

Aktenzeichen: 5 AZR 567/81

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 12. September 1984

- 5 AZR 567/81 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 31. März 1981

Köln

- 1 Ca 6001/80 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 8. Oktober 1981

Düsseldorf (Köln)

- 3 Sa 363/81 -

---

Für die Amtliche Sammlung:

Nein

Für die Fachpresse:

Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Arbeitsrechtlicher Status eines Auslandskorrespondenten

Gesetz:

BGB § 611 Abhängigkeit (betr.: Auslandskorrespondent); HGB § 84  
Abs. 1 Satz 2; ZPO § 256 Abs. 1, § 286, § 355, § 561

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](#)

5 AZR 567/81

-----  
3 Sa 363/81 Düsseldorf

Verkündet am  
12. September 1984

Clobes,

Regierungssekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund  
der mündlichen Verhandlung vom 12. September 1984 durch  
den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, die Richter  
Dr. Gehring und Schneider sowie die ehrenamtlichen Richter  
Dr. Schönherr und Arntzen für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf - 3. Kammer Köln - vom 8. Oktober 1981 - 3 Sa 363/81 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

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 Parteien streiten darüber, ob der Kläger Angestellter oder freier Mitarbeiter der Beklagten ist.

Der Kläger arbeitet seit 1969 als Auslandskorrespondent mit Sitz in Jerusalem (Israel) für verschiedene Rundfunkanstalten und Zeitungen der Bundesrepublik. Seit 1972 ist er auch für die Beklagte tätig und liefert ihr Berichte, Interviews, Kommentare und Dokumentationen zu Sendungen, die sich auf politische Vorgänge in Israel und dem Nahen Osten beziehen. Die Beiträge werden in den tagesaktuellen Sendungen ausgestrahlt und haben eine Dauer von drei bis fünf Minuten, für eine bestimmte Sendung bis zu 15 Minuten. Die Anzahl der Beiträge des Klägers schwankt je nach Aktualität des politischen Geschehens, im Durchschnitt liefert der



Kläger 20 Beiträge im Monat.

Bei der Beklagten werden in einer morgens um 9.30 Uhr beginnenden Redaktionskonferenz thematisch die einzelnen Beiträge für die Sendungen des laufenden Tages geplant. Wird ein Beitrag aus Israel beschlossen, wendet sich der diensttuende Redakteur an den Kläger. Wegen der kurzen Abgabefristen ist der Kläger in der Regel genötigt, unverzüglich mit der Bearbeitung zu beginnen. Ist der Kläger verhindert, berichtet für die Beklagte ein ARD-Korrespondent aus Tel-Aviv.

Im Jahre 1980 bezog der Kläger von der Beklagten für seine Tätigkeit eine Vergütung von insgesamt 61.290,92 DM. Die Parteien rechneten monatlich ab. Die formularmäßigen Leistungsabrechnungen - teils als "Vergütungsmitteilung", teils als "Urhebervertrag" bezeichnet - enthielten jeweils den Zusatz:

"Es besteht Einvernehmen zwischen Ihnen und dem Deutschlandfunk, daß Sie Ihre Leistung als Freier Mitarbeiter und nicht als Arbeitnehmer erbringen; durch Ihre Mitwirkung bzw. durch Entgegennahme der Vergütung oder eines Teiles der Vergütung erkennen Sie diesen Vertrag an."

Weitere schriftliche Vereinbarungen über die Rechtsbeziehungen der Parteien bestehen nicht.

In den Abrechnungen der Beklagten sind seit 1978 auch bestimmte Beträge als Urlaubsentgelt und als Zuschüsse zur Altersversorgung aufgeführt. Diese Leistungen gewährt die Beklagte dem Kläger aufgrund des am 9. Juni 1978 abgeschlossenen und mit dem



1. Juli 1978 in Kraft getretenen "Tarifvertrages für arbeitnehmerähnliche Personen im Deutschlandfunk" bzw. des entsprechenden Urlaubstarifvertrages vom 9. Juni 1978.

Die Bezüge des Klägers aus seiner Tätigkeit für andere Rundfunkanstalten (vorwiegend für den Südwestfunk und den Sender Freies Berlin) beliefen sich 1980 auf insgesamt 35.222,01 DM. Einschließlich der Honorare für Zeitungsartikel betrug das gesamte Arbeitseinkommen des Klägers im Jahre 1980 etwa 130.000,-- DM.

