

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

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit; ZPO § 256

Leitsatz: Ist ein von einer Orchestergesellschaft als "freier Mitarbeiter" beschäftigter Musiker zeitlich im wesentlichen in derselben Weise und in demselben Umfang wie andere im Anstellungsverhältnis beschäftigte Musiker in den Orchesterbetrieb eingegliedert, spricht dies dafür, daß der Musiker in einem Arbeitsverhältnis zu der Orchestergesellschaft steht.

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

Aktenzeichen: 5 AZR 427/74

Urteil des BAG vom 3. Oktober 1975 LAG Berlin



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



5 AZR 427/74

3 Sa 40/74 Berlin

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

Verkündet am
3. Oktober 1975

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Oktober 1975 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Dr. Heither sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Toeche-Mittler und Nitsche für Recht erkannt:

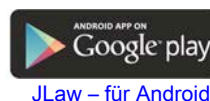
1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 19. Juli 1974 - 3 Sa 40/74 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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 ist Musiker (Bratschist). Mit seiner Klage begehrt er die Feststellung, daß zwischen den Parteien ein ungekündigtes und unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht.

Seit September 1958 war der Kläger im Orchester der "B " tätig. Mit Wirkung vom 1. Oktober 1962 schloß er mit deren damaligem Träger, der Firma "Orchesterproduktion M ", einer oHG, einen schriftlichen Arbeitsvertrag. Als die Orchesterproduktion M 1963 ihre Tätigkeit einstellte und ihre Mitarbeiter entließ, gründeten 20 ihrer ehemaligen Musiker durch Gesellschaftsvertrag vom 12. Februar 1964 mit einer Stammeinlage von jeweils 1.000,-- DM die beklagte GmbH. Der Kläger beteiligte sich nicht an dieser Gesellschaftsgründung. Er wechselte zur "Streicher-Gruppe B S " und verblieb dort bis zu deren Auflösung im Jahre 1968. Danach wurde er ab 1968 wieder als Bratschist bei der beklagten GmbH beschäftigt.

Die Beklagte beschäftigte einen Kreis von festangestellten Musikern, nämlich die Gesellschafter selbst und drei weitere Musiker, darunter einen Bratschisten, die keine Gesellschafter sind. Ferner wurden für sie ca. 400 Orchesteraushilfen tätig, zu denen sie auch den Kläger zählte und die sie sämtlich als freie Mitarbeiter ansah. Der weit überwiegende Teil dieser Aushilfskräfte war bei anderen Orchestern fest angestellt oder betrieb diese Tätigkeit bei der Beklagten nur als zusätzlichen Erwerb neben der Altersrente.

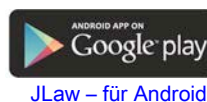
Das Orchester der Beklagten wurde in unterschiedlicher Besetzung tätig. Die Zusammensetzung richtete sich nach der Art der jeweils erteilten Aufträge. Der Einsatz von Streichern war dabei sehr häufig erforderlich. Die

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

- 3 -



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



- 3 -

einzelnen Musiker wurden in der Weise eingeteilt, daß der Orchesterdirektor einige Zeit vor den entsprechenden Auf-
führungen einen Dienstplan bzw. eine Dienstliste erstell-
te, in die er diejenigen Musiker eintrug, die für die je-
weiligen Aufträge benötigt und von ihm gewünscht wurden.
Die Betreffenden mußten sodann ihr Erscheinen zu den vor-
gesehenen Terminen durch ein Kreuz hinter ihrem Namen auf
der Dienstliste bestätigen. Dieses Verfahren wurde so-
wohl bei festangestellten Musikern angewandt als auch bei
freien Mitarbeitern.

Der Kläger war im Durchschnitt 32 Stunden wöchentlich
für die Beklagte tätig, er übte keine Nebenbeschäftigung
für andere Auftraggeber aus. Seine Vergütung erfolgte in
Form von Einzelhonoraren (20,-- DM für jede Einsatzstunde).
Abgerechnet wurde nach Anwesenheitslisten, in die sich der
Kläger - wie auch die festangestellten Musiker - bei sei-
nen Einsätzen einzutragen hatte. Die Anwesenheitsliste ent-
hielt jeweils folgende vorgedruckte Erklärung:

"Die Unterzeichneten versichern hiermit,
die in freiberuflicher Ausübung ihrer
Tätigkeit bei der St
GmbH erworbenen Honorare selbst zu
versteuern. Soweit diese versicherungs-
pflichtig sind, sind Arbeitgeber- und
Arbeitnehmeranteil darin enthalten."

