

Aktenzeichen: 5 AZR 593/78

LAG Düsseldorf (Köln) Urteil des BAG vom 7. Mai 1980

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

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit [betr.: Orchestermusiker],
§ 620 Befristeter Arbeitsvertrag

- Leitsätze:
1. Orchestermusiker, die ständig zu Orchesterdiensten herangezogen werden, sind Arbeitnehmer (im Anschluß an BAG 25, 505 = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit).
 2. Mit diesen Orchestermusikern kann die Rundfunkanstalt im allgemeinen keine über ein Jahr hinausgehende Probezeit vereinbaren (im Anschluß an BAG AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).
 3. Ein immer wieder auftretender Bedarf an zusätzlichen Musikern (Vertretung fehlender Musiker, vorübergehende Besetzung vakanter Stellen, Erweiterung des Orchesters aus künstlerischen Gründen) kann jeweils für sich allein genommen die Befristung eines für den jeweiligen Zweck benötigten Aushilfsarbeitsverhältnisses rechtfertigen. "Dauer-aushilfen" sind als Zeitverträge nicht zulässig.



5 AZR 593/78

19 Sa 580/77 Düsseldorf (Köln)

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
7. Mai 1980

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Mai 1980 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Matthes sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Florack und Scherer für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 28. April 1978 - 19 Sa 580/77 - aufgehoben.
2. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 28. Juni 1977 - 4 Ca 1132/77 - wird zurückgewiesen.



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



- 2 -

3. Der Beklagte hat die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

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

Tatbestand:

Die Klägerin, die vom Beklagten als freie Mitarbeiterin angesehen wird, will festgestellt wissen, daß sie als Geigerin in einem unbefristeten und ungekündigten Arbeitsverhältnis steht.

Die Klägerin wurde seit Oktober 1973 im "Rundfunkorchester", ab Ende 1975 im "Großen Unterhaltungsorchester" des Beklagten als Geigerin beschäftigt. Sie wurde zunächst nur gelegentlich zu Orchesterdiensten herangezogen. Erst ab Mai 1975 kam es zu einer intensiveren Beschäftigung, wobei die Zahl der Dienste, die die Klägerin wahrnahm, zwischen den Parteien streitig ist. Im Zeitraum von Januar 1976 bis Januar 1977 waren es zumindest - nach der Berechnung des Beklagten - 158 Dienste, während festangestellte Musiker des Unterhaltungsorchesters in diesem Zeitraum insgesamt 233 Dienste zu leisten hatten. Ab Mitte Februar 1977 wurde die Klägerin nicht mehr herangezogen.

Die Klägerin bestand am 3. Juli 1975 die künstlerische Abschlußprüfung an der Staatlichen Hochschule für Musik Rheinland. Sie bewarb sich um eine feste Anstellung als Geigerin in dem genannten Orchester des Beklagten. Daraufhin wurde sie zum 9. Januar 1976 zu einem Probespiel eingeladen. Diese Einladung beruht auf § 12 der zwischen dem Beklagten und

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



- 3 -

der Deutschen Orchestervereinigung e.V. im Deutschen Gewerkschaftsbund vereinbarten Orchester- und Chordienstordnung des WDR vom 15. Dezember 1969. Diese Bestimmung lautet:

- "(1) Die in Orchestern oder im Chor neu zu besetzenden Stellen sind öffentlich auszuschreiben. ... Die Bewerber haben an einem Probespiel oder Probesingen, das als Dienst anzusetzen ist, teilzunehmen.
- (2) Bei Übereinstimmung zwischen dem Leiter der Hauptabteilung Musik und dem Vorstand (§ 13) über die besonders guten Fähigkeiten eines Bewerbers kann auf eine Ausschreibung und/oder auf ein Probespiel oder Probesingen verzichtet werden."

Der Beklagte macht die Einstellung eines Bewerbers davon abhängig, daß sich das Orchester mit Mehrheit für die Einstellung ausspricht. Am 9. Januar 1976 hat sich das Orchester nicht für die Klägerin ausgesprochen; die Klägerin war an diesem Tage krank. Ihr wurde ein zweites Probespiel zugesagt. Dieses Probespiel fand am 31. Mai 1976 statt. Es wurde nach dem ersten Durchgang für alle Bewerber abgebrochen. In der Regel findet eine engere Auswahl im zweiten Durchgang statt. Dazu kam es hier nicht mehr. Die Klägerin bewarb sich daraufhin um ein drittes Vorspiel. Dieses dritte Vorspiel fand im Februar 1977 statt. Die Klägerin wurde dazu nicht mehr eingeladen.

Auch nach dem 31. Mai 1976 wurde die Klägerin weiter zu Orchesterdiensten herangezogen. Jeder dieser Dienste wurde einzeln vergütet. Die Klägerin erzielte dadurch einen monatlichen Durchschnittsverdienst von etwa 2.500,-- DM.