Mit seiner am 2. September 1980 eingereichten Klage erstrebt der Kläger die Feststellung, er sei Arbeitnehmer der Beklagten. Er hat vorgetragen, er habe Aufgaben für die Beklagte jeweils nur auf Anweisung und nach Erteilung von Aufträgen durchgeführt. Dabei sei er an die Entscheidung der Redaktion der Beklagten gebunden gewesen, wann er welchen Beitrag für welches Programm zu übermitteln habe. Die Möglichkeit einer freien Entscheidung, ob er einen Auftrag übernehmen wolle oder nicht, habe nicht bestanden. Die Beklagte sei davon ausgegangen, daß er die verlangten Beiträge kurzfristig erstelle. Für den Fall einer Ablehnung hätte er seine Tätigkeit für die Beklagte gänzlich beenden müssen, da diese sich dann schon sehr bald einen neuen Korrespondenten für den Berichtsraum gesucht hätte. Zudem habe die Beklagte von ihm erwartet, daß er jederzeit ansprechbar zur Verfügung stehe. Seine wöchentlich für die Beklagte aufgewandte Arbeitszeit habe mehr als 40 Stunden betragen. Im Falle einer Erkrankung habe er sich entschuldigen und seine Arbeitsunfähig-



keit nachweisen sowie die zeitliche Lage seines Urlaubs abstimmen müssen. Aus allen diesen Umständen sowie daraus, daß die Beklagte ihm alle Arbeitsmittel zur Verfügung gehalten habe, folge, daß er Arbeitnehmer der Beklagten sei. Vergleichbare andere Mitarbeiter würden von der Beklagten auch als Arbeitnehmer beschäftigt.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß er sich bei der Beklagten in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis als Auslandskorrespondent befinde.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, aus der langjährigen Zusammenarbeit mit dem Kläger habe sich zwar eine Dauerrechtsbeziehung entwickelt, diese stelle jedoch kein Arbeitsverhältnis dar. Vom Kläger sei keineswegs erwartet worden, daß er stets zur Verfügung stehe. Der Kläger habe jeden Beitrag aufgrund einer besonderen Abrede freiwillig übernommen und durchgeführt. Für den Fall einer Ablehnung wäre der gewünschte Beitrag bei dem ARD-Korrespondenten in Tel-Aviv bestellt worden. Die verhältnismäßig enge Zusammenarbeit habe sich allein aufgrund des verständlichen Interesses des Klägers ergeben, möglichst viel Geld zu verdienen. Der Kläger habe sich als freier Journalist sein Tätigkeitsgebiet in Israel und im Nahen Osten gewählt und arbeite als solcher nach freier Entscheidung für verschiedene Rundfunkanstalten und Zeitungen. Die Beklagte hat bestritten, andere Auslandskorrespondenten als Arbeitnehmer zu beschäftigen. Die einzige Ausnahme bilde der Leiter ihres selbständigen Büros in Brüssel.



Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

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

-----

Die Revision ist unbegründet.

A. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse daran, daß das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen ihm und der beklagten Rundfunkanstalt durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird (§ 256 Abs. 1 ZPO; vgl. aus der einschlägigen Rechtsprechung des Senats BAG 34, 111, 116 = AP Nr. 37 zu § 611 BGB Abhängigkeit, Bl. 2 R; BAG 36, 77, 81 = AP Nr. 38 zu § 611 BGB, zu I der Gründe; aus neuester Zeit BAG 41, 247, 250, 251 = AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu A der Gründe).

B. Auch in der Sache hat das Landesarbeitsgericht der Klage den Erfolg zu Recht versagt. Der Kläger ist nicht Angestellter der Beklagten, sondern für sie als freier Mitarbeiter tätig.

I.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters (Dienstvertrag) durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in welcher der zur Dienstleistung Verpflichtete je-



weils steht. Danach ist Arbeitnehmer derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen hat. Insoweit enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Nach dieser Bestimmung ist selbständig, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbständig und daher persönlich abhängig ist folglich der Mitarbeiter, dem dies nicht möglich ist. Zwar gilt die genannte Regelung unmittelbar nur für die Abgrenzung des selbständigen Handelsvertreters zum abhängig beschäftigten Handlungsgehilfen. Über diesen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält die Bestimmung jedoch eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrags zum Arbeitsvertrag zu beachten ist, zumal dies die einzige Norm ist, welche Kriterien hierfür aufstellt (vgl. dazu BAG Urteil vom 17. Mai 1978 - 5 AZR 580/77 - AP Nr. 28 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu 1 der Gründe; BAG 36, 77 = AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu II 3 b der Gründe; aus neuester Zeit BAG 41, 247, 253 f. = AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 1 der Gründe). Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation wird insbesondere dadurch deutlich, daß ein Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Häufig tritt auch eine fachliche Weisungsgebundenheit hinzu, sie ist andererseits für Dienste höherer Art nicht immer typisch (vgl. BAG 41, 247, 253 f. = AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 1 der Gründe, mit weiteren Nachweisen).

