

**6 Sa 411/11**  
39 Ca 8512/10  
(ArbG München)

Verkündet am: 24.01.2012

Kreßler  
Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

B.  
B-Straße, B-Stadt

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin C.  
C-Straße, C-Stadt

gegen

B.

- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte A.  
A-Straße, A-Stadt

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Künzl und die ehrenamtlichen Richter Putz und Deinzer

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 18. März 2011 – 39 Ca 8512/10 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.

Die Klägerin, geb. am 25. März 1958, schloss 1982 ein Studium der Gesellschafts- und Wirtschaftskommunikation an der Hochschule der Künste in ... mit dem Diplom ab. Nach einem Praktikum war sie beim Sender ... von 1985 bis 1989 als Cutterassistentin, seit 1989 als Cutterin tätig. In der Folgezeit arbeitete sie auch für weitere Sender, u.a. für n-tv und .... Seit 2001 ist die Klägerin als Cutterin beim Beklagten im Bereich Bearbeitung/Editing der Hauptabteilung Produktionsbetrieb Fernsehen beschäftigt. Sie erhielt für ihre Tätigkeit eine Tagesgage für die von ihr erbrachten Leistungen.

Der Umfang der Beschäftigung der Klägerin in den Jahren 2002 bis 2009 ist unter den Parteien streitig. Im Jahr 2009 war die Klägerin allerdings längere Zeit erkrankt und wegen einer Rehabilitations- und Physiotherapiemaßnahme nicht uneingeschränkt verfügbar. Der Beklagte entrichtete für diese Zeiten keine Entgeltfortzahlung. Seit 2010 ist die Klägerin wieder als Cutterin für den Beklagten tätig.

Mit ihrer am 7. Juli 2010 beim Arbeitsgericht München eingegangenen und dem Beklagten am 16. Juli 2010 zugestellten Klage vom 5. Juli 2010 macht die Klägerin das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses im Umfang von 90 % einer Vollzeitkraft geltend.

Die Klägerin hat erstinstanzlich die Ansicht vertreten, sie sei tatsächlich Arbeitnehmerin des Beklagten.

Sie sei, wie sie vorträgt, 2002 an 186 Tagen, 2003 an 199 Tagen, 2004 an 207 Tagen, 2005 an 57 Tagen, 2006 an 104 Tagen, 2007 an 188 Tagen und 2008 an 231 Tagen tätig gewesen. 2009 sei sie krankheitsbedingt kaum eingesetzt worden, weswegen sich ihr durchschnittliches Einkommen von € .../Jahr auf € 7.777.- im Jahr 2009 verringert habe. Aus diesen Beschäftigungszeiten – ausgenommen das Jahr 2009, das wegen der langen Erkrankung ihrer Ansicht nach nicht einzubeziehen sei – ergebe sich eine durchschnittliche Beschäftigung ihrer Person als Cutterin von 167,5 Tagen/Jahr. Bei einer mit 220 Tagen/Jahr anzusetzenden Vollzeitbeschäftigung entspreche dies einem prozentualen Anteil von 76%. Abgestellt auf die letzten 3 Jahre entspreche der Anteil gar einem Prozentsatz von 90%.

Sie sei, wie sie vorträgt, 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 Teilweise sei ihr eine Produktionsmeldung auch ins Fach gelegt worden. 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.

Nach ihrer Ansicht sei sie nicht als programmgestaltende Mitarbeiterin beschäftigt und in den Betrieb des Beklagten eingegliedert gewesen. Sie habe ihre Leistungen in den verschiedenen Schneideräumen des Beklagten zusammen mit den anderen Beschäftigten erbringen müssen und habe die unentgeltlich zur Verfügung gestellten Geräte und die technische Ausstattung des Beklagten genutzt. In sozialrechtlicher Hinsicht behandle sie der Beklagte zumindest wie eine abhängig Beschäftigte.

Die Klägerin hat erstinstanzlich **b e a n t r a g t**,

- I. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit November 2001 ein Arbeitsverhältnis besteht.
- II. für den Fall, dass das Arbeitsgericht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses feststellt,

- a. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin in Form eines Arbeitsverhältnisses als Cutterin in seinen Betrieben in B-Stadt in einem Volumen von 90% einer Vollzeitkraft zu beschäftigen und tätig werden zu lassen, hilfsweise in dem vom Gericht festgestellten Volumen.
- b. hilfsweise, den Beklagten zu verurteilen, die Klägerin in Form eines Arbeitsverhältnisses entsprechend ihren Kenntnissen und Fähigkeiten in seinen Betrieben in B-Stadt in einem Volumen von 90% einer Vollzeitkraft zu beschäftigen und tätig werden zu lassen, hilfsweise in dem vom Gericht festgestellten Umfang.

