

**6 Sa 605/12**  
8 Ca 12227/11  
(ArbG München)

Verkündet am: 09.04.2013

Kreßler  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

H.

Klägerin und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin ....

gegen

B.  
CStraße, AStadt

Beklagter und Berufungskläger

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte G.  
GStraße, GStadt

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. März 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Künzl und die ehrenamtlichen Richter Gottsmann und Gil

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 25. Juni 2012 – 8 Ca 12227/11 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.**
  
- 2. Die Revision wird zugelassen.**

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten um die Qualifizierung des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis oder freies Mitarbeiterverhältnis und um betriebliche Altersversorgung.

Die Klägerin, geb. am 11. Nov. 1946, war zwischen September 1972 und April 1982 zuletzt als Cutterin beim Beklagten zuletzt in einem Anstellungsverhältnis beschäftigt (damaliger Arbeitsvertrag, Bl. 258 ff. d. A.). Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung, da die Klägerin Mutter geworden war. Ab 12. Feb. 1985 wurde sie erneut für den Beklagten als Cutterin tätig, wobei allerdings kein schriftlicher (Arbeits)Vertrag geschlossen worden war. Die Klägerin wurde als „Gagenempfängerin“ geführt.

Sie gehörte dem Produktionsbetrieb der Beklagten und darin der Postproduktion, Editing/Endfertigung an. Ihre Tätigkeit entsprach der Richtpostenbeschreibung des Beklagten für Filmcutter B und C vom 8. Juli 1976 (Anlage K 7, Bl. 305 ff. d. A.). Sie arbeitete in den Räumen des Beklagten und war auf eigenen Wunsch nicht beim Schnitt kurzer Beiträge, sondern nur solcher von 20 bis 45 Minuten Länge eingesetzt worden.

Ab 11. Nov. 2011 war die Klägerin mit Erreichen des 65. Lebensjahres in Ruhestand getreten.

Mit ihrer am 27. Okt. 2011 beim Arbeitsgericht München eingegangenen und dem Beklagten am 10. Nov. 2011 zugestellten Klage vom 27. Okt. 2011 macht die Klägerin das Be-

stehen eines Arbeitsverhältnisses und – für den Fall ihres Obsiegens – Leistungen aus der Altersversorgung des Beklagten geltend.

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, sie sei tatsächlich Arbeitnehmerin. Sie habe zumeist erst Donnerstag oder Freitag der Vorwoche erfahren, wie sie in der Folgewoche hatte arbeiten sollen. Sie sei wie die fest angestellten Cutter in den Dienstplänen des Beklagten aufgeführt worden und habe ihre Arbeitsleistung zu den vorgegebenen Zeiten erbracht. Die Dienstpläne habe der/die jeweils zuständige Personaldisponent/in einseitig vorgegeben. Sie habe von den Arbeitseinsätzen telefonisch oder durch Einsicht in den aushängenden Dienstplan Kenntnis genommen. Wegen der oft kurzfristigen Arbeitseinteilung sei eine ständige Einsatzbereitschaft von ihr erwartet worden. Im Rahmen ihrer Einsätze habe sie nicht nur Anweisung der Fachvorgesetzten, sondern auch inhaltliche Vorgaben der beim Beklagten beschäftigten Redakteure und Autoren erhalten und befolgen müssen.

Daneben hat sie die Ansicht vertreten, ihr stehe betriebliche Altersversorgung nach dem Tarifvertrag für die Altersversorgung im B. (TVA) zumindest aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung zu. Dieser komme gegenüber allen Arbeitnehmern, unabhängig von deren gewerkschaftlicher Organisation, zur Anwendung, weswegen auch alle Verträge entsprechende Bezugnahmeklauseln aufwiesen.

Die Klägerin hat erstinstanzlich – soweit hier von Interesse – zuletzt **b e a n t r a g t**,

- I. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit 12. Februar 1985001 ein Arbeitsverhältnis besteht.
- II. für den Fall, dass das Arbeitsgericht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses feststellt,

Es wird festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin bei Eintritt des Versorgungsfalles Leistungen der betrieblichen Altersversorgung nach dem Tarifvertrag über die Altersversorgung im BR (TVA) zu gewähren hat.

Der Beklagte hat **b e a n t r a g t**,

die Klage abzuweisen.

Er hat die Ansicht vertreten, dass zwischen den Parteien nur ein freies Dienstverhältnis bestehe, in dessen Rahmen die Klägerin ihre Dienste erbracht habe.

Er sieht die Tätigkeit einer Cutterin als programmgestaltende Tätigkeit an. In ihrer Tätigkeit, Filmmaterial für die Ausstrahlung der Sendungen passend zusammen zu schneiden, liege sowohl ein vorbereitender als auch ein schöpferischer Akt. Sie beeinflusse dadurch den Inhalt und den Aussagegehalt der Sendungen, indem sie entscheide, welches Material für die Sendung verwendet werde.

Zwar habe es auch für freie Mitarbeiter aus organisatorischen Gründen Dienstpläne gegeben. Doch habe man teilweise sogar Monate vorher bereits bei den betreffenden Mitarbeitern angefragt, ob bestimmte Termine übernommen werden könnten, dann nochmals später, wegen der genauen Einsatzzeiten, dass diese schließlich in den Dienstplan Eingang gefunden hätten. Diese Einsatzzeiten im Dienstplan habe der jeweilige Mitarbeiter im Dienstplan noch mit einem Häkchen versehen müssen.

Auch fehle es an einer inhaltlichen Weisungsgebundenheit, da Cutter ihre eigenen Ideen einbrächten und bei der Entscheidung über die zu verwendenden Bilder jeweils den rhythmischen Punkt treffen müssten. Sie könnten mit der Anwendung und Gestaltung möglicher Effekte zudem bestimmte Stimmungen erzeugen. Demgegenüber komme der örtlichen Weisungsgebundenheit nach Ansicht des Beklagten nur geringe Aussagekraft zu. Es liege in der Natur der Sache, dass die Klägerin auf das technische Equipment des Beklagten sowie das Team zur Aufgabenerledigung angewiesen sei.

Schließlich habe die Klägerin ihr Recht, ein Arbeitsverhältnis feststellen zu lassen, jedenfalls verwirkt. Sie habe jahrelang widerspruchslos ein freies Mitarbeiterverhältnis gelebt.

Die Geltendmachung von Altersversorgung sei treuwidrig. Es fehle an einer Anspruchsgrundlage. Der TVA sei unanwendbar. Der Vortrag, alle Verträge enthielten Bezugnahmeklauseln auf den Tarifvertrag, sei ins Blaue hinein und unsubstanziert erfolgt.

Das Arbeitsgericht München hat mit Teilurteil vom 25. Juni 2012 (Bl. 601 ff. d. A.) ein zwischen den Parteien bestehendes Arbeitsverhältnis und die Verpflichtung des Beklagten festgestellt, der Klägerin eine betriebliche Altersversorgung nach TVA zu gewähren. Wegen des unstreitigen und des streitigen Sachvortrags der Parteien im Übrigen und die

rechtlichen Erwägungen des Erstgerichts im Einzelnen wird auf diese Entscheidung Bezug genommen.