## 2. Über die danach vorzunehmende Einordnung des Rechtsverhält-



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



nisses (Dienstvertrag oder Arbeitsvertrag) entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge (z. B. Dienstvertrag ohne Kündigungsschutz) oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt in Wahrheit nicht entspricht. Der jeweilige Vertragstyp kann nur aus dem wirklichen Geschäftsinhalt erkannt werden. Dieser Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus den schriftlichen Vereinbarungen als auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben. Widersprechen schriftliche Vereinbarung und tatsächliche Durchführung des Vertrags einander, ist die letztere maßgebend. Aus der praktischen Handhabung lassen sich nämlich Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Parteien ausgegangen sind (vgl. statt vieler BAG 41, 247, 258 f. = AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 3 der Gründe, mit weiteren Nachweisen).

II. Nach diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht den von ihm festgestellten Sachverhalt gewürdigt und dabei den klägerischen Status richtig beurteilt.

1. Aufgrund des Ergebnisses der von der ersten Instanz durchgeführten Beweisaufnahme hat das Landesarbeitsgericht angenommen, es habe dem Kläger freigestanden, einen Beitrag für die Beklagte zu übernehmen oder abzulehnen. Ob und in welchem Umfang er seine Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen für die Beklagte einsetze oder aber für andere Auftraggeber verwerte, bleibe ihm überlassen. Wenn der Kläger einen von der Redaktionskonferenz der Beklagten beschlossenen Beitrag ablehnen würde, würde sich die Beklagte an einen anderen Korrespondenten wenden. Dieser Umstand



machte ein erhebliches Maß an persönlicher Unabhängigkeit deutlich. Die Beklagte sei nur einer der Auftraggeber des Klägers. Daneben habe der Kläger andere Rundfunkanstalten und auch Zeitungen als weitere Auftraggeber. Der Kläger sei in der Lage seine Kenntnisse von Land und Leuten, seine Kenntnisse über aktuelle Ereignisse und schließlich auch seine Erfahrungen, die er als Journalist seit 1969 in Israel gewonnen habe, selbständig zu verwerten und zu "vermarkten". Daß die Beklagte einer seiner wichtigsten Auftraggeber und Abnehmer sei, habe für seinen Status keine Bedeutung. Denn der Kläger sei nicht in die Arbeitsorganisation der Beklagten eingegliedert. Er könne seine Arbeitskraft nach selbst gesetzten Zielen und den Bedürfnissen des Marktes so günstig verwerten, wie er das für richtig halte. Hieran ändere sich auch nichts dadurch, daß die Beklagte ihm technische Hilfen bei der Übermittlung seiner Beiträge gewähre. Die durch die jeweiligen Vergütungsvereinbarungen geschaffene vertragliche Grundlage und die tatsächliche Durchführung der beiderseitigen Rechtsbeziehungen stimmten überein. Der Kläger verhalte sich als freier Mitarbeiter der Beklagten, und er sei auch als freier Mitarbeiter für sie tätig, nicht dagegen als Arbeitnehmer. Dafür spreche schließlich auch, daß die Beklagte ihn nach dem Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen im Deutschlandfunk vom 9. Juni 1978 behandle und ihm dadurch bezüglich Urlaubsentgelt und Altersversorgung einen sonst fehlenden sozialen Schutz zuteil werden lasse. - Die gegen dieses Ergebnis vorgetragenen Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

2.a) Das Landesarbeitsgericht hat keinen Beweisantrag des Klägers



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

übergangen und entgegen dem Vorwurf der Revision die Bestimmung des § 286 ZPO nicht verletzt.

Einer Vernehmung des Zeugen W bedurfte es nicht. Der Kläger hat den Zeugen für die Richtigkeit seiner Behauptung benannt, die Beklagte habe ihm ein angemietetes Studio sowie Geräte und Ausrüstungen zur Verfügung gestellt. Diese Umstände sollen nach Auffassung der Revision verdeutlichen, daß der Kläger seine Dienste nur mit Hilfe des von der Beklagten bereitgehaltenen technischen Apparates habe leisten können, woraus sich die persönliche Abhängigkeit des Klägers von der Beklagten ergebe.