Auf diese Weise erzielte der Kläger im Jahre 1970 eine Ver-
gütung von 29.452,64 DM, im Jahre 1971 eine Vergütung von
29.541,96 DM. 1972 verdiente der Kläger 23.766,93 DM und
1973 12.670,25 DM. Steuern und Sozialversicherungsbeiträ-
ge führte die Beklagte nicht ab. Personalunterlagen wer-
den in ihrem Betrieb nicht geführt. Der Kläger erhielt
auch keinen Urlaub.

Im Mai 1973 kam es wegen der Form der Unterschrift des
Klägers in der Anwesenheitsliste zu Auseinandersetzungen

- 4 -



- 4 -

mit dem Geschäftsführer der Beklagten. Da der Kläger eine Entschuldigung ablehnte, wurde er - mit Ausnahme zweier bereits feststehender Einsätze Ende Mai 1973 - seitens der Beklagten nicht mehr beschäftigt.

Mit seiner am 29. September 1973 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, er stehe in einem unbefristeten und ungekündigten Arbeitsverhältnis zur Beklagten. Zur Begründung hat er ausgeführt, er habe als einer der drei Bratschisten zum festen, bei allen Werken regelmäßig benötigten Stamm des Orchesters gehört. Er sei in gleicher Weise wie die festangestellten Musiker der Beklagten, insbesondere wie der festangestellte Bratschist, tätig geworden und habe sich in seiner Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit durch nichts von diesen Musikern unterschieden. Nach den ihm mitgeteilten Dienstplänen sei er zum regelmäßigen Erscheinen verpflichtet gewesen, ohne daß er zuvor gefragt worden sei. Er habe keine Möglichkeit gehabt, einen eingetragenen Einsatz abzulehnen. Bei einer Ablehnung wäre er das Risiko eingegangen, in der Folgezeit von der Beklagten nicht mehr beschäftigt zu werden. Dem Kreis der Aushilfsmusiker könne er nicht zugerechnet werden; die Stammbesetzung des Orchesters umfasse in Wirklichkeit eine von den Erfordernissen des Gesellschaftsrechts unabhängige Zahl von Orchesterstimmen aus den einzelnen Instrumentengruppen.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, daß er als Arbeitnehmer in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zu der Beklagten steht.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat geltend gemacht, der Kläger habe nicht zur Stammbesetzung des Orchesters gehört, da diese nur von den



- 5 -

Gesellschaftern gebildet werde. Im Gegensatz zu ihren festangestellten Musikern habe er auch jeglichen ihm über die Dienstlisten angebotenen Einsatz ablehnen können, ohne, wie ihre Angestellten, hierfür einen Entschuldigungsgrund angeben zu müssen. Die Dienstlisten seien unverbindlich gewesen und hätten nur der Disposition der Beklagten gedient. Im übrigen dokumentiere sich die persönliche Unabhängigkeit des Klägers auch darin, daß er im Jahre 1971/1972 trotz angespannter Auftragslage in den Winterurlaub gefahren sei mit der Bemerkung, als freier Mitarbeiter stehe ihm die Wahl des Urlaubszeitpunktes frei.

Das Orchester habe keine festen Aufträge gehabt; es werde nur nach Bedarf in verschiedener Besetzung angefordert. Dabei lasse sich niemals voraussehen, welche Musiker zusätzlich zu der im festen Arbeitsverhältnis stehenden, aus den Gesellschaftern gebildeten Stammbesetzung benötigt würden. Das Eingehen von Arbeitsverhältnissen mit allen in Betracht kommenden Musikern sei ihr daher nicht zuzumuten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

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 Feststellung zwischen den Parteien kein Streit über den Inhalt des Arbeits-

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



- 6 -

verhältnisses 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 erweist sich die Revision als nicht begründet.

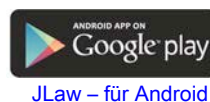
Das zwischen den Parteien begründete Dauerrechtsverhältnis ist ein Arbeitsverhältnis. Es kommt daher nicht darauf an, ob das Berufungsgericht die vom erkennenden Senat entwickelten Grundsätze zum Mißbrauch der Vertragsfreiheit (BAG Urteil vom 14. Februar 1974, AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu III der Gründe] – auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt) nach Voraussetzungen und Inhalt richtig angewendet hat.

1. Es ist in der Rechtsprechung und Lehre anerkannt, daß ein Arbeitsverhältnis trotz entgegenstehenden 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]; AP Nr. 144 zu § 242 BGB Ruhegehalt [zu II 3 c der Gründe]; BAG 18, 87 [91] = AP Nr. 2

- 7 -



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

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

- 7 -

zu § 92 HGB [zu II 1 der Gründe] mit weiteren Nachweisen.