Im Wesentlichen begründet das Arbeitsgericht seine Entscheidung dahingehend, das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses folge aus den vertraglichen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages. Soweit beide sich widersprüchen, komme es auf die praktische Vertragsdurchführung an. Anhand der einzelnen Kriterien, die zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses nicht sämtliche erfüllt sein müssten, ergebe sich eine in persönlicher Abhängigkeit erbrachte Arbeitsleistung der Klägerin. Sie sei hinsichtlich ihrer Tätigkeit inhaltlich weisungsgebunden gewesen, was sich insbesondere auch in der Schlussabnahme durch die Redakteure zeige. Die größere oder kleinere Freiheit hinsichtlich der Schneidetechniken oder Effekte sei jedenfalls durch Vorgaben begrenzt gewesen. Zwar habe sie entscheiden können, wie sie den rhythmischen Punkt bei ihrer Arbeit treffe; welchen sie treffen müsse, sei aber ebenso vorgegeben. Ferner sei die Klägerin örtlich weisungsgebunden und in die Betriebsorganisation des Beklagten eingegliedert gewesen.

In zeitlicher Hinsicht sei sie einerseits frei gewesen, Aufträge abzulehnen, andererseits habe sie sich mit der Übernahme eines Auftrages auch zeitlich gebunden. Zwar habe eine gewisse Dispositionsmöglichkeit der Klägerin in zeitlicher Hinsicht bestanden, da auch teilweise telefonisch angefragt worden sei, ob sie einen bestimmten Auftrag übernehmen könne. Darüber hinausgehend sei die zeitliche Disponibilität umstritten, aber auch im Ergebnis unerheblich. In der Gesamtschau überwiege die persönliche Abhängigkeit. Diese Bewertung müsse nicht im Hinblick auf die verfassungsrechtlich garantierte Rundfunkfreiheit überprüft werden.

Die Klärung ihres Vertragsverhältnisses sei nicht verwirkt. Zwar habe die Klägerin eine lange Zeit nichts gegen die behauptete freie Mitarbeit unternommen. Doch fehle es an einem erforderlichen Umstandsmoment.

Schließlich habe die Klägerin als Arbeitnehmerin auch Anspruch auf die betriebliche Altersversorgung nach TVA. Dieser finde kraft Gleichbehandlungsgrundsatz Anwendung. Auch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer erhielten nach diesem Altersversorgung gewährt.

Gegen dieses ihm am 4. Juli 2012 zugestellte Urteil hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 17. Juli 2012, der am selben Tag beim Landesarbeitsgericht München per Telefax einge-

gangen war, Berufung eingelegt und diese nach der auf seinen Antrag vom 31. Aug. 2012 hin (Bl. 675 d. A.) erfolgten Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 4. Okt. 2012, (Bl. 676 d. A.), mit Schriftsatz vom 1. Okt. 2012, der am selben Tag per Telefax eingegangen war, begründet.

Er ist der Ansicht, die Tätigkeit der Klägerin sei in freier Mitarbeit erbracht worden. Zwar sei das Arbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass das Maß der persönlichen Anhängigkeit für die Differenzierung der beiden Vertragstypen ankomme und dabei die Unterscheidung zwischen programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden Mitarbeitern unerheblich sei. Fehlerhaft habe es jedoch „in der Gesamtschau“ festgestellt, dass ein Arbeitsverhältnis vorliege.

Das Arbeitsgericht habe rechtsfehlerhaft seinen umfangreichen Vortrag zur fehlenden inhaltlichen und fachlichen Weisungsgebundenheit bei seinen Wertungen außer Acht gelassen. So sei nicht berücksichtigt worden, dass die Klägerin keinem fachlichen Weisungsrecht unterliege. Gerade die Auswahl der Arbeitstechniken bei Ausübung ihrer Tätigkeit bilde den Kern der Verrichtungen. Die Freiheit in diesem Bereich bedinge die Weisungsfreiheit. Ferner habe das Arbeitsgericht zu Unrecht auch die örtliche Weisungsgebundenheit und ihre Eingliederung in die Betriebsorganisation berücksichtigt und damit den Grundsatz der Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles verletzt. Arbeitsort und Eingliederung in die Organisation ergäben sich aus der Natur der Sache. Die sozialversicherungsrechtliche Behandlung ergebe ebenso nicht hinsichtlich eines Arbeitsverhältnisses.

Die zeitliche Weisungsgebundenheit folge aus der Übernahme eines Auftrages. Hieraus ergebe sich kein Indiz für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft. Die Dienste seien der Klägerin nicht ohne vorherige Rücksprache übertragen worden; sie hätte die Möglichkeit gehabt, Aufträge abzulehnen.

Ferner hält der Beklagte den Anspruch der Klägerin auf Feststellung ihres Status jedenfalls für verwirkt. Sie habe die tatsächliche Vertragsdurchführung jahrelang widerspruchlos hingenommen, woraus ein schützenswerter Vertrauenstatbestand seinerseits entstanden sei. Die Annahme des Arbeitsgerichts, Nichtstun sei kein positives Verhalten, an dem sein Vertrauen anknüpfen könne, seien verfehlt.

Schließlich stehe der Klägerin, wie er meint, kein Anspruch auf eine betriebliche Altersversorgung zu, da sie in keinem Arbeitsverhältnis beschäftigt sei. Doch selbst wenn man ein solches annehmen wollte, bestünde auch unter Berücksichtigung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes keine entsprechende Anwartschaft. Sie habe ohne Weiteres und ohne Verletzung der Gleichbehandlung die Gruppe der sog. „Gagenempfänger“, zu welcher die Klägerin rechne und für die ein eigener Tarifvertrag (vom 25. Mai/3. Juni 1992) bestehe, der keine Altersversorgung vorsehe, von ihrer geübten Praxis ausnehmen dürfen.

Eine betriebliche Übung, nach der er den TVA auf alle bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer anwende, bestehe nicht; auf „Gagenempfänger“ wende er ihn nicht an.

Er **b e a n t r a g t**:

**Das Urteil des Arbeitsgerichts München, Az. 8 Ca 12227/11, vom 25. Juni 2012 wird abgeändert und die Klage abgewiesen.**

Die Klägerin **b e a n t r a g t**,

**die Berufung zurückzuweisen.**

Sie verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Das Arbeitsgericht habe sie zutreffend als Arbeitnehmerin qualifiziert. Sie zähle nicht zu den programmgestaltenden Mitarbeitern, für die nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts eine Vermutung bestehe, dass sie im Arbeitsverhältnis beschäftigt seien. Ebenso sei die Feststellung des Arbeitsgerichts, der Klägerin stünden im Versorgungsfall Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu, nicht zu beanstanden.