Allerdings sind Fälle möglich, in denen der Mitarbeiter seine Aufgaben ohne die Benutzung des technischen Instrumentariums seines Vertragspartners überhaupt nicht ausführen kann (vgl. das von der Revision angezogene Urteil des Senats vom 15. März 1978 - 5 AZR 819/76 - BAG 30, 163 = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 2 b der Gründe). In dieser Lage befand sich der Kläger jedoch nicht. Er hätte, statt die ihm eingeräumten technischen Hilfen der Beklagten zu nutzen, seine Beiträge ebenso gut telefonisch übermitteln können, was er teilweise ohnehin tat. Davon, daß er auf die ihm gewährten Hilfen angewiesen gewesen wäre, kann nicht gesprochen werden.

b) Das Landesarbeitsgericht brauchte weiter den Zeugen W nicht noch einmal zu vernehmen. Ein Verstoß gegen die Bestimmung des § 355 ZPO liegt nicht vor.



Ob das Berufungsgericht einen im ersten Rechtszug vernommenen Zeugen selbst noch einmal hört oder sich mit der Verwertung der protokollierten Aussage begnügt, steht in seinem Ermessen (BAG Urteil vom 30. Juli 1964 - 2 AZR 482/63 - AP Nr. 1 zu § 398 ZPO, zu III 2 der Gründe). Eine wiederholte Vernehmung ist nur dann geboten, wenn das Berufungsgericht die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen abweichend vom Arbeitsgericht beurteilen will (BAG Urteil vom 6. Dezember 1963 - 5 AZR 234/63 - AP Nr. 1 zu § 286 ZPO, zu I 2 der Gründe; BGH Urteil vom 28. Januar 1972 - V ZR 183/69 - NJW 1972, 584, 585; BGH Urteil vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 - NJW 1964, 2414 - jeweils mit weiteren Nachweisen). Das Landesarbeitsgericht hat die vor dem Arbeitsgericht erstattete Aussage des Zeugen jedoch gewürdigt, ohne dabei an dessen persönlicher Glaubwürdigkeit zu zweifeln.

c) Die Revision rügt als materiellen Rechtsfehler, das Landesarbeitsgericht habe den Vortrag des Klägers, die Beklagte habe regelmäßig und ständig mit seiner Dienstleistung gerechnet, nicht zutreffend gewürdigt. Aus dem Vortrag ergebe sich, daß der Kläger in ständiger Dienstbereitschaft stehen müsse und daher persönlich abhängig sei.

Zuzugeben ist der Revision, daß ständige Dienstbereitschaft eines Mitarbeiters eine für ein Arbeitsverhältnis typische Abhängigkeit begründen kann. Ständige Dienstbereitschaft kann noch verpflichtender sein als die Vereinbarung einer festen Arbeitszeit (vgl. Senatsurteil vom 7. Mai 1980 - 5 AZR 293/78 - AP



Nr. 35 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu 3 der Gründe). Dies setzt aber eine - ausdrückliche oder stillschweigende - Vereinbarung voraus (vgl. aaO). Hieran fehlt es im Streitfall. Der Kläger hat hierzu nichts näheres vorgetragen. Soweit in der Revisionsbegründung behauptet wird, der Kläger habe in ständiger Dienstbereitschaft gestanden, kann dies nicht berücksichtigt werden (§ 561 Abs. 1 ZPO). Aus der jahrelangen Handhabung der Parteien läßt sich eine stillschweigende Vereinbarung über die zeitliche Einbindung des Klägers in den Arbeitsablauf der Beklagten nicht herleiten.

d) Aus dem Umstand, daß die Beklagte auf die Rechtsbeziehungen zum Kläger den "Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen im Deutschlandfunk" vom 9. Juni 1978 anwendet, folgt nicht, daß der Kläger kein Arbeitnehmer der Beklagten, sondern freier Mitarbeiter ist. Das hat die Revision richtig erkannt. Soweit das Landesarbeitsgericht diesen Gesichtspunkt erwähnt, ist dies jedoch lediglich in einer nicht tragenden Zusatzerwägung geschehen. Das angefochtene Urteil beruht nicht hierauf.

Dr. Thomas

Dr. Gehring

Schneider

Dr. Schönherr

Arntzen



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