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

die Klage abzuweisen.

Er ist der Ansicht, 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.

Das Beschäftigungsvolumen der Klägerin habe erheblichen Schwankungen unterlegen; so sei sie 2002 an 181 Tagen, 2003 an 194 Tagen, 2004 an 179 Tagen, 2005 an 47 Tagen, 2006 an 77 Tagen, 2007 an 181 Tagen, 2008 an 203 Tagen und 2009 an 20 Tagen beschäftigt gewesen. Seit Anfang 2009 sei der Beschäftigungsbedarf für freie Mitarbeiter deutlich zurückgegangen, weswegen die Klägerin in deutlich geringerem Umfang als in den Vorjahren eingesetzt worden sei. Hinsichtlich der durchschnittlichen Arbeitszeit sei, wie der Beklagte meint, auf die Einsätze von 2002 bis 2010 abzustellen.

Die Darstellung der Klägerin zur Dienstplangestaltung treffe nicht zu. Zutreffend habe es zwar auch für freie Mitarbeiter aus organisatorischen Gründen Dienstpläne gegeben. Diese seien jede Woche freitags ab 18.00 Uhr für die Folgewoche in Kraft getreten. Die Chefcutterin, Frau R., habe jeweils mittwochs die geplanten Aufträge für die Folgewoche telefonisch bei der Klägerin angefragt. Die angefragten und bestätigten Aufträge seien dann in den Dienstplan eingetragen worden. Die freien Mitarbeiter, also auch die Klägerin,

hätten die Möglichkeit gehabt, die telefonisch angefragten Termine auch abzulehnen. Es habe diese Mitarbeiter, auch der Klägerin, freigestanden, zu entscheiden, ob sie an einzelnen Tagen zur Verfügung stehen wolle. Sofern Frau R. die freien Mitarbeiter telefonisch nicht erreicht habe, seien die anzufragenden Termine als abgelehnt gewertet worden. Die Klägerin sei des Öfteren telefonisch nicht erreicht worden. Zum anderen habe sie auch Anfragen – zulässigerweise – abgelehnt. Demnach habe keine Weisungsgebundenheit hinsichtlich der Arbeitszeit bestanden.

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.

Soweit sich ein Arbeitsverhältnis ergeben sollte, so sei, wie in den vergangenen Jahren und gegenwärtig auch, dessen Inhalt, dass die Klägerin in wechselndem Umfang für die Beklagte tätig werde.

Das Arbeitsgericht München hat – nach Einvernahme der Zeugin R. als Zeugin – mit Endurteil vom 18. März 2011 (Bl. 297 ff. d. A.) ein zwischen den Parteien bestehendes Arbeitsverhältnis festgestellt und den Beklagten – unter Abweisung der Klage im Übrigen – verurteilt, die Klägerin in einem Arbeitsverhältnis im Umfang von 68% eines Vollzeitmitarbeiterverhältnisses als Cutterin in ihren Betrieben in B-Stadt zu beschäftigen. 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, die Klägerin sei als Cutterin nicht den programmgestaltenden Mitarbeitern zuzurechnen. Ihre Tätigkeit möge zwar eine gewisse künstlerische und schöpferische Komponente aufweisen, doch habe sie wenig Einfluss auf den Inhalt der Sendung. Sie sei an die Vorgaben des verantwortlichen Redakteurs oder Autors gebunden, der über den Einsatz des zur Verfügung gestellten Bildmaterials entscheide.