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. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt geprüft. Der Senat kann diese Prüfung jedoch nachholen. Alle für die Beurteilung erforderlichen Tatsachen sind unstrittig. Der Kläger hat seine Dienste in dem Orchester der Beklagten in derselben Weise wie die angestellten Musiker geleistet. Es sind keine Umstände ersichtlich, die auf einen unterschiedlichen Status im Fall des Klägers einerseits, im Fall der angestellten Musiker andererseits schließen lassen. Auf den vom Kläger bestrittenen Sachvortrag der Beklagten zur Frage der Dienstlisten kommt es nicht an. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Der Kläger war in einem zeitlichen Umfang für die Beklagte tätig, der die Arbeitszeit eines vollbeschäftigten angestellten Musikers überstieg. Er arbeitete im Durchschnitt 32 Stunden in der Woche. Üblich ist für Musiker in Kulturorchestern eine Arbeitszeit von etwa 25 Wochenstunden. Das ergibt sich aus dem Tarifvertrag für Musiker in

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



- 8 -

- 8 -

Kulturorchestern vom 1. Juli 1971 (TVK). Nach diesem Tarifvertrag dürfen die Musiker der Kulturorchester in der Regel zu acht Diensten pro Woche herangezogen werden (§ 15 Abs. 1 TVK in Verbindung mit Nr. 1 der Protokollnotizen zu dieser Bestimmung). Unter Diensten in diesem Tarifvertrag sind Proben und Aufführungen zu verstehen. Die Dauer der Proben soll drei Stunden nicht übersteigen (§ 15 Abs. 2 TVK). Eine Aufführung dauert im Regelfall nur zwei bis zweieinhalb Stunden.

Entsprechend diesem zeitlichen Umfang der Inanspruchnahme war der Kläger ausschließlich für die Beklagte tätig. Er konnte keine weiteren Nebenbeschäftigungen ausüben. Im Gegensatz zu den Möglichkeiten eines freien Mitarbeiters konnte er über seine Arbeitskraft nicht wie ein Unternehmer disponieren. Allein darin liegt schon eine ausgeprägte persönliche Abhängigkeit, wie sie nur für Arbeitnehmer typisch ist.

Dem Vorbringen beider Parteien läßt sich auch entnehmen, daß der Kläger in Zukunft in gleichem zeitlichen Umfang wie bisher benötigt wird. Die Beklagte verfügt nur über einen festangestellten Bratschisten. Sie hat deshalb in der Vergangenheit einen weiteren Bratschisten, der nicht zum Kreis der Gesellschafter gehörte, als Arbeitnehmer fest eingestellt. Darin zeigt sich das Bedürfnis der Beklagten, über die Arbeitsleistung eines weiteren Bratschisten regelmäßig verfügen zu können. Daß sich das in Zukunft ändern könnte, hat sie nicht geltend gemacht.

b) Auf die von der Beklagten behauptete unterschiedliche Bedeutung der Dienstliste für festangestellte Musiker und freie Mitarbeiter kommt es nicht an. Die Beklagte will die Einteilung auf der Dienstliste für festangestellte Musiker als Weisung ansehen, für freie Mitarbeiter jedoch als Vertragsangebot. Diese formalen Kriterien können jedoch nicht

- 9 -



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



ausschlaggebend sein, wenn der Kläger die unterschiedliche Bedeutung nicht erkennen konnte. So war es im vorliegenden Fall. Die Beklagte teilte die Musiker unabhängig von ihrer Rechtsstellung nach ihren Bedürfnissen ein und fertigte danach ihre Dienstliste an. Anschließend gab sie die von den einzelnen Musikern erwarteten Dienste bekannt. Dabei wurden alle aufgeführten Musiker in gleicher Weise befragt, ob sie die eingetragenen Dienste wahrnehmen könnten. Damit hat die Beklagte dem Kläger gegenüber das Recht eines Arbeitgebers in Anspruch genommen. Sie kann sich heute auf eine angeblich rechtlich unterschiedliche Bedeutung dieser Dienstliste nicht mehr berufen. Deshalb ist auch eine einheitliche Statusbeurteilung derjenigen Musiker, die vollberuflich und regelmäßig für die Beklagte tätig wurden, geboten (BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit [Bl. 2 R]). Zu diesem Kreis der vollberuflich und regelmäßig beschäftigten Musiker gehört auch der Kläger. Mit den Musikern, die nur gelegentlich in Form einer Nebenbeschäftigung zu Diensten im Orchester herangezogen werden, ist er nicht vergleichbar.

c) Die übrigen Umstände des vorliegenden Falles sprechen weder eindeutig für noch gegen ein Arbeitsverhältnis.