Die üblichen Abgrenzungskriterien bestätigten, wie sie meint, ihre Einordnung als Arbeitnehmerin. Sie sei in den Betrieb des Beklagten eingegliedert, da sie auf den technischen Apparat und das Team angewiesen sei. Ebenso sei sie in örtlicher Hinsicht weisungsgebunden. Die fachliche Weisungsgebundenheit sei – nach ihrer Ansicht – ebenso, insbesondere nach der Richtpostenbeschreibung, gegeben. Sie habe nicht nur die Anweisungen ihrer Fachvorgesetzten, sondern auch inhaltliche Vorgaben der Autoren zu befolgen und umzusetzen. Schließlich unterliege sie auch in zeitlicher Hinsicht den Weisungen des Beklagten. Dieser komme nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern ohnehin nur eine indizielle Wirkung zu. In concreto ergebe sich

diese aus ihrer Hereinnahme in Dienstpläne, die der Beklagte auch für Angestellte nutze. Sie werde in gleicher Weise wie angestellte Cutter disponiert. Aus der kurzfristigen Auslegung der Dienstpläne sei zu ersehen, dass man von ihr auch die jederzeitige Einsatzbereitschaft erwarte. Regelmäßig habe man sie ohne vorherige Anfrage in den Dienstplänen eingeteilt. Hinzu komme die sozialversicherungsrechtliche Behandlung ihrer Person, die auf eine Arbeitnehmerstellung hindeute.

Eine Verwirkung des Feststellungsbegehrens sei nicht gegeben. Erst bei Schaffen eines schützenswerten Vertrauenstatbestandes könnte die Rechtsausübung als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Solches liege aber allenfalls in krassen Ausnahmefällen, nicht aber dem Vorliegenden vor.

Hinsichtlich der Altersversorgung ist sie der Ansicht, die Anwendung des TVA ergebe sich bereits aus der vertraglichen Vereinbarung; während der früheren Beschäftigung beim Beklagten habe man ihr eine Versorgungszusage gegeben. Im – damaligen – schriftlichen Arbeitsvertrag sei zudem auf den Tarifvertrag Bezug genommen gewesen. Auch sei sie im Zeitpunkt ihres Wiedereintritts im Februar 1985 beim Beklagten Gewerkschaftsmitglied gewesen. Der nachfolgende Gewerkschafts Austritt im Jahr 2005 schade nicht, da die Tarifbindung nach § 3 TVG erhalten bleibe, bis der Tarifvertrag ende. Zudem gewähre der Beklagte allen Arbeitnehmern Leistungen nach dem TVA.

Das Gericht hat durch Einvernahme der Zeugen A., D., B., E. und F. Beweis erhoben. Wegen des Beweisthemas wird auf Bl. 791 d. A., wegen des Beweisergebnisses auf Bl. 864 ff. d. A. Bezug genommen.

Wegen des Sachvortrags der Parteien im Einzelnen wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 27. Okt. 2011 (Bl. 27 ff. d. A.), vom 20. Apr. 2012 (Bl. 436 ff. d. A.), vom 5. Nov. 2012 (Bl. 719 ff. d. A.), vom 17. Dez. 2012 (Bl. 768 ff. d. A.), vom 14. Jan. 2013 (Bl. 793 ff. d. A.) und vom 19. März 2013 (Bl. 845 ff. d. A.), des Beklagten vom 30. Jan. 2012 (Bl. 400 ff. d. A.), vom 1. Juni 2012 (Bl. 599 ff. d. A.), vom 1. Okt. 2012 (Bl. 689 ff. d. A.), vom 8. Jan. 2013 (Bl. 778 ff. d. A.) und vom 8. März 2013 (Bl. 826 ff. d. A.) sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 4. Juni 2012 (Bl. 597 f. d. A.), vom 15. Jan. 2013 (Bl. 789 ff. d. A.) und vom 26. März 2013 (Bl. 863 ff. d. A.) Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe:

Die statthafte Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

**A.** Die Berufung ist zulässig.

Die Berufung ist nach § 64 Abs. 1, 2c ArbGG statthaft sowie in rechter Form und Frist eingelegt und begründet worden (§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 519 Abs. 2, § 520 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 66 Abs. 1 Sätze 1, 2, 5 ArbGG, § 222 ZPO).

**B.** In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.

**I.** Das Arbeitsgericht hat zu Recht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt, ebenso die Anwartschaft der Klägerin auf Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung bei Eintritt des Versorgungsfalles. Vorweg wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen des arbeitsgerichtlichen Urteils Bezug genommen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Ergänzend ist auszuführen:

**1.** Nach den Grundsätzen, insbesondere des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters, ist vorliegend von einem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien auszugehen.

**a.** Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich danach nach dem Grad der persönlichen Abhängigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines Anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht des Dienstberechtigten kann sich auf den Inhalt, die Durchführung und die Art sowie die Zeit (Lage und Dauer) und den Ort der Tätigkeit beziehen. Danach ist derjenige Mitarbeiter als Arbeitnehmer anzusehen, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. auch § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB).

Welcher der beiden Vertragstypen vorliegt, bestimmt sich nicht nach der Bezeichnung des Vertrages, sondern nach dem wirklichen Geschäftsinhalt. Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien für ihr Vertragsverhältnis eine bestimmte (andere) Bezeichnung wählen. Der maß-

gebende objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung kommt es auf letztere an (vgl. nur BAG v. 20. 5. 2009 – 5 AZR 31/08, NZARR 2010, 172 m.w.N.; LAG München v. 11. 6. 2010 – 5 Sa 582/09, juris).

Für den Grad der persönlichen Abhängigkeit spielt auch die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit eine Rolle, ohne dass sich abstrakte und für alle Arbeitsverhältnisse gültige Kriterien aufstellen ließen. Dabei ist zu sehen, dass sich nahezu alle Tätigkeiten sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses erbringen lassen. Demnach kann der Schluss auf ein bestehendes Arbeitsverhältnisses auch aus Art oder Organisation der Tätigkeit gezogen werden. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an (BAG v. 11. 3. 1998 – 5 AZR 522/96, NZA 1998, 705; LAG München v. 11. 6. 2010, a.a.O.), ohne dass dabei stets sämtliche als idealtypisch erkannten, d. h. den Typus kennzeichnenden Merkmale (Indizien) vorliegen müssten. Diese können jeweils in unterschiedlichem Maße und verschiedener Intensität gegeben sein und haben je für sich genommen nur die Bedeutung von Anzeichen oder Indizien. Maßgeblich ist jeweils ihre Verbindung, also die Intensität und die Häufigkeit ihres Auftretens im konkreten Einzelfall; im Ergebnis kommt es auf das Gesamtbild der jeweiligen Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung an (vgl. BVerfG v. 20. 5. 1996 – 1 BvR 21/96, NZA 1996, 1063).