Ihre Tätigkeit, die sich nicht von der eines fest angestellten Cutters unterscheide, sei als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Sie unterliege den Weisungen des Beklagten; die um-

fassende Weisungsunterworfenheit sei allenfalls im Bereich der Disposition über ihre Einsatzzeiten eingeschränkt. So könne sie ihre Tätigkeit allein in den vom Beklagten zugewiesenen Studios erbringen. In fachlicher Hinsicht sei sie den Weisungen der Redakteure und Autoren auch inhaltlich bezüglich des zu schneidenden Bildmaterials unterstellt. Hinsichtlich der zeitlichen Weisungsgebundenheit sei zu sehen, dass der Beklagte Dienstpläne führe, in die auch die freien Mitarbeiter eingetragen werden. Bei den erteilten Aufträgen sei, nach der vom Arbeitsgericht für zutreffend erachteten Aussage der Zeugin R., zwischen langfristigen, die 3 bis 4 Wochen vorher feststünden und mit der Klägerin im Voraus abgesprochen würden und kurzfristigen Einsätzen zu unterscheiden, bei denen die betreffende Person, in der Regel nach erfolgter Nachfrage, ob der Auftrag übernommen werden könne, freitags in den Dienstplan eingetragen werde. Daneben gebe es aus aktuellen Anlässen noch kurzfristigere Planungen. Die Klägerin sei, nach Aussage der einvernommenen Zeugin, überwiegend in den kurzfristigen Aufträgen beschäftigt gewesen. Zwar sei der Klägerin die Tätigkeit nicht ohne vorherige Rücksprache zugewiesen worden, weswegen ein gewisses selbstständiges Element festzustellen sei. Andererseits seien die Aufträge aber sehr kurzfristige abgestimmt worden, wobei seitens des Beklagten die Erwartungshaltung von einer Verfügbarkeit der Klägerin bestimmt gewesen sei. Nach Aussage der Zeugin sei die Klägerin oft telefonisch nicht erreichbar gewesen, was zu Diskussionen geführt habe, da sie weder über ein Mailbox im Handy noch einen Anrufbeantworter besessen habe. Wenngleich die Klägerin in einem der Zeugin nicht erinnerlichen Umfang auch Aufträge abgelehnt habe, sei anzunehmen, dass dies, angesichts fehlender Erinnerung, in eher geringem Umfang geschehen sei. Zudem sei die Klägerin in einzelnen Jahren im einem der Vollzeitbeschäftigung zumindest nahe kommenden Umfang beschäftigt worden. Ferner sei die Klägerin in die Betriebsorganisation des Beklagten eingegliedert; sie sei auf die technische Einrichtung und die Zusammenarbeit mit anderen Beschäftigten angewiesen. In untergeordnetem Umfang spreche auch die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Klägerin für deren Arbeitnehmerstellung.

Angesichts der vorstehenden Umstände sei die Klägerin als Arbeitnehmerin zu qualifizieren. Der Beklagte habe sie im Umfang von 68 % der Vollzeitbeschäftigung als solche zu beschäftigen. Dabei seien die Jahre 2002 bis 2008 als Vergleichsmaßstab heranzuziehen gewesen; die letzten 3 Jahre (2009 bis 2011) seien wenig aussagekräftig, insbesondere wegen der langen Erkrankung der Klägerin in 2009. Hieraus ergebe sich ein Beschäftigungsumfang von 68% eines Vollzeitverhältnisses.

Gegen dieses ihm am 25. März 2011 zugestellte Urteil hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 20. Apr. 2011, der am selben Tag beim Landesarbeitsgericht München per Telefax eingegangen war, Berufung eingelegt und diese nach der auf seinen Antrag vom 24. Mai 2011 hin (Bl. 361 d. A.) erfolgten Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 27. Juni 2011, (Bl. 362 d. A.), mit Schriftsatz vom 27. Juni 2011, der am selben Tag per Telefax eingegangen war, begründet.

Er ist der Ansicht, die Tätigkeit der Klägerin sei sehr wohl eine programmgestaltende. Cutter seien maßgeblich an der Entstehung eines Filmes und der Anordnung der Filmszenen bis zu sendefähigen Endfassung beteiligt. Dass sich die Tätigkeit der Klägerin von der angestellter Cutter nicht unterscheide, liegen neben der Sache.

