

HVBG-INFO 25/2002

vom 12.9.2002

DOK 511.1

Arbeitnehmerstatus einer Orchesteraushilfe (§ 611 BGB);  
hier: Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 22.8.2001  
- 5 AZR 502/99 -

Das BAG hat mit Urteil vom 22.8.2001 - 5 AZR 502/99 - (s. Anlage)  
Folgendes entschieden:

#### **Leitsatz**

Für den Arbeitnehmerstatus eines zur Aushilfe engagierten Orchestermusikers ist entscheidend, ob der Mitarbeiter auch im Rahmen des übernommenen Engagements seine Arbeitszeit noch im wesentlichen frei gestalten kann oder insoweit einem umfassenden Weisungsrecht der Orchesterleitung unterliegt.

#### Anlage

BAG-Urteil vom 22.8.2001 - 5 AZR/99 -

#### **Tenor**

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 4. Mai 1999 - 12 Sa 931/98 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

#### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht. Der Kläger ist Musiker mit den Fächern Pauke und Schlagzeug. Das beklagte Land unterhält das O Staatstheater und dort ein Kulturorchester. Bei einzelnen Produktionen und bestimmten musikalischen Vorhaben reicht die reguläre Orchesterbesetzung nicht aus, um partiturgerecht zu spielen. In diesen Fällen werden weitere Musiker als Orchesteraushilfen hinzugezogen.

Im Bereich Schlagzeug ist das Orchester regulär mit drei Schlagzeugern/Paukern besetzt. Wurde ein vierter Schlagzeuger benötigt, griff die Orchesterleitung seit Beginn der Spielzeit 1993/94 ua. auf den Kläger zurück. Dieser konnte frei entscheiden, ob er an der vorgesehenen Produktion mitwirken wollte. Wenn er verpflichtet

wurde, galt das Engagement für die gesamte Produktion und nicht nur für einzelne Termine. Der Kläger war seinerzeit eingeschriebener Musikstudent. Er wurde für die Dauer der Engagements als freier Mitarbeiter behandelt und erhielt eine nach Diensten berechnete Vergütung. Diese betrug 120,00 DM für eine Probe und 230,00 DM für eine Vorstellung. Während der Orchesterdienste unterstand der Kläger den Weisungen des Orchesterleiters.

In der Spielzeit 1993/94 wurde der Kläger zu 68 Orchesterdiensten, in der Spielzeit 1994/95 zu 64 und in der Spielzeit 1995/96 zu 75 Orchesterdiensten herangezogen. Er mußte keinen allgemeinen Orchesterdienst leisten und an außerplanmäßigen Einsätzen des Orchesters nicht teilnehmen. Während der Spielzeit 1994/95 war der Kläger von Mai bis Oktober 1995 zugleich bei einem Kurorchester engagiert. Außerdem stand er für die letzten zwei Vorstellungen vor der Sommerpause dem Orchester nicht zur Verfügung. Die drei festangestellten Schlagzeuger leisteten in der Spielzeit 1993/94 ca. 270 Orchesterdienste, in der Spielzeit 1994/95 zwischen 200 und 300 und in der Spielzeit 1995/96 etwa 200 Orchesterdienste.

Der Kläger spielte im Orchester zuletzt am 19. Juni 1996. Nachdem ihm von der Orchesterleitung mitgeteilt worden war, daß er in Zukunft nicht mehr beschäftigt werde, reichte er am 9. Juli 1996 die vorliegende Feststellungsklage ein. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er stehe in einem Arbeitsverhältnis zum beklagten Land. Das Arbeitsverhältnis habe mit Ablauf der Spielzeit 1995/96 nicht geendet. Ein sachlicher Grund für eine entsprechende Befristung liege nicht vor. Der Kläger hat behauptet, er habe im Rahmen der Produktionen, an denen er beteiligt gewesen sei, alle damit zusammenhängenden Dienste leisten müssen. Die konkreten Einsätze seien für alle Musiker erst in den monatlichen Dienstplänen einseitig von der