Aus Inhalt und Umfang der Weisungsgebundenheit – außerhalb der zeitlichen Bindung des Klägers – lassen sich keine Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses ziehen. Es gibt keine typischen Unterschiede zwischen einem Arbeitnehmer und einem freien Mitarbeiter bei Wahrnehmung der einzelnen Orchesterdienste. Das Merkmal der Weisungsgebundenheit ist im vorliegenden Fall als Abgrenzungsmerkmal daher untauglich (LAG Saarbrücken AP Nr. 7 zu § 611 BGB Abhängigkeit [Bl. 3 und 3 R]; Maus, RdA 1968, 367 [372]).

Aus der Art der Vergütung läßt sich ebenfalls nichts entnehmen. Einzelhonorarvergütung nach den geleisteten Ar-



- 10 -

beitsstunden mag in dem einen oder anderen Fall für ein freies Mitarbeiterverhältnis sprechen (BAG 19, 324 [330] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu 1 der Gründe]). Als Abgrenzungsmerkmal ist dieser Umstand im vorliegenden Fall ohne Wert, weil die Beklagte mit den festgestellten Musikern in gleicher Weise auf Stundenlohnbasis abrechnete, wenn sie auch ihren festangestellten Musikern einen um 2,-- DM geringeren Betrag pro Stunde zahlte.

Auch aus der Tatsache, daß die Beklagte keine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge abgeführt hat, lassen sich keine Rückschlüsse auf die wahre Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses ziehen. Diesen Umständen kommt ohnehin nur schwache Indizwirkung zu. Sie fehlt gänzlich, wenn die Beklagte erkennbar nur Folgerungen aus ihrer Rechtsauffassung zog, die der wahren Rechtslage nicht gerecht wurden (BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit [Bl. 3]). Das gleiche gilt für die von der Beklagten verlangte Eintragung in die Anwesenheitsliste, mit der sie eine "Anerkennung" der Tätigkeit als die eines freien Mitarbeiters erstrebte. Eine solche der Rechtslage nicht gerecht werdende "Anerkennung" oder "Versicherung" hat keinen Wert. Hinzu kommt, daß sich im vorliegenden Fall auch die festangestellten Musiker auf der gleichen Liste eintragen mußten. Die diesen Musikern abverlangte Versicherung steht mit der wahren Rechtslage offensichtlich nicht im Einklang.

d) Wenn der Kläger wie die angestellten Musiker in den Orchesterbetrieb eingegliedert war, ist es unerheblich, daß er nicht wie die meisten anderen Musiker zu den Gesellschaftern der Beklagten gehört. Dies könnte nur dann von Bedeutung sein, wenn der Kläger um seiner persönlichen Unabhängigkeit willen den Gesellschafterstatus abgelehnt und die Parteien ihre Rechtsbeziehun-

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



gen entsprechend freier gestaltet hätten. Dafür ergeben die Akten aber keinen Anhaltspunkt.

e) Die angespannte Wirtschaftslage und die Abhängigkeit von ihren Auftraggebern, auf die die Beklagte hinweist, können an dem Ergebnis nichts ändern. Wenn die Beklagte die Dienste des Klägers wie die eines angestellten Musikers entgegennahm, kann sie sich den daraus erwachsenen Rechtsfolgen nicht entziehen.

3. Nach allem kommt es auf eine Mißbrauchskontrolle nicht mehr an. Die Frage einer Mißbrauchskontrolle stellt sich nur, wenn der Dienstberechtigte ohne sachlichen Grund den Abschluß eines Arbeitsvertrages vermeidet, obgleich nach den gesamten Umständen ebensoviel für die Vertragsform eines Arbeitsverhältnisses wie die eines Rechtsverhältnisses als freier Mitarbeiter spricht. Wenn hingegen - wie hier - die praktische Durchführung ergibt, daß in Wahrheit ein Arbeitsverhältnis besteht, ist für eine Mißbrauchskontrolle kein Raum. Der Senat braucht deshalb auf die Angriffe der Revision gegen diesen Teil der Entscheidungsgründe nicht mehr einzugehen. Das gilt auch für die Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe für alle Parteien überraschend seine Entscheidung mit dem Mißbrauch der Vertragsfreiheit begründet, ohne ihnen zuvor Gelegenheit zu geben, weitere Tatsachen zu diesem Gesichtspunkt vorzutragen.

4. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist zwischenzeitlich nicht durch eine Kündigung der Beklagten aufgelöst worden. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß es an einer eindeutigen Kündigungserklärung und an einem Kündigungsgrund, auch für eine ordentliche Kündigung (§ 1 Abs. 1 KSchG), fehlt. Die Revision hat insoweit die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts nicht mehr angegriffen.

gez.: Dr. Hilger Siara Dr. Heither

Dr. Toeche-Mittler Nitsche



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