- 4 -

Die Klägerin hat behauptet, sie habe dem Beklagten ständig zur Verfügung stehen müssen. Die Vertreter des Beklagten hätten sie telefonisch zu Diensten aufgefordert, in Einzelfällen seien ihr auch Produktionspläne unmittelbar zugesandt worden. Sie habe im Durchschnitt nur geringfügig weniger gearbeitet als vergleichbare festangestellte Musiker des Orchesters. Wegen des zeitlichen Umfangs dieser Arbeitsleistung sei es ihr ab Mitte Juli 1975 - nach ihrer Abschlußprüfung - nicht möglich gewesen, für Dritte tätig zu werden.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, daß sie sich beim Beklagten in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis befinde,
2. festzustellen, daß sie sich beim Beklagten über den 15. Februar 1977 hinaus in einem unbefristeten und ungekündigten Arbeitsverhältnis befinde.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat behauptet, er habe jeweils mit der Klägerin einzelne Dienste und Aufträge abgesprochen. Die Klägerin habe sich nicht für diese Dienste bereithalten müssen, sie habe von sich aus wöchentlich vorgesprochen. Die Klägerin sei nur herangezogen worden, wenn es vakante Stellen gegeben habe, wenn Orchestermitglieder gefehlt hätten oder wenn das Orchester aus künstlerischen Gründen habe aufgefüllt werden müssen. In der Zeit von Januar 1976 bis Januar 1977, der Zeit der intensiveren Beschäftigung, habe sie



noch um ein Drittel weniger gearbeitet als die festangestellten Orchestermmitglieder. Schließlich habe die Klägerin gewußt, daß sie nur bei positiv verlaufenem Probespiel festangestellt werden könne. Nach dem negativ verlaufenen zweiten Probespiel sei sie aus sozialen Gründen weiterbeschäftigt worden.

Das Arbeitsgericht hat dem Klageantrag zu 1) stattgegeben. Es hat im Klageantrag zu 2) einen Hilfsantrag gesehen, der nur für den Fall gestellt worden sei, daß im Verhalten des Beklagten ab 15. Februar 1977 eine Kündigung gesehen werden könne; das sei aber nicht der Fall gewesen. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung des Beklagten dieses Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts Arbeitnehmerin des Beklagten. Auf die zunächst vereinbarte Befristung kann sich der Beklagte nicht berufen.

I. Das Berufungsgericht hat die Statusklage der Klägerin abgewiesen mit der Begründung, die für den Beklagten verpflichtende Orchester- und Chordienstordnung in Verbindung mit seiner Praxis, nur solche Bewerber einzustellen, für die sich die Mehrheit des Orchesters ausgesprochen habe, stehe der von der Klägerin begehrten Feststellung entgegen. Diese Praxis des Beklagten sei nicht zu beanstanden. Der Beklagte entspreche damit dem erkennbaren Sinn



- 6 -

der tariflichen Regelung, die auf eine weitgehende künstlerische Übereinstimmung zwischen den Orchestermitgliedern abziele. Auch nach dem 31. Mai 1976 sei zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Die Klägerin, der das Bewerbungsverfahren bekannt gewesen sei, habe nicht davon ausgehen können, daß der Beklagte sie kontinuierlich und unbefristet weiter beschäftigen wolle. Ihre Behauptung, sie sei zu dem dritten Vorspiel nicht eingeladen worden, weil sie eine Statusklage erhoben habe, sei nicht erwiesen.

II. Diese Begründung überzeugt nicht. Das Berufungsgericht hätte davon ausgehen müssen, daß die Parteien zunächst ein Probearbeitsverhältnis vereinbart hatten, das bis zum Vorspiel im Orchester auflösend bedingt war. Sodann hätte es erkennen müssen, daß sich der Beklagte nach mehreren Monaten der vorbehaltlosen Weiterbeschäftigung nicht mehr darauf berufen durfte, daß die vereinbarte Bedingung nicht eingetreten sei. Im einzelnen:

1. Für die Entscheidung darüber, ob zwischen den Parteien zunächst ein Probearbeitsverhältnis zustande gekommen ist, ist von den Grundsätzen auszugehen, die der Senat in ständiger Rechtsprechung zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters entwickelt hat. Auch in diesem Rechtsverhältnis kommt es auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit an (vgl. allgemein zu den Abgrenzungsmerkmalen das Urteil des Senats vom 15. März 1978 - 5 AZR 819/76 - AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu B II 1 und 2 der Gründe] - dieses Urteil ist auch zum Abdruck in der