Orchesterleitung festgelegt worden. Die Dienstpläne seien auch für ihn verbindlich gewesen. Daß er insgesamt viermal während dreier Spielzeiten an einem regulären Orchesterdienst nicht teilgenommen habe, sei zuvor mit der Orchesterleitung abgesprochen worden. Er sei nur deshalb entpflichtet worden, weil ein Ersatzmitglied bereit gestanden habe.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß zwischen den Parteien über die Spielzeit 1995/96 hinaus ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer regelmäßigen Arbeitszeit im Umfang von einem Drittel der Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Orchestermusikers besteht.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat die Auffassung vertreten, zwischen den Parteien habe zu keiner Zeit ein Arbeitsverhältnis bestanden. Es hat behauptet, für den Kläger hätten die monatlichen Dienstpläne nicht gegolten. Selbst wenn er bei einer Produktion zugesagt habe, seien die entsprechenden Termine jeweils einzeln mit ihm besprochen worden. Ihre Unverbindlichkeit werde daran deutlich, daß der Kläger in der Spielzeit 1994/95 zwei Termine wegen eines anderen Engagements abgesagt habe.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

### Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung trägt seine Entscheidung nicht. Mangels hinreichender Feststellungen vermag der Senat weder über den Arbeitnehmerstatus des Klägers noch über die Wirksamkeit der Befristung seines Beschäftigungsverhältnisses abschließend zu entscheiden.

I. Die Klage ist zulässig. Der Kläger will festgestellt wissen, daß er über das Ende der Spielzeit 1995/96 hinaus in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zum beklagten Land steht. Feststellungen darüber, wann genau die Spielzeit 1995/96 geendet hat, sind nicht getroffen worden. Der Kläger ist aber am 19. Juni 1996 zum letzten Mal eingesetzt worden. Das Begehren des Klägers ist deshalb dahin auszulegen, daß festgestellt werden möge, er habe am 19. Juni 1996 in einem Arbeitsverhältnis zum beklagten Land gestanden, welches nicht wirksam auf diesen Endtermin befristet worden sei. Für den Antrag ist das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse gegeben. Er bezieht sich nicht auf eine abgeschlossene Zeitspanne in der Vergangenheit, sondern ist gegenwartsbezogen. Darüber hinaus begehrt der Kläger die Feststellung, daß der zeitliche Umfang seines Arbeitsverhältnisses einem Drittel der Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Musikers entspricht. Wegen einer entsprechenden Uneinigkeit der Parteien ist auch insoweit ein Feststellungsinteresse des Klägers gegeben.

II. Für die Entscheidung darüber, ob die Klage begründet ist, bedarf es einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts. Dies gilt zunächst mit Blick auf den rechtlichen Status des Klägers.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, gegen den Arbeitnehmerstatus des Klägers spreche der Umstand, daß das beklagte Land lediglich vollbeschäftigte Musiker als Arbeitnehmer beschäftige. Auch seien Orchesteraushilfen nach der Verkehrsanschauung nicht als Arbeitnehmer anzusehen. Dies zeige sich daran, daß sie aus dem Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrags über die Musiker in Kulturorchestern (TVK) vom 1. Juli 1971 in der Fassung des Tarifvertrags vom 20. Juni 1995 nach § 2 Abs. 1 b der dortigen Regelungen ausgenommen seien. Für die Selbständigkeit des Klägers spreche ferner, daß er für andere Auftraggeber habe musizieren dürfen und nicht verpflichtet gewesen sei, am allgemeinen Orchesterdienst teilzunehmen. Das gleiche gelte angesichts des Umstandes, daß das beklagte Land ihn trotz anders lautender Vorgaben durch die Dienstpläne auf seinen Wunsch für anderweitige Musiktätigkeiten freigegeben habe. Dies enge eine zeitliche Weisungsgebundenheit des Klägers stark ein und spreche gegen ein Arbeitsverhältnis.

2. Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht von den Grundsätzen ausgegangen, die der Senat zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters aufgestellt hat. Beide unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist derjenige, der seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, daß der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Für die Abgrenzung von Bedeutung sind in erster Linie die tatsächlichen Umstände, unter denen

die Dienstleistung zu erbringen ist, nicht die Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben, oder eine von ihnen gewünschte Rechtsfolge (st. Rspr., BAG 19. Januar 2000 - 5 AZR 644/98 - BAGE 93, 218, 222).