**b.** Vorstehende Grundsätze gelten in gleicher Weise im Bereich Funk und Fernsehen. Allerdings kommt es dort zudem auf die Unterscheidung zwischen programmgestaltenden Tätigkeiten (nachfolgend aa.) und solchen, bei denen der Zusammenhang mit der Programmgestaltung fehlt (nachfolgend bb.), an. Die Differenzierung zwischen den beiden Gruppen nimmt das auf der Grundlage seiner typologischen Methode (z.B. BAG v. 30. 4. 19870 – 5 AZR 426/79, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 21; vgl. nachfolgend cc.) vor.

**aa.** Im Bereich der programmgestaltenden Mitarbeit sind freie Mitarbeiterverhältnisse häufiger, allerdings auch nicht ausschließlich, anzutreffen. Denn bei diesen Mitarbeitern ist im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG regelmäßig eine fallbezogene Abwägung zwi-

schen der Bedeutung der Rundfunkfreiheit auf der einen und dem Rang der von den Normen des Arbeitsrechts geschützten Rechtsgüter auf der anderen Seite geboten (vgl. insbes. BVerfG v. 13. 1. 1982 – 1 BvR 848/77, NJW 1982, 1447). Es gilt, das Recht der Rundfunkanstalten, programmgestaltende Mitarbeiter frei von fremder Einflussnahme bezüglich der Auswahl, der Einstellung und der Beschäftigung zu bestimmen, angemessen zu berücksichtigen. Doch kann auch hier entgegen einer ausdrücklich getroffenen Vereinbarung ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn der/die betreffende Mitarbeiter/in weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegt und so nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibt und der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung verfügen kann (BAG v. 14. 3. 2007 – 5 AZR 499/06, NZARR 2007, 424; LAG München v. 11. 6. 2010, a.a.O.). Von Letzterem ist insbesondere dann auszugehen, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet oder der/die Mitarbeiter/in in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, die Arbeiten somit als letztlich zugewiesen werden (BAG v. 19. 1. 2000 – 5 AZR 644/98, NZA 2000, 1102; LAG München v. 11. 6. 2010, a.a.O.; LAG München v. 24. 1. 2012 – 6 Sa 411/11).

**bb.** Demgegenüber werden nicht programmgestaltende Tätigkeiten, also Tätigkeiten im Rahmen der sonstigen Mitarbeit an Radio und Rundfunksendungen, in der Regel im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchgeführt. Nur in Ausnahmefällen bleibt die Vereinbarung eines freien Mitarbeiterverhältnisses möglich (BAG v. 11. 3. 1998, a.a.O.; BAG v. 30. 11. 1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622; BAG v. 20. 7. 1994 – 5 AZR 627/93, NZA 1995, 161; BAG v. 16. 2. 1994 – 5 AZR 402/93, NZA 1995, 21; LAG München v. 11. 6. 2010, 24. 1. 2012, jeweils a.a.O.).

**cc.** Das Bundesarbeitsgericht hält bei programmgestaltenden Mitarbeitern auf der Basis seiner typologischen Methode (vgl. BAG v. 23. 4. 1980, a.a.O.) die typischen Merkmale einer Eingliederung für nicht entscheidend. Allerdings kann daraus keineswegs geschlossen werden, es käme auf diese Merkmale bei diesem Personenkreis im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung nicht an. So hat das Bundesarbeitsgericht bei programmgestaltenden Mitarbeitern aus dem Angewiesensein auf Mitarbeiter und technische Einrichtungen des Senders keinen Umstand entnommen, der auf eine Eingliederung und persönliche Abhängigkeit schließen ließe (vgl. BAG v. 19.01.2000, a.a.O.); ebenso seien die Einbindung in ein festes Programmschema und die Vorgabe eines Programm-

verlaufs oder die Anwesenheit zu feststehenden Zeiten bzw. die notwendige Teilnahme an zeitlich festgelegten Abstimmungskonferenzen (BAG v. 20. 5. 2009, a.a.O.), Status begründend. Infolge des Charakters ihrer Tätigkeit liege das Augenmerk der Prüfung bei programmgestaltenden Mitarbeitern insbesondere darauf, ob sie trotz Programmgestaltung weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterlägen und ihnen nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibe und ob der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über ihre Arbeitsleistung verfügen könne (BAG v. 20. 5. 2009, a.a.O.).

Dagegen nimmt das Bundesarbeitsgericht bei nicht programmgestaltender, aber rundfunk und fernsehtypischer Mitarbeit im Sendebetrieb an, diese lasse sich in der Regel nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses durchführen. Die Mitarbeiter seien im Rahmen ihrer Tätigkeit weitestgehend organisatorisch eingegliedert, erhielten typischerweise Weisungen zum Inhalt ihrer Tätigkeit, bekämen den Ort (das Studio) zugewiesen, könnten ihre Arbeit nicht frei zeitlich gestalten, sondern seien an den Sendeablauf gebunden, ohne weitestgehend weisungsfrei ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung einzubringen. Deswegen liege bei einer nicht programmgestaltenden, aber rundfunk und fernsehtypischen Mitarbeit an Sendungen nur in Ausnahmefällen ein freies Mitarbeiterverhältnis vor. Die Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft eines Fernsehansagers (BAG v. 14. 6. 1989 – 5 AZR 246/88, juris) und eines Rundfunksprechers (BAG v. 13. 6. 1990 – 5 AZR 419/89, RzK I 4a Nr. 32) bezeichnet das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 30. 11. 1994 (a.a.O.) deshalb ausdrücklich als Einzelfälle mit besonders gelagerten Sachverhalten.

Nach dem Vorstehenden kommt der Aufstellung von Dienstplänen für die Arbeitnehmereigenschaft von programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden Mitarbeitern unterschiedliche Bedeutung zu. So handelt es sich bei der Aufnahme eines programmgestaltenden Mitarbeiters in einen Dienstplan um ein wesentliches Indiz für die Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft dieser Person, da der Sender durch einseitige Aufstellung von Dienstplänen ein Weisungsrecht hinsichtlich der Arbeitszeit ausübt. Demgegenüber kann dem bei nicht programmgestaltender Mitarbeit allein ein zusätzliches Indiz von geringer Bedeutung für die Arbeitnehmerstellung entnommen werden. Hier kommt es primär

auf die Art der zu verrichtenden Tätigkeit an (BAG v. 11. 3. 1998, a.a.O.; ebenso LAG München v. 11. 6. 2010, 24. 1. 2012, jeweils a.a.O.).

**2.** Die Klägerin wird als Cutterin fernsehtypisch bei der Herstellung von Sendungen eingesetzt; sie ist allerdings keine programmgestaltende Mitarbeiterin, sondern wirkt allein technisch bei der Verwirklichung des Programms mit.