Auch seien die für eine Arbeitnehmereigenschaft typischen Merkmale bei der Klägerin nicht nahezu vollständig gegeben. So sei die Klägerin nicht in seinen Betrieb eingegliedert, wenn sie naturgemäß auf das vorhandene technische Equipment zurückgreifen müsse und auf das Team bzw. die ansonsten beschäftigten Mitarbeiter angewiesen sei. Sie sei auch nicht in fachlicher Hinsicht weisungsgebunden. Solches lasse sich nicht aus der Letztverantwortung des Redakteurs oder Autors für die letztlich ausgestrahlte Sendung und aus dem Umstand, dass diese Personen deshalb zeitliche und inhaltliche Vorgaben machten, schließen. Vielmehr nehme sie durch ihre Tätigkeit wesentlichen Einfluss auf die Sendung. Insbesondere sei sie in zeitlicher Hinsicht nicht weisungsunterworfen; auch erwarte er keine ständige Dienstbereitschaft. Das Arbeitsgericht verkürze und missinterpretiere die Aussage der Zeugin R.. Die Klägerin sei danach vielmehr berechtigt gewesen, angebotene Aufträge abzulehnen, wovon sie auch Gebrauch gemacht habe, ohne dass dies zu irgendwelchen Sanktionen geführt hätte. Die Abführung von Sozialversicherungsbeträgen stelle kein, auch kein untergeordnetes Kriterium für die rechtliche Einordnung des Vertragsverhältnisses dar, sondern beruhe auf tarifvertraglichen Regelungen. Ausführungen, dass auch schon 2001 ein Arbeitsverhältnis bestanden haben sollte, fänden sich in der angegriffenen Entscheidung nicht.

Schließlich hält der Beklagte den Anspruch auf Feststellung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses für verwirkt. Die Klägerin habe jahrelang die tatsächliche Vertragsdurchführung widerspruchslos hingenommen, weswegen das nunmehrige Feststellungsbegehren als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei.

Schließlich bestehe, wie der Beklagte meint, kein Beschäftigungsanspruch, da gerade kein Arbeitsverhältnis bestehe. Doch selbst, wenn man ein solches unterstellen wollte, wäre der Anspruch im Umfang von 68% eines Vollzeitarbeitsverhältnisses nicht begründet. Vielmehr könnte ein solcher allenfalls im Umfang des § 12 TzBfG begründet sein, da die Parteien gerade keinen zeitlichen Umfang der Arbeitserbringung geregelt hätten. Zudem hätte das Gericht nicht auf die Jahre 2002 bis 2008 abstellen dürfen, ohne das Jahr 2009 einzubeziehen.

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

1. **Das Urteil des Arbeitsgerichts München, 39 Ca 8512/10, vom 18. März 2011 wird abgeändert, sofern es der Klage stattgegeben hat.**
2. **Die Klage wird insgesamt 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 sei sowohl im Katalog programmgestaltender Mitarbeiter des Beklagten als nicht programmgestaltende Mitarbeiterin aufgeführt. Auch sei sie dem organisatorisch technischen Bereich des Fernsehbetriebes zuzuordnen. Insbesondere sei sie keine programmgestaltende Mitarbeiterin, weswegen bereits der erste Anschein für ein Arbeitsverhältnis spreche. Auch bestätigten die üblichen Abgrenzungskriterien, wie sie meint, diese Einordnung. Sie sei unbestritten 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 unbestritten. Sie habe nicht nur die Anweisungen ihrer Fachvorgesetzten, sondern auch inhaltliche Vorgaben der Redakteure und Autoren zu befolgen und umzusetzen. Inhaltliche Vorgaben sprächen für fachliche Weisungsgebundenheit. 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 werde ersichtlich, dass man von ihr auch die jederzeitige Einsatzbereitschaft erwarte. Regelmäßig habe man sie ohne vorherige Anfrage in den Dienstplänen eingeteilt. Im Übrigen frage man auch alle angestellten Cutter vor der Dienstplangestaltung in gewissem Umfang an; auch diese hätten Ablehnungsmöglichkeiten. Dies habe auch die Zeugin bestätigt; sie habe keine nennenswerten Unterschiede zu angestellten Cuttern angeführt. Ferner habe sie ausgesagt, auch Festangestellte könnten Dienste anlehnen oder tauschen. Der Beschäftigungsanspruch ergebe sich aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis. Die angenommenen 68% eines Vollzeitarbeitsverhältnisses blieben zwar hinter ihrem Begehren zurück, würden aber akzeptiert.

Eine Verwirkung des Feststellungsbegehrens sei – wie sie meint – 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.