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

- 7 -



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



Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Im vorliegenden Fall hat der Beklagte die Klägerin kontinuierlich und regelmäßig beschäftigt. Musiker, die in diesem Umfang und mit dieser Regelmäßigkeit zu Orchesterdiensten herangezogen werden, sind Arbeitnehmer. Durch die praktische Handhabung der Vertragsbeziehungen hat der Beklagte über die Arbeitskraft der Klägerin wie ein Arbeitgeber verfügt. Er konnte sicher sein, daß die Klägerin immer dann zur Verfügung stand, wenn er sie benötigte. Unerheblich ist demgegenüber, wie es jeweils zu den einzelnen Dienstleistungen gekommen ist, ob die Klägerin von vornherein eingeteilt wurde, oder ob sie von sich aus wöchentlich vorgesprochen hatte. Entscheidend ist, daß sich beide Parteien auf eine kontinuierliche Mitarbeit der Klägerin verständigt hatten, und zwar für alle Fälle, in denen ihre Mitwirkung erforderlich war (vgl. dazu bereits das Urteil des Senats BAG 25, 505 [509/510] = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu II 2 b der Gründe]).

Es kommt hinzu, daß sich die für ein Arbeitsverhältnis typische spezifische persönliche Abhängigkeit der Klägerin darin zeigt, daß sie ihre Arbeitsleistung dem Sender fremdnützig zur Verwertung nach dessen Programmplanung überlassen mußte. Auch das ist ein Kriterium, das der Senat in seiner jüngsten Rechtsprechung für wesentlich erachtet hat (vgl. das bereits erwähnte Urteil vom 15. März 1978 - 5 AZR 819/76 -, dort auch die weitere Begründung [zu B II 1 und 2 der Gründe] und das Urteil des Senats vom 23. April 1980 - 5 AZR 426/79 - [demnächst] AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Drehbuchautor und Regisseur] - [zu II 3 der Gründe]).



Was das Berufungsgericht gegen ein Arbeitsverhältnis anführt, kann in diesem Zusammenhang nicht überzeugen. Diese Erwägungen können allenfalls gegen ein Dauerarbeitsverhältnis, nicht aber gegen ein Arbeitsverhältnis überhaupt sprechen.

2. Dem Berufungsgericht ist darin beizupflichten, daß der Beklagte das mit der Klägerin begründete Arbeitsverhältnis unter die auflösende Bedingung stellen durfte, daß sie erfolgreich ihr Vorspiel bestand. Der Beklagte hat die Einstellung der Klägerin als Musikerin in einem Dauerarbeitsverhältnis von ihrer künstlerischen Qualifikation und von der Zustimmung der Mehrheit aller Orchestermitglieder abhängig gemacht. Ein solches Verfahren entspricht, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, dem Sinn der tariflichen Regelung. Die Klägerin hat sich auf dieses Bewerbungsverfahren eingelassen. Ihr war, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, diese Handhabung bekannt.

Das Orchester hat nach dem eigenen Vortrag der Klägerin bisher nicht zugestimmt. Trotz unterschiedlicher Darstellung über die Vorgänge beim zweiten Vorspiel am 31. Mai 1976 steht nach dem unstreitigen Vortrag beider Parteien fest, daß das Vorspiel nach dem ersten Durchgang abgebrochen wurde. Zu einer abschließenden Willensbildung des Orchesters ist es daher nicht gekommen. Nur daraus ist auch zu erklären, daß sich die Klägerin um ein drittes Vorspiel bewarb.

3.a) Der Beklagte durfte sich aber im Februar 1977 nicht mehr auf die fehlende Zustimmung des Orchesters berufen.



Es ist vom Berufungsgericht nicht aufgeklärt worden, ob der Beklagte die Klägerin nach dem zweiten Vorspiel am 31. Mai 1976 mit oder ohne Vorbehalt eines weiteren erfolgreichen Vorspiels weiter beschäftigte. Hätte er die Klägerin ohne Vorbehalt weiterhin zu Orchesterdiensten herangezogen, hätte die Klägerin davon ausgehen dürfen, daß es dem Beklagten nicht mehr auf die zunächst geforderte Zustimmung des Orchesters ankam. Es wäre dann ein Dauerarbeitsverhältnis zustande gekommen.