**a.** Programmgestaltende Mitarbeiter geben typischerweise ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen bzw. Themen wieder bzw. bringen ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung ein, wie etwa bei Regisseuren, Moderatoren, Kommentatoren, Wissenschaftlern und Künstlern. Dazu rechnen nicht das betriebstechnische und das Verwaltungspersonal sowie diejenigen Personen, die zwar bei der Programmverwirklichung mitwirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss darauf haben (BVerfG v. 13. 1. 1982, a.a.O.; BAG v. 20. 5. 2009, a.a.O.).

**b.** Dagegen übte die Klägerin als Cutterin keine programmgestaltende Tätigkeit aus. Sie wirkte allein technisch an der Verwirklichung des jeweiligen Programms mit, ohne Einfluss auf dessen Inhalt zu haben. Zwar ist nicht in Abrede zu stellen, dass sie bei der Gestaltung von Filmbeiträgen für eine Sendung auch gewisse künstlerische Fähigkeiten und Fertigkeiten benötigte und diese auch zum Gelingen des Beitrags einzubringen hatte. Doch stellte sich ihre Tätigkeit im Ergebnis lediglich als technische Mitwirkung an der Erstellung des Beitrages dar. Mit der auch als künstlerisch apostrophierten Tätigkeit, wie nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 13. 1. 1982 (a.a.O.) erforderlich, brachte sie keine eigenen Ansicht zu u.a. künstlerischen Sachfragen bzw. ihre Fachkenntnisse und Informationen bzw. ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung ein. Die jeweilige Sendung, an der sie mitgewirkt hatte, verantwortete letztlich stets der Autor. Ein Cutter bringt ggf. seine Fähigkeiten bei der Gestaltung der Sendung mit ein. Er kann Vorschläge machen, wie Filmsequenzen am Besten zusammengestellt und geschnitten werden. Auch wenn man den künstlerischen Aspekt der Tätigkeit eines Cutters betont, so steht dieser künstlerische Teil nicht – wie erforderlich – auf derselben Ebene wie eine „journalistischschöpferische“ Tätigkeit, die einen programmgestaltenden Mitarbeiter ausmacht (vgl. BAG v. 30. 11. 1994, a.a.O.). Einem Cutter steht es nicht zu, den Inhalt der von Redakteur oder Autor beabsichtigten

Aussage des jeweiligen Filmbeitrages zu verändern. Seine Leistung ist damit stets nur eine (technische) Zuarbeit, die Mithilfe an der Verwirklichung des durch eine andere Person auch inhaltlich verbindlich vorgegebenen Beitrags. Das Einbringen einer eigenen Meinung ist allein durch die verbindlich zu beachtenden Vorgaben bereits ausgeschlossen. Die Aussage eines Beitrags stammt nicht vom Cutter, sondern wird von einem Dritten (Redakteur/Autor) vorgegeben und ist vom Cutterin umzusetzen. Insbesondere ist es nicht möglich, z.B. bei der Zusammenstellung bestimmter Sequenzen eines Interviews andere als die vom Redakteur gewählten und gewollten Szenen wegen des dort schöneren Hintergrundes zu wählen, wenn darin die vorgegebenen und vom Redakteur für den Beitrag ausgewählten Aussagen nicht vorkommen.

**3.** Die Klägerin ist nach Ansicht der Kammer im Rahmen einer Gesamtwürdigung als Arbeitnehmerin anzusehen. Der denkbare Ausnahmefall einer freien Mitarbeit im Bereich der nicht programmgestaltenden Tätigkeit ist nicht gegeben. Von einem differenzierenden Bild bei der Disposition über die zeitliche Gebundenheit abgesehen, liegen alle eine Arbeitnehmereigenschaft ausmachenden typisierenden Merkmale vor. Dabei kommt es, wie der Beklagte zutreffend ausführt, nicht auf die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen an. Dabei handelt es sich auch nicht um ein sehr untergeordnetes Kriterium für die rechtliche Einordnung des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses, da diese Verpflichtung entweder aus der Arbeitnehmerstellung oder – bei freier Mitarbeit – aus dem Tarifvertrag des Beklagten für freie Mitarbeiter resultiert.

**a.** Die Klägerin ist in fachlicher Hinsicht weisungsgebunden. Sie hat im Rahmen ihres Einsatzes inhaltliche und – ungeachtet der Frage der Verpflichtung zur Übernahme eines Auftrages (dazu nachfolgend d. aa.) – zeitliche Vorgaben des jeweiligen Redakteurs oder Autors einzuhalten. Beim Autor liegt hingegen unbestrittenermaßen die Letztverantwortung für den jeweiligen Beitrag. Demzufolge hat die Klägerin auch deren Vorgaben in inhaltlicher Hinsicht – hinsichtlich des zu schneidenden Bildmaterials – wie auch zeitlich – hinsichtlich der Fertigstellung des Beitrages oder Beitragsteiles – zu beachten und einzuhalten.

Wenn der Beklagte eine fachliche Weisungsgebundenheit der Klägerin bestreitet, so trifft der Einwand des Beklagten allein insoweit zu, als es um die Art und Weise der Erledigung der der Klägerin obliegenden Arbeitsaufgabe geht. Wie sie das Filmmaterial (technisch)

bearbeitet, betrifft grundsätzlich die ihr allein obliegende Entscheidung hinsichtlich der Wahl der jeweils am Besten geeigneten Arbeitstechnik. Die Weisungsunterworfenheit in fachlicher Hinsicht betrifft demgegenüber – und dagegen bringt der Beklagte nicht Erhebliches vor – auch die Vorgabe, welche Teile des Filmmaterials für die beabsichtigte Sendung verwendet werden soll. Hier ist die Klägerin gerade nicht frei, aus ihrer Sicht ästhetischer Teile des ihr vorliegenden Filmmaterials zu verwenden, wenn dadurch die vom Redakteur oder Autor beabsichtigte Aussage mit dem Filmausschnitt nicht mehr belegt werden könnte. Aber auch in der Wahl der Technik sind Vorgaben zu beachten (weiche Übergänge oder harte Schnitte), wenn dies der Aussage des jeweiligen Beitrages dient und vom Verantwortlichen so vorgegeben wird.

**b.** Ebenso ist die Klägerin in örtlicher Hinsicht weisungsunterworfen, da sie ihre Tätigkeit nur in den ihr durch den Dienstplan zugewiesenen Studios erbringen kann.

Soweit sich der Beklagte insoweit auf die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 30. 11. 1994 (a.a.O.) beruft, wonach die Abhängigkeit von einem technischen Apparat und/oder einem Team des Senders allein keine Arbeitnehmerstellung zu begründen vermag, so ist dem entgegenzuhalten, dass diese Aussage auf programmgestaltende Mitarbeiter bezogen ist, um welche es sich bei der Klägerin gerade nicht handelt. Zudem wurde diesem Kriterium auch seitens des Arbeitsgerichts kein allein entscheidendes Gewicht beigemessen.