Wegen des Sachvortrags der Parteien im Einzelnen wird auf die Schriftsätze der Klägerin vom 5. Juli 2010 (Bl. 1 ff. d. A.), vom 13. Aug. 2010 (Bl. 140 ff. d. A.), vom 17. Jan. 2011 (Bl. 227 ff. d. A.), vom 28. Juli 2011 (Bl. 422 ff. d. A.), vom 7. Okt. 2011 (Bl. 507 ff. d. A.) und vom 28. Nov. 2011 (Bl. 525 ff. d. A.), des Beklagten vom 26. Nov. 2010 (Bl. 174 ff. d. A.), vom 2. März 2011 (Bl. 284 ff. d. A.), vom 27. Juni 2011 (Bl. 373 ff. d. A.), vom 29. Sept. 2011 (Bl. 472 ff. d. A.) und vom 10. Jan. 2012 (Bl. 546 ff. d. A.) sowie auf die Sitzungsprotokolle vom 4. März 2011 (Bl. 277 ff. d. A.), vom 11. Okt. 2011 (Bl. 517 ff. d. A.) und vom 17. Jan. 2012 (Bl. 552 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 im Umfang von 68% eines Vollzeitarbeitsverhältnisses festgestellt. Ebenso hat das Arbeitsgericht zu Recht den Beklagten zur Weiterbeschäftigung der Klägerin im vorbezeichneten Umfang im Arbeitsverhältnis verurteilt.

**1.** Nach den Grundsätzen insbesondere des 5. Senat 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 maßgebende 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, NZA-RR 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 ist dort von wesentlicher Bedeutung, zwischen programmgestaltenden Tätigkeiten (nachfolgend aa.) und solchen, bei denen der Zusammenhang mit der Programmgestaltung fehlt (nachfolgend bb.), zu unterscheiden. 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 zwischen 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, NZA-RR 2007, 424; LAG München v. 11. 6. 2010, a.a.O.). Von Letzterem ist ins-

besondere 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.).

**bb.** Demgegenüber werden nicht programmgestaltende Tätigkeiten, also Tätigkeiten im Rahmen der sonstigen Mitarbeit an Radio- und Rundfunksendungen, in der Regel nur 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, 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 Programmverlaufs oder die Anwesenheit zu feststehenden Zeiten bzw. die notwendige Teilnahme an zeitlich festgelegten Abstimmungskonferenzen (BAG v. 20. 5. 2009, a.a.O.), statusbegründend. 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 ih-

rer 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, a.a.O.).

**2.** Die Klägerin wird als Cutterin fernsehtypisch bei der Herstellung von Sendungen eingesetzt, ist allerdings keine programmgestaltende Mitarbeiterin. Sie 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.** Die Klägerin ist als Cutterin – entgegen der Ansicht des Beklagten – keine programmgestaltende Mitarbeiterin. Sie wirkt allein technisch an der Verwirklichung des jeweiligen Programms mit, ohne Einfluss auf dessen Inhalt zu haben.

Der Ansicht des Beklagten, welcher die Klägerin als programmgestaltende Mitarbeiterin sehen will, ist nach Ansicht der Kammer nicht zu folgen. Wenngleich nicht in Abrede gestellt werden soll, dass die Klägerin bei der Gestaltung von Filmbeiträgen für eine Sendung auch gewisse künstlerische Fähigkeiten und Fertigkeiten benötigt und diese auch zum Gelingen des Beitrags einbringt, stellt ihre Tätigkeit im Ergebnis lediglich eine technische Mitwirkung an der Erstellung des Beitrages dar. Sie bringt mit der auch als künstlerisch apostrophierten Tätigkeit nicht, wie nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung vom 13. 1. 1982 (a.a.O.) erforderlich, ihre eigene 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 mitwirkt, verantwortet letztlich stets der Redakteur oder 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 „journalistisch-schöpferische“ 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.

Aus der Mitgliedschaft der Klägerin in der Verwertungsgesellschaft Bild – Kunst, der nur Urheber angehören können, folgt nichts anderes. Sie mag durchaus als (Mit-)Urheberin des von ihr zusammengestellten Filmbeitrages sein. Dies ändert aber nichts daran, dass die Aussage des Beitrags nicht von ihr, sondern von einem Dritten (Redakteur/Autor) vor-

gegeben und von ihr als Cutterin wie vorgegeben umzusetzen ist. 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 Redakteur oder Autor liegt 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 allerdings – 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.