Die gleiche Rechtsfolge ergibt sich aber auch dann, wenn der Beklagte, wie er behauptet hat, den Vorbehalt, das Orchester müsse vor einer endgültigen Einstellung zustimmen, aufrechterhalten hätte. Wenn der Beklagte auf einer Zustimmung des Orchesters bestand, hätte er unverzüglich die Voraussetzungen für ein weiteres Vorspiel der Klägerin schaffen müssen. Er durfte den dritten Termin für das Vorspiel nicht noch einmal um acht Monate hinauschieben, sondern mußte sich entweder am 31. Mai 1976 oder zumindest in unmittelbarem zeitlichem Anschluß daran endgültig entscheiden. Wenn der Beklagte ein weiteres Vorspiel nicht abhielt, war in entsprechender Anwendung von § 162 Abs. 1 BGB ein etwaiger Vorbehalt, das Orchester müsse noch zustimmen, hinfällig.

b) Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, die Klägerin habe die Probezeit noch nicht bestanden. Er hatte die Klägerin im Mai 1976 schon ein Jahr erprobt; seit Mai 1975 hatte er sie intensiver beschäftigt. Der Beklagte hatte daher eine ausreichende Grundlage, um ihre Eignung zu beurteilen (vgl. dazu BAG AP Nr. 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht [zu



6 der Gründe]). Die Probezeit insgesamt muß in einem vernünftigen zeitlichen Rahmen bleiben. Im allgemeinen müssen sechs Monate Probezeit für die Beurteilung ausreichen. Bei Musikern, deren künstlerische Eignung und Leistung schwerer zu beurteilen ist, kann der Arbeitgeber auch eine längere Probezeit vereinbaren. Sie darf aber in der Regel ein Jahr insgesamt nicht überschreiten. Der Arbeitgeber muß auf die Interessen seiner Arbeitnehmer Rücksicht nehmen. Sie müssen spätestens nach einem Jahr wissen, ob sie mit ihrer Bewerbung Erfolg haben oder nicht. Eine Ablehnung mag zwar bei dem einen oder anderen Bewerber zu wirtschaftlichen Schwierigkeiten führen. Im allgemeinen ist eine klare Entscheidung dem ungewissen Schwebezustand vorzuziehen. Sie ermöglicht es dem Bewerber, sich anderweit beruflich zu orientieren (vgl. dazu BAG AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu I 2 der Gründe]). Deshalb konnte nach dem 31. Mai 1976 der Erprobungszweck eine weitere Befristung des Arbeitsvertrages nicht mehr rechtfertigen.

Daran ändert nichts, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts der Orchester Vorstand den zuständigen Abteilungsleiter des Beklagten im Herbst 1976 gebeten hatte, die Klägerin nur noch in begrenzterem Umfang und bei einer leichter zu bewältigenden Literatur einzusetzen. Es kann offen bleiben, ob der Klägerin diese Vorbehalte bekannt gegeben wurden. Sie entbanden den Beklagten nicht von seiner Verpflichtung, das eingeleitete Bewerbungsverfahren zeitgerecht abzuwickeln.

4. Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß das Arbeitsverhältnis nur Aushilfs-



charakter gehabt habe und deshalb befristet gewesen sei. Zwar sind zeitlich befristete Aushilfsarbeitsverträge möglich; solche Verträge können auch unter eine auflösende Bedingung gestellt werden (vgl. BAG 12, 328 [332 f.] = AP Nr. 22 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu I 1 c der Gründe]). Dagegen ist es nicht zulässig, daß der Träger eines Orchesters das Arbeitsverhältnis unter die Bedingung stellt, daß es "vakante Stellen gebe", daß "Orchestermitglieder fehlten" oder daß "das Orchester aus künstlerischen Gründen erweitert" werden müsse. Jeder dieser Tatbestände mag für sich allein genommen die Befristung eines für den jeweiligen Zweck benötigten Aushilfsarbeitsverhältnisses rechtfertigen. Ein befristetes Arbeitsverhältnis kann aber nicht sozusagen als "Daueraushilfe" für derartige immer wieder auftretende Fälle vereinbart werden. Eine solche Handhabung führt auf Seiten des Arbeitnehmers zu einer nicht mehr tragbaren Ungewißheit. Auf Seiten des Arbeitgebers fehlt ein vernünftiges Interesse. Der verantwortliche Träger kann bei vorausschauender Planung erkennen, daß für ein größeres Orchester aus den genannten Gründen immer wieder zusätzliche Musiker gebraucht werden. Er muß deshalb von vornherein für diese Fälle Vorsorge in der Weise treffen, daß er für eine ständige ausreichende Besetzung des Orchesters sorgt. Das ist im Medienbereich nicht anders als in der gewerblichen Wirtschaft. Auch im privatwirtschaftlichen Bereich muß der Arbeitgeber durch vorausschauende Personalplanung mit einem immer wieder auftretenden Bedarf an zusätzlichen Arbeitskräften fertig werden. Im übrigen ist nicht ersichtlich, daß im Februar 1977 der bis dahin bestehende Bedarf an "Aushilfen" entfallen wäre.



- 12 -

5. Nach alledem war jedenfalls im Februar 1977 ein Dauerarbeitsverhältnis entstanden. Das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil muß deshalb wiederhergestellt werden.

gez.: Dr. Hilger Dr. Heither Matthes

Dr. Florack Scherer