**c.** Die Klägerin ist im Rahmen ihrer Tätigkeit völlig in die Betriebsorganisation des Beklagten eingegliedert. Sie kann ihre Tätigkeit nur dadurch verrichten, dass ihr der Beklagte seine kostspieligen und hoch spezialisierten technischen Einrichtungen zugänglich macht. Zudem ist sie auf die arbeitsorganisatorische Zusammenarbeit mit den anderen im Rahmen der Produktion einer Fernsehsendung eingesetzten Mitarbeitern des Beklagten angewiesen. Daneben wird seitens des Beklagten selbstverständlich erwartet, dass sie ihren Dienst höchstpersönlich erbringt, weswegen sich ihre Tätigkeit im Rahmen eines Einsatzes nicht von der eines festangestellten Cutters unterscheidet.

Dem entspricht es, wenn nach Aussage der Zeugin F. in den Fällen, da ein von einem freien Mitarbeiter verbindlich übernommenes Projekt storniert wird und kein anderer Einsatz zur Verfügung steht, diese Person zunächst in einen freien Raum gesetzt und mit

anderen Arbeiten beschäftigt wird, wie etwa dem Codieren oder Digitalisieren von Kassetten, in der Hoffnung, dass man noch eine Alternativtätigkeit findet. Gerade hieraus folgt aber, dass diese Mitarbeiter die auch inhaltlichen Weisungen des Beklagten Folge zu leisten haben und im Betriebsablauf des Beklagten eingegliedert sind. Denn ein freier Mitarbeiter wäre nicht gehalten, mit ihm nicht vereinbarte Tätigkeiten zu verrichten. Mithin ist auch und gerade dieser Aussage zu entnehmen, dass auch dieser Personenkreis, und damit auch die Klägerin, seitens des Beklagten – ungeachtet der Art und Weise der Kontaktaufnahme vor der Übertragung von Aufträgen – als inhaltlich weisungsgebundene/r Mitarbeiterin oder Mitarbeiter anzusehen ist.

**d.** In zeitlicher Hinsicht kommt der Klägerin eine gewisse Selbstständigkeit zu, indem sie Aufträge auch ablehnen kann. Andererseits wurden und werden „freie“ Cutter, also auch die Klägerin, wie sich aus den übergebenen Unterlagen folgern lässt und wie auch die vernommene Zeugen A., D., B. und E. bekundet hatte, teilweise auch ohne vorherige Rücksprache zur Arbeit eingeteilt. Dem steht die gegenteilige Aussage der Zeugin F. nach der Überzeugung der Kammer nicht entgegen. Schließlich ist auch fest angestellten Cuttern in bestimmtem Umfang möglich, Dienstplanwünsche anzubringen oder angetragene Aufgaben abzulehnen, wie auch die Zeugin F. bestätigte.

**aa.** Soweit die Klägerin für eine Sendung verbindlich eingeteilt ist, sie also den Auftrag – nach der Diktion des Beklagten – übernommen hat, unterliegt sie strikten zeitlichen Vorgaben, die sich bereits aus der Art ihrer Tätigkeit und den Gesetzmäßigkeiten bei der Produktion einer Sendung ergeben. Sie hat regelmäßig keine zeitlichen Dispositionsmöglichkeiten im Rahmen eines Einsatzes. Es ergibt sich bereits aus der Natur der Sache, dass sie nicht festlegen kann, wann sie das ihr übergebene Bildmaterial schneidet und zusammenstellt, insbesondere wenn der Termin für die Ausstrahlung der Sendung bereits feststeht.

Allein die strikte zeitliche Einbindung aus den Gesetzmäßigkeiten bei Erstellung von Radio und Fernsehsendungen kann bei programmgestaltenden Mitarbeitern keine Indizwirkung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses entfalten, da ansonsten typische programmgestaltende Tätigkeit im Sendebetrieb in freier Mitarbeit nicht denkbar wäre. Dies ist allerdings nicht ohne Weiteres auf nicht programmgestaltende Mitarbeiter, denen ein (deutlich) geringerer Einfluss auf die Gestaltung einer Sendung zukommt, übertragbar (so

bereits LAG München v. 11. 6. 2010, a.a.O.). Im Ergebnis hat die Klägerin im Rahmen eines übernommenen Einsatzes ihre Arbeitsleistung ohne nennenswerten zeitlichen Gestaltungsspielraum zu erbringen.

**bb.** Eine stärkere Indizwirkung kommt allerdings der Art und Weise der Übernahme der einzelnen Einsätze durch die Klägerin zu. Denn eine zeitliche Weisungsabhängigkeit ist in diesem Bereich gegeben, wenn der Auftraggeber ständige Dienstbereitschaft erwartet oder wenn ein Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende vorangegangene Vereinbarung herangezogen wird, ihm also die Arbeitseinsätze und die Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ werden. In diesem Zusammenhang erkennt das Bundesarbeitsgericht einen Widerspruch in der einseitigen Aufstellung von Dienstplänen, bei gleichzeitiger Erklärung, diese seien unverbindlich (BAG v. 22. 4. 1998 – 5 AZR 342/97, NZA 1998, 1336). Ebenso sei die Aussage, Mitarbeiter müssten die vorgesehenen Einsätze nicht wahrnehmen, da die Dienstpläne unverbindlich seien und erst in Kraft träten, wenn die Mitarbeiter nicht widersprüchen, lebensfremd (BAG v. 30. 11. 1994 – 5 AZR 704/93, NZA 1995, 622, unter Rz. 39 [juris]). Eine ständige Dienstbereitschaft kann sich allerdings auch aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen der Parteien wie auch aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen ergeben (BAG v. 14. 3. 2007, a.a.O.; LAG München v. 11. 6. 2010, 24. 1. 2012, jeweils a.a.O.).

**aaa.** Der Klägerin waren ihre Dienste nicht ohne vorherige Rücksprache zugewiesen worden. Der entsprechende Vortrag des Beklagten war durch die erstinstanzlich vernommene Zeugin F. bestätigt worden. Aber auch die von der Klägerin angebotenen Zeugen hatten bestätigt, dass man zumindest auf den Dienstplan hingewiesen und zur Abzeichnung der eingetragenen Dienste aufgefordert worden war.

Die Zeugin F. bekundete, bei langfristigen Aufträgen – 3 bis 4 Wochen im Voraus – werde ein freier wie ein fest angestellter Cutter angefragt, ob er Zeit habe und bekomme dann behaldefalls einen Ablaufplan in sein Fach eingelegt. Diesen Termin bestätige die eingeteilte Person am Mittwoch der Vorwoche durch einen Haken am Dienstplan. In den Fällen kurzfristiger Planung werde am Freitag der jeweiligen Vorwoche ein Dienstplan für die Folgewoche erstellt; darin seien auch diejenigen freien Cutter eingetragen, bei denen man regelmäßig im Voraus telefonisch angefragt habe, ob der Einsatz in der Folgewoche übernommen werden könne. Auch hier könne die betreffende Person nochmals kundtun,

dass sie den Einsatz übernehme. Daneben gebe es sehr kurzfristige (tagesaktuelle) Einsätze. Die Klägerin sei überwiegend im Rahmen kurzfristiger Einsätze tätig geworden. Sofern man sie nicht habe erreichen können oder keine sonstige Rückmeldung bekommen habe, sei sie aus dem Dienst herausgenommen worden.