**d.** In zeitlicher Hinsicht kommt der Klägerin eine gewisse Selbstständigkeit zu, indem sie Aufträge auch ablehnen kann. Andererseits wird sie, wie sich aus den übergebenen Unterlagen folgern lässt und wie auch die erstinstanzlich vernommene Zeugin R. bekundet hatte, teilweise auch ohne vorherige Rücksprache zur Arbeit eingeteilt. Schließlich, und dies ist auch durch die erstinstanzlich vernommene Zeugin bestätigt, ist es auch fest angestellten Cuttern möglich, im Einzelfall angetragene Aufgaben abzulehnen.

**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, wenn der Termin für die Ausstrahlung der Sendung bereits feststeht.

Allein weil die strikte zeitliche Einbindung aus den Gesetzmäßigkeiten bei der Erstellung von Radio- und Fernsehsendungen folgt, mag sie 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. 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, 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 R. bestätigt worden.

Sie 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 bejahendenfalls einen Ablaufplan in sein Fach eingelegt. Diesen Termin bestätige die eingeteilte Person am Mittwoch der Vorwoche durch einen Haken am Dienstplan. In den Fällen kurz-

fristiger 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 kund tun, 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 wird und wurde. Zwar deutet die Aussage der Zeugin, wenn sie keine Rückmeldung erhalten habe, habe sie die Klägerin aus dem Dienst herausgenommen, darauf hin, dass die Eintragung in den Dienstplan zumindest gelegentlich auch ohne vorherige Terminabsprache erfolgt war; doch ist dies keineswegs eindeutig, da die Klägerin auch im Rahmen der Vorplanung für eine bestimmte Tätigkeit vorgesehen worden sein konnte und wegen ihrer Unerreichbarkeit im Rahmen der endgültigen Erstellung des Dienstplanes nicht mehr berücksichtigt worden war. Letztlich kommt es hierauf aber nicht an, wie nachfolgend (unten bbb.) auszuführen sein wird. Wenn sich die Klägerin daneben auf die ihr ins Fach eingeworfenen Produktionsmeldungen (Anlage K 19, Bl. 91 ff. d. A.) beruft, die in der Spalte „Angesprochen am ...“ keinen Eintrag aufwiesen, so steht dies dem Vorstehenden nicht entgegen. Denn die Zeugin R. hatte auch bekundet, diese beruhten auf der Meldung der freien wie der fest angestellten Mitarbeiter, wann sie Zeit hätten, einen Auftrag zu übernehmen. Entsprechend dieser aufgenommenen Mitteilungen würden die betreffenden Mitarbeiter gebucht. Die Kammer erblickt in dem Umstand, dass das Datum der Absprache nicht aufgenommen oder in die Mitteilung übertragen wird, keinen Anhaltspunkt gegen die Richtigkeit der getroffenen Aussage.

Die Würdigung der Zeugin und ihrer Aussage durch das Arbeitsgericht ist seitens der Parteien nicht angegriffen. Der Beklagte rügt allein, das Arbeitsgericht habe die Aussage nicht vollständig bewertet und teils missdeutet. Die Kammer sieht keine Anhaltspunkte, die Glaubwürdigkeit der Zeugin und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage abweichend zu beurteilen.

**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 Einsätze ablehnen, so fehlt dennoch ein konkreter Vortrag, dass sie dies in nennenswertem Umfang praktiziert hatte und praktiziert. In gleicher Weise trägt der Beklagte nicht vor, die Klägerin gebe im Rahmen der Vordisposition regelmäßig Zeiträume an, in denen sie nicht zur Verfügung stehe. Nichts anderes ergibt sich aus der Aussage der Zeugin R., die zwar bekundete, dass auch seitens der Klägerin angefragte Termine teilweise abgesagt worden waren; doch konnte sie den Umfang der Absagen weder angeben, noch konnte sie nicht ausschließen, dass es sich bei diesen um Absagen wegen kurzfristiger Anfragen oder aktueller Änderungen beispielsweise innerhalb eines Tages gehandelt habe, auch wenn sie diese klägerische Behauptung auch nicht bestätigen konnte.

Umgekehrt war die Klägerin, wie das Arbeitsgericht nach Ansicht der Kammer zutreffend ausführt, sehr weitgehend zur Verfügung gestanden, was seitens des Beklagten auch erwartet worden war. Nicht anders ist es zu erklären, dass es immer wieder zu Diskussionen gekommen war, weil die Klägerin keine Mailbox auf dem Handy gehabt haben soll bzw. keinen Anrufbeantworter besaß. Den Umfang der in der Vergangenheit erfolgten Absagen, also der trotz Erreichbarkeit nicht übernommenen Aufträge, hatte die Zeugin nicht angeben können. Die Klägerin führt zudem zur Überzeugung der Kammer nachvollziehbar aus, sie sei auf die Einsätze beim Beklagten zur Sicherung ihres Lebensunterhalts angewiesen.

Es kann zudem nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Klägerin in vielen Jahren nahezu vollschichtig, teils auch darüber hinaus, beschäftigt war. So hatte sie nach eigenen Angaben im Jahr 2002 186 Einsatztage, 2003 199 Einsatztage, 2004 207 Einsatztage, 2007

188 Einsatztage und 2008 231 Einsatztage. Das Bild verändert sich nur unwesentlich, legt man nicht die von der Klägerin angegebenen Tage zugrunde, sondern die vom Beklagten zugestandenen, wonach die Klägerin 2002 an 181 Tagen, 2003 an 194 Tagen, 2004 an 179 Tagen, 2007 an 181 Tagen und 2008 an 203 Tagen tätig gewesen war. Nur in den Jahren 2005 und 2009 hatte sie deutlich geringere Einsatztage, wobei sie 2009 über eine erhebliche Zeit erkrankt gewesen war. 2006 lag sie mit 104 Einsatztagen, bzw. 77 Tagen nach Einlassung des Beklagten noch etwa bei einem knapp unterhältigen Einsatz nach eigenem Vortrag, bzw. bei einem Tätigkeitsumfang von etwa einem Drittel einer Vollzeittätigkeit nach dem Vortrag des Beklagten.

**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 Berechtigung, einen Einsatz auch zu verweigern, war aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehung von einer faktisch bestehenden ständigen Dienstbereitschaft auszugehen.

In diesem Zusammenhang darf auch nicht übersehen werden, dass es auch fest angestellten Cuttern möglich ist, angebotene Aufträge abzulehnen, wenngleich dies nach der Aussage der erstinstanzlich vernommenen Zeugin R. nur dann der Fall ist, wenn die Zusammenarbeit mit einem bestimmten Redakteur oder Autor problematisch ist oder der Mitarbeiter für den betreffenden Zeitraum, in dem er eingesetzt werden soll, bereits Urlaub beantragt hat.

**4.** Die Feststellung des bestehenden Arbeitsverhältnisses hatte das Arbeitsgericht zu Recht ab November 2001 getroffen. Die Klägerin beruft sich ersichtlich darauf, während der gesamten Vertragsdauer Arbeitnehmerin gewesen zu sein (vgl. dazu BAG v. 8. 11. 2006 – 5 AZR 706/05, NZA 2007, 321). Die Umstände für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses ergaben sich aus dem gesamten Zeitraum der Zusammenarbeit der Parteien, also seit dem Beginn der Tätigkeit der Klägerin für den Beklagten. Dass im Verlaufe der Beschäftigung der Klägerin – ggf. auch wann – eine signifikante qualitative Veränderung eingetreten wäre, woraus eine abweichende Beurteilung der Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses möglich wäre, kann dem Vortrag des darlegungsbelasteten Beklagten (vgl. auch LAG München v. 11. 6. 2010, a.a.O.) nicht entnommen werden. Dieser rügt in der

Berufungsbegründungsschrift allein die fehlende Begründung dieses Umstandes im Ersturteil, ohne aber irgendwelche Anhaltspunkte für eine derartige Veränderung anzugeben oder zumindest in Bezug zu nehmen.

**5.** 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 Verhalten 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, 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 Entscheidung 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.

**6.** Zum zeitlichen Umfang des bestehenden Arbeitsverhältnisses wird auf die Ausführungen zum Beschäftigungsanspruch (unten II.) Bezug genommen.

**II.** Die Klägerin kann nach §§ 611, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB, Art. 1, 2 GG ihre tatsächliche Beschäftigung als Cutterin in einem Arbeitsverhältnis im Umfang von 68% eines Vollzeitarbeitsverhältnisses verlangen. Insoweit ist zunächst auf die zutreffenden Ausführungen im arbeitsgerichtlichen Urteil Bezug zu nehmen (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

**1.** Zwischen den Parteien bestehen keine Vereinbarungen über den zeitlichen Umfang des Einsatzes der Klägerin, weswegen von der Annahme des bestehenden Arbeitsverhältnisses ausgehend nur auf die bisherige praktische Durchführung des Vertragsverhältnisses rekurriert werden kann. Hier hat das Arbeitsgericht in zutreffender Weise den Durchschnitt aus den von der Klägerin geleisteten Arbeitstagen aus den Jahren 2002 bis 2008 zugrunde gelegt und diesen zu den beim Beklagten von einer Vollzeitkraft geleisteten 220 Arbeitstagen pro Jahr ins Verhältnis gesetzt, was zu dem errechneten und von den Parteien rechnerisch nicht bestrittenen 68 Prozent der Arbeitszeit einer Vollzeitkraft ergibt; der Beklagte ist lediglich der Ansicht, bei der Einbeziehung auch des Jahres 2009 hätte sich ein Prozentsatz von 61% ergeben.

**2.** Die Betrachtung des Zeitraumes von 2002 bis 2008 ist nach Ansicht der erkennenden Kammer nicht zu beanstanden. Im Jahr 2001 hatte die Klägerin erst im November ihre Tätigkeit für den Beklagten aufgenommen, weswegen dieses Jahr nicht mehr repräsentativ ist. Das Jahr 2009 war wegen der langen Erkrankung der Klägerin nicht mit einzubeziehen, ebenso wenig das Jahr 2010, da, wie die Klägerin unbestritten vorträgt, ihr Einsatz nach ihrer Genesung nur „schleppend“ wieder angelaufen war. Das Jahr 2009 war auch nicht deswegen einzubeziehen, weil in diesem der Beschäftigungsbedarf insbesondere freier Cutter deutlich zurückgegangen wäre. Denn das zugrunde liegende Ver-

tragsverhältnis war gerade als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, weswegen die Klägerin von diesem Rückgang – ohne ihre Erkrankung – nicht hätte betroffen sein dürfen.

Im Übrigen waren in dem zugrunde gelegten Zeitraum sowohl „gute“ Jahre berücksichtigt, in denen die Klägerin nahezu vollschichtig oder sogar darüber – legt man ihren Vortrag zugrunde – eingesetzt war, doch auch „weniger gute“ Jahre, in denen die Klägerin nur in geringerem Umfang zur Tätigkeit herangezogen worden war; der zugrunde gelegte Zeitraum erlaubt demnach einen repräsentativen Blick auf den durchschnittlichen Einsatzumfang der Klägerin im Beschäftigungsverhältnis.

**3.** Wegen der wechselnden Einsätze der Klägerin ist nach Ansicht der Kammer kein Abrufarbeitsverhältnis (§ 12 TzBfG) anzunehmen. Der Beklagte kann, wie bereits die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München (Urt. v. 11. 6. 2010, a.a.O.) ausgeführt hat, „nicht ein Element aus seiner Argumentation im Sinne des Bestehens eines freien Dienstverhältnisses ins Arbeitsrecht transportieren und sich auf § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG berufen.“ In Konsequenz des angenommenen Arbeitsverhältnisses ist der Beklagte hinsichtlich des „Ob“ der Beschäftigung der Klägerin nicht so frei, wie ursprünglich vorgestellt, weswegen konsequenterweise auch die Inhalte des Arbeitsverhältnisses anhand der tatsächlichen Vertragsdurchführung bestimmt werden müssen. Aus der jahrelangen Zusammenarbeit der Parteien folgt, dass die Klägerin eine Arbeitsleistung weit über die in § 12 Abs. 1 Satz 3 TzBfG vorgesehene Wochenarbeitszeit hinaus erbracht hat. Diese durchschnittliche Arbeitszeit ist dann als „vereinbarte“ Wochenarbeitszeit i.S. der in § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG erlaubten anderweitigen Vereinbarung zugrunde zu legen (zur Lückenfüllung anhand der tatsächlichen Vertragsdurchführung auch beim Abrufarbeitsverhältnis vgl. BAG v. 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423; LAG Köln v. 7. 12. 2001 – 11 (6) Sa 827/01; LAG München v. 11. 6. 2010 m.w.N.).

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

**D.** Revision wird für den Beklagten zugelassen.

### **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  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

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

Putz

Deinzer