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an. Kein Arbeitnehmer ist insbesondere der Mitarbeiter, der im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB enthält insoweit eine über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinausgehende gesetzliche Wertung (BAG 20. September 2000 - 5 AZR 61/99 - EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 84; 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - BAGE 88, 263).

b) Diese Grundsätze gelten auch für Musiker. Die Beschäftigung als Orchestermusiker ist nicht nur als Arbeitnehmer, sondern auch als freier Mitarbeiter möglich (BAG 14. Februar 1974 - 5 AZR 298/73 - BAGE 25, 505, 512; vgl. auch BAG 18. Mai 2000 - 6 AZR 847/98 - NZA 2000, 1343; Heinze NJW 1985, 2112, 2113; aA Heinemann Arbeitsrecht des Orchestermusikers S 72). Dies beruht darauf, daß die Weisungsabhängigkeit von Mitgliedern eines Musikorchesters nicht in jeder Hinsicht notwendigerweise gleich groß ist. Zwar ist der Spielraum für die inhaltliche Gestaltung der geschuldeten Tätigkeit des Musizierens für sämtliche Orchestermitglieder gleich bemessen. Den künstlerisch-interpretierenden Vorgaben des musikalischen Leiters sind sie alle gleichermaßen unterworfen, bei deren Umsetzung bleiben sie in ihrer jeweiligen künstlerischen Individualität alle gleichermaßen frei. Bei der Wahrnehmung der einzelnen Orchesterdienste gibt es deshalb keine typischen Unterschiede zwischen einem Arbeitnehmer und einem freien Mitarbeiter (BAG 3. Oktober 1975 - 5 AZR 427/74 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 16). In zeitlicher Hinsicht sind aber unterschiedliche Bindungen der einzelnen Mitglieder möglich. Dabei ist es für eine Statusabgrenzung nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Produktionen oder Vorhaben das Orchestermitglied teilnimmt und ob es auch für andere Auftraggeber tätig ist. Beides gibt regelmäßig nur Auskunft darüber, ob ein Teilzeit- oder ein Vollzeit-Rechtsverhältnis vorliegt (vgl. BAG 14. Februar 1974 - 5 AZR 298/73 - BAGE 25, 505). Ebenso wenig ist entscheidend, ob der Musiker nur von Fall zu Fall oder zwar über einen längeren Zeitraum, aber ohne Verpflichtung für den allgemeinen Dienst nur für bestimmte musikalische Aufgaben und damit als Orchesteraushilfe im Sinne des § 2 Abs. 1 Buchst. b TVK und der einschlägigen Protokollnotiz beschäftigt wird. Dies besagt nichts über die Intensität der Weisungsgebundenheit und persönlichen Abhängigkeit des Orchestermusikers im jeweiligen Aushilfsfall bzw. im Rahmen der übernommenen musikalischen Aufgaben. § 2 Abs. 1 TVK stellt auch in Buchst. b nicht Kriterien für die Abgrenzung von Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern in Kulturorchestern auf, vielmehr schließt die Vorschrift lediglich bestimmte Personengruppen - auch wenn sie Arbeitnehmer sind - vom Geltungsbereich des TVK aus.

In zeitlicher Hinsicht ist für die Statusabgrenzung statt dessen maßgeblich, ob der betreffende Musiker auch im Rahmen seines übernommenen Engagements seine Arbeitszeit noch im wesentlichen frei gestalten kann oder insoweit einem umfassenden Weisungsrecht der Orchesterleitung unterliegt. Hat der Orchestermusiker die Teilnahme an einer einzelnen Produktion oder einem bestimmten musikalischen Vorhaben und bei den dazu erforderlichen Einzeldiensten zugesagt, ohne daß diese nach Anzahl, Dauer und zeitlicher Lage bereits abschließend festgestanden hätten, so hat er sich in eine entsprechende Weisungsabhängigkeit begeben. Sie begründet regelmäßig seinen Arbeitnehmerstatus (vgl. Staudinger-Richardi BGB 13. Aufl. vor § 611 Rn. 178). Dagegen reicht es für den Arbeitnehmerstatus in aller Regel nicht aus, daß ein Musiker die Teilnahme an bestimmten einzelnen Proben der Aufführungstermine zugesagt hat, die zeitlich bereits feststanden. Zeitliche Vorgaben und die Verpflichtung, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgaben einzuhalten, sind kein ausreichendes Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Das Versprechen, eine Leistung zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erbringen oder zu einem bestimmten Zeitpunkt fertigzustellen, macht den Leistenden im arbeitsrechtlichen Sinne nicht weisungsabhängig (BAG 19. Januar 2000 aaO mwN; 29. Mai