Mit dieser Aussage steht zur Überzeugung auch der Berufungskammer fest, dass – jedenfalls in der Regel – mit der Klägerin vor der Fertigstellung des am Freitag für die Folgewoche veröffentlichten Dienstplanes Kontakt hinsichtlich der (möglichen) Übernahme eines Auftrages aufgenommen worden war. Die Aussage der Zeugin F. geht aber nicht vollkommen konform mit denen der Zeugen A., D., B. und E., welche bekundeten, dass zwar spätestens in der Vorwoche Kontakt wegen der Einsatzzeiten der Folgewoche aufgenommen werde. Dies geschehe aber nicht in dem Sinn, man solle prüfen, ob die Aufträge wie eingetragen übernommen werden könnten, sondern stelle sich – insbesondere bei Anrufen, da man nicht in den Sender komme oder gekommen sei – als Mitteilung der Arbeitszeiten in der Folgewoche dar. Hierauf kommt es aber nicht entscheidend an.

**bbb.** Die nach dem Vortrag des Beklagten zwischen den Parteien geübte Praxis unterscheidet sich von denjenigen Fallgestaltungen, bei denen einer von vornherein einseitig Dienstpläne durch den Arbeitgeber erstellt werden. Die betonte Einzelabsprache und die Freiheit der Klägerin, die Übernahme von Diensten abzulehnen, ist aber nicht derart für das Vertragsverhältnis bestimmend, dass bei der Klägerin als nicht programmgestaltender Mitarbeiterin ausnahmsweise wegen ausgeprägter fehlender Weisungsgebundenheit die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen wäre. Deswegen kommt es letztlich nicht darauf an, ob (gelegentlich) auch ohne vorherige Rücksprache ein Dienstplan erstellt und die noch nicht erreichte Person eingetragen worden war und wird.

Wenn der Beklagte abstrakt ausführt, die Klägerin könne trotz der einseitig aufgestellten Dienstpläne Einsätze ablehnen, so fehlt – ungeachtet der vom Bundesarbeitsgericht als lebensfremd bezeichneten Situation (BAG v. 20. 11. 1994, a.a.O.) – zudem ein konkreter Vortrag, dass sie dies in nennenswertem Umfang praktiziert hatte. In gleicher Weise trägt der Beklagte nicht vor, die Klägerin habe im Rahmen der Vordisposition regelmäßig Zeiträume angegeben, in denen sie nicht zur Verfügung stehe. Auch die Zeugen, insbesondere die Zeugin F. hatten keine konkreten Absagen der Klägerin hinsichtlich angefragter Termine oder den Umfang erfolgter Absagen benannt.

Die Aussagen der Zeugen sind zur Überzeugung der Kammer glaubhaft. Die Diskrepanz in der Frage der vorherigen Kontaktaufnahme zwischen den Aussagen der Zeugen A., D., B. und E. gegenüber der Aussage der Zeugin F. wiegt nach Ansicht der Kammer nicht so schwer, dass deswegen die Aussage des/der ein oder anderen Zeugen/Zeugin unglaubhaft erschiene. Vielmehr bekundete die Zeugin F. nach Ansicht der Kammer eher die Idealvorstellung, wie es hinsichtlich der Kontaktaufnahme zwischen dem Sender und den „freien“ Mitarbeitern laufen sollte und vielleicht – wann auch immer – einmal gelaufen war; die Aussage gibt aber nach Ansicht der Kammer, vergleicht man sie mit den Aussagen der anderen Zeugen, nicht die täglich gelebte Praxis wieder. Ebenso sind die Zeugen zur Überzeugung der Kammer glaubwürdig. Dies gilt auch hinsichtlich der Zeugen A. und D., die ihrerseits ein vergleichbares Verfahren gegen den Beklagten führen. Zwar mag bei diesen (auch) ein Eigeninteresse an der Feststellung bestimmter Umstände, welche für (auch) ihre Arbeitnehmerstellung sprechen, anzuerkennen sein. Doch war zu keinem Zeitpunkt erkennbar gewesen, dass dieses (unterstellte) Eigeninteresse ihre Aussagen beeinflusst hätte.

**cc.** Vorstehendes belegt zur Überzeugung der Kammer, dass es sich bei der Klägerin um eine „freie“ Cutterin handelt, mit der der Beklagte lang oder kurzfristig Kontakt aufnehmen und in aller Regel damit rechnen konnte, der angebotene Einsatz werde auch übernommen. Trotz der formalen (BAG v. 20. 11. 1994, a.a.O.) Berechtigung, einen Einsatz auch zu verweigern, war aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehung von einer faktisch bestehenden ständigen Dienstbereitschaft ausgehen. In diesem Zusammenhang darf auch nicht übersehen werden, dass es auch fest angestellten Cuttern in bestimmten Umfang möglich ist, angebotene Aufträge abzulehnen, wie die Zeugin F. ebenso bekundet hatte. Schließlich spricht die Weisung, andere Tätigkeiten im Sender zu übernehmen, wenn ein übernommenes Projekt seitens des Beklagten storniert wird, ebenso für eine Arbeitnehmerstellung der freien Mitarbeiter (Cutter).

**4.** Schließlich kann sich der Beklagte nicht darauf berufen, es sei rechtsmissbräuchlich, wenn sich die Klägerin auf ihre Arbeitnehmereigenschaft berufe.

**a.** Zwar geht der Beklagte zutreffend davon aus, dass sich ein Beschäftigter gegenüber seinem Vertragspartner nicht darauf berufen kann, zu ihm in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, wenn dieses Verhalten als widersprüchliches und rechtsmissbräuchliches Ver-

halten anzusehen ist. Hat einer der Vertragspartner durch seine Erklärung oder durch sein Verhalten bewusst oder unbewusst eine Sach oder Rechtslage geschaffen, auf die sich der andere Teil verlassen durfte und verlassen hat, darf den anderen Teil in seinem Vertrauen nicht enttäuschen. Widersprüchliches Verhalten ist allerdings erst dann rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein schützenswerter Vertrauenstatbestand geschaffen wurde oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Dafür genügt regelmäßig nicht, dass ein Arbeitnehmer die Handhabung als freies Dienstverhältnis hingenommen und auch etwaige Vorteile entgegengenommen hat (vgl. BAG v. 8. 11. 2006, a.a.O.; BAG v. 4. 12. 2002 – 5 AZR 556/01, NZA 2003, 341; LAG München v. 11. 6. 2010, 24. 1. 2012, jeweils a.a.O.).

