seien, geht dies fehl. Im Zusammenhang mit den vereinbarten Engagements konnte der Kläger den Dienstplänen Ort und Zeit seiner Dienste ohne weite-



res entnehmen, weil dort die einzelnen Inszenierungen abgekürzt bezeichnet sind. In der Übersendung der Dienstpläne lag daher die Konkretisierung der zuvor allgemein vereinbarten Leistungspflichten in zeitlicher und örtlicher Hinsicht und damit die Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts.

b) Der Kläger war nach § 2 der insoweit gleichlautenden Gastverträge ferner verpflichtet, an weiteren Diensten teilzunehmen. So hatte er bei Ensembledarbietungen der Bühne im In- und Ausland sowie bei Aufnahmen für Bild- und/oder Tonträger sowie Bildtonträger und bei Direktwiedergaben, auch im Rundfunk, mitzuwirken. Auch insoweit stand dem Beklagten ein umfassendes Weisungsrecht zu, wie es für Arbeitsverhältnisse, nicht aber für freie Mitarbeiterverhältnisse typisch ist.

c) Der geringe Umfang der Arbeitsleistung sowie die Tätigkeit des Klägers in anderen Orchestern sprechen nicht gegen ein Arbeitsverhältnis mit dem Beklagten. Der Beklagte erkennt hier, daß Teilzeitbeschäftigte - auch geringfügig Beschäftigte iSd. § 8 SGB IV - Arbeitnehmer sein können. Aus der Möglichkeit, andere Beschäftigungen ausüben zu können, läßt sich ebensowenig auf den Status als Selbständiger schließen, wie aus dem Verbot jeder Nebentätigkeit auf den Status als Arbeitnehmer (vgl. Senat 15. Dezember 1999 - 5 AZR 3/99 - BAGE 93, 112, 127).

d) Gegen ein Arbeitsverhältnis spricht - entgegen der Auffassung der Revision - nicht, daß der Kläger frei entscheiden konnte, ob er an einer geplanten Produktion mitwirkt. Dieses Kriterium ist zur Statusabgrenzung wenig geeignet, weil es nichts zur Weisungsgebundenheit während des vereinbarten, hier oftmals mehrere Monate andauernden Engagements aussagt (so bereits Senat 22. August 2001 aaO).

III. Ob zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat, kann der Senat wegen nicht ausreichender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht abschließend beurteilen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, zwischen den Parteien sei konkludent ein auf Dauer angelegtes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Da auch in der Zeit von 1995 bis 2000 auf Grund der künstlerischen Ausrichtung des Orchesters ein regelmäßiger Bedarf für die Besetzung der dritten Flöte bestanden habe und der Kläger regelmäßig als dritter Flötist eingesetzt worden sei, könne aus Sicht eines verständigen Vertragspartners nach §§ 133, 157 BGB nicht angenommen werden, daß ledig-



lich auf das einzelne Engagement bezogene vertragliche Abreden getroffen worden seien.

2. Dem kann nicht gefolgt werden. Die vom Landesarbeitsgericht angeführten Umstände lassen nicht zwingend auf eine unbefristete vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Dienstleistung auf Abruf des Beklagten und einen entsprechenden arbeitsvertraglichen Bindungswillen des Beklagten schließen. Nach den bislang festgestellten Tatsachen kommt vielmehr auch eine Rahmenvereinbarung in Betracht, nach der sich der Kläger bereiterklärt hatte, im Einzelfall ohne rechtliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung für den Beklagten als dritter Flötist tätig zu werden (*vgl. zu solchen Rahmenvereinbarungen BAG 31. Juli 2002 - 7 AZR 181/01 - zur Veröffentlichung bestimmt*). Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis läge dann nicht vor. Den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, ob und gegebenenfalls wann der Kläger im Einverständnis mit dem Beklagten eine entsprechende arbeitsvertragliche Verpflichtung eingegangen ist.

IV. Sollte das Landesarbeitsgericht bei der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen, zwischen den Parteien bestehe ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, wird es den Umfang der Arbeitszeit neu zu bestimmen haben. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei in einem zeitlichen Umfang von 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Musikers tätig gewesen, ist unzutreffend. Daß der Kläger in weiteren Orchestern spielt und der Beklagte seit Ende 2000 einen vollzeitbeschäftigten Musiker als dritten Flötisten einsetzt, läßt nicht den Schluß auf eine vereinbarte Arbeitszeit von 50 % der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollzeitbeschäftigten Musikers zu. Da die Parteien nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keine konkrete Vereinbarung über den Umfang des Tätigwerdens des Klägers getroffen haben, wird gegebenenfalls im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung der Umfang der Arbeitszeit zu ermitteln sein. Hierbei ist zum einen von Bedeutung, daß der Kläger in der Zeit von September 1995 bis November 2000 insgesamt 367 Dienste und bis zum Ende der Spielzeit 1999/2000 363 Dienste geleistet hat. Dies ergibt im Durchschnitt rund 73 Dienste je Spielzeit. Nach dem kraft betrieblicher Übung auf die Arbeitsverhältnisse der festangestellten Musiker anwendbaren TVK kann demgegenüber ein vollzeitbeschäftigter Musiker zu deutlich mehr als 300 Diensten im Jahr herangezogen werden. Für die Bestimmung der Arbeitszeitdauer des Klägers ist dagegen unerheblich, daß die dritte Flöte eher selten zum Einsatz kommt. Das Verhältnis der Spieleinsätze des Klägers zu den Einsätzen eines vollzeitbeschäftigten, aber wegen seines



Instruments weniger häufig zum Einsatz kommenden Musikers ist nicht maßgebend, weil auch solche Musiker im Bedarfsfall im Rahmen der tarifvertraglichen Höchstgrenzen zu Aufführungen herangezogen werden können.

V. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird das Landesarbeitsgericht auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben.

Müller-Glöge

Mikosch

Linck

Müller

Reinders



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)