Dem steht die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln, auf welche sich der Beklagte beruft, nicht entgegen (LAG Köln, 14. 5. 2003 – 7 Sa 863/02, juris). Dieser lag der Fall der Einordnung eines Notenkopisten für Kompositionen von Stockhausen zugrunde, denen „weltweit einzigartiger Charakter“ zugesprochen wird. Aus diesem Grunde hatte das Landesarbeitsgericht schon bezweifelt, dass diese Tätigkeit typischerweise von einem Arbeitnehmer verrichtet werde. Zudem hatten die Vertragspartner in dem vom Landesarbeitsgericht Köln entschiedenen Fall diese Tätigkeit „über mehr als zwei Jahrzehnte hinweg rechtlich als freie Mitarbeiter behandelt, ohne dass ein Vertragspartner bis dahin daran Anstoß genommen hätte“, weswegen die dort entschiedene Fallgestaltung ebenso wenig auf die vorliegende übertragen werden kann.

**b.** Der Beklagte hat keine besonderen Umstände vorgetragen, aufgrund derer beim ihm ein schützenswertes Vertrauen seitens der Klägerin ausgelöst worden wäre, auf Grund dessen er sich hätte verlassen können und dürfen, dass diese ihren Arbeitnehmerstatus nicht (mehr) geltend mache. Allein der Umstand, dass das Vertragsverhältnis über viele Jahre wie beschrieben widerspruchlos praktiziert worden war, ist nicht ausreichend. Demzufolge liegt jedenfalls kein für die Annahme einer Verwirkung erforderliches Umstandsmoment vor.

**II.** Die Klägerin hat ferner Anspruch auf betriebliche Altersversorgung nach Nrn. 520, 521 TVA im dort bezeichneten Versorgungsfall. Der Tarifvertrag ist im Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien normativ anzuwenden (§ 4 Abs. 1, § 3 Abs. 1, 3 TVG). Jedenfalls aber findet er kraft des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes Anwendung.

**1.** Die tarifvertraglichen Voraussetzungen für eine Altersversorgungsanwartschaft sind in der Person der Klägerin erfüllt. Insoweit kann zur Vermeidung von Wiederholungen gem. § 69 Abs. 2 ArbGG auf die zutreffenden Ausführungen des arbeitsgerichtlichen Teilverurteils (II. 2., S. 16 f.) Bezug genommen werden.

**2.** Entgegen der Annahme des Beklagten findet der TVA im Verhältnis zwischen den Parteien normativ Anwendung. Denn die Klägerin war als Arbeitnehmerin (vgl. vorstehend B. II) beschäftigt und war zumindest bei ihrem Wiedereintritt beim Beklagten im Jahr 1985 Gewerkschaftsmitglied.

**a.** Die Frage, inwieweit die der Klägerin im früheren Arbeitsverhältnis gegebene Versorgungszusage noch besteht oder – wie der Beklagte meint – durch deren Ausscheiden aus dem früheren Arbeitsverhältnis erloschen ist, kann vorliegend dahinstehen. Jedenfalls war sie 1985 wieder – wie gerade festgestellt – als Arbeitnehmerin eingetreten. Unbestritten (§ 138 Abs. 4 ZPO) war sie zum damaligen Zeitpunkt Gewerkschaftsmitglied. Dass sie einer unzutreffenden (nicht am Abschluss des TVA beteiligten) Gewerkschaft angehört hätte, wird nicht behauptet. Von daher wirkt der TVA trotz des 2005 erfolgten Gewerkschafts Austritts der Klägerin kraft Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) weiterhin normativ.

**b.** Die Argumentation des Beklagten, der TVA finde keine Anwendung, da dieser Tarifvertrag nicht für Gagenempfänger gelte, ist nicht nachvollziehbar. Allein die Bezeichnung eines Arbeitnehmers als „Gagenempfänger“ oder die Bezeichnung der Vergütung eines Arbeitnehmers als „Gage“ ist für die Frage der (Nicht)Anwendbarkeit eines Tarifvertrages unerheblich.

Zwar besteht ein eigener Tarifvertrag für sog. „Gagenempfänger“ (Durchführungstarifvertrag Nr. 6, Anlage BK1, Bl. 783 f. d. A.), wonach diese in den Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen einzubeziehen sind. Dies bedeutet aber nicht, dass allein die Bezeichnung einer Person als „Gagenempfänger“ ausreicht, um diese dem Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Mitarbeiter zu unterstellen, also auch Arbeitnehmer, die eine als „Gage“ bezeichnete Vergütung erhalten, dann unter diesen Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen fielen. Vielmehr legt Nr. 7 dieses Durchführungstarifvertrages Nr. 6, Anlage BK1, a.a.O.) klar, dass nur freiberufliche Gagenempfänger diesem Tarifvertrag und damit auch dem Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen unterfallen, wenn bei

der „Bemessung der Leistungen nach diesem Tarifvertrag nur die Einkünfte aus freiberuflicher Tätigkeit“ zu berücksichtigen sind. Arbeitnehmer, die – aus welchen Gründen auch immer – eine als „Gage“ bezeichnete Vergütung erhalten oder zu Unrecht als freie Mitarbeiter behandelt werden, sind auch hinsichtlich der Tarifgeltung wie Arbeitnehmer zu behandeln; für sie gelten dieselben Tarifverträge, wie für sog. „fest angestellte“ Mitarbeiter.

**c.** Doch selbst wenn man die vorstehend beschriebene normative Geltung des TVA kraft Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) – etwa wegen der Zugehörigkeit der Klägerin zu einer nicht tarifschließenden Gewerkschaft – verneinen wollte, so fände der TVA jedenfalls nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz Anwendung. Insoweit kann auch hier auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts (unter II. 2..b), S. 17 f.) Bezug genommen werden.

Die Anwendung des TVA für alle, auch nicht tarifgebundene Arbeitnehmer stellt die Beklagte nicht in Abrede. Sie räumt eine derartige geübte Bezugnahmepraxis in der Berufungsbegründung (Schriftsatz vom 1. Okt. 2012, S. 10 f., Bl. 698 f. d. A.) selbst ein. Eine Differenzierungsmöglichkeit zwischen „fest angestellten“ Arbeitnehmern und als „Gageneempfänger“ bezeichneten (scheinselbstständigen) Arbeitnehmern ist insoweit nicht nachzuziehen (vgl. dazu *Löwisch/Rieble*, TVG, 3. Aufl., § 3 Rz. 535). In beiden Fällen handelt es sich um Arbeitnehmer. Allein deren unterschiedliche Bezeichnung durch den Arbeitgeber gibt keinen sachlich rechtfertigenden Grund für eine differenzierende Behandlung beider „Gruppen“. Ansonsten schaffte man eine weitere Gruppe Beschäftigter zwischen Arbeitnehmern und Selbstständigen

**C.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann der Beklagte Revision einlegen.

Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer

Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
HugoPreußPlatz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefaxnummer:  
0361 26362000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>.

Dr. Künzl

Gottsmann

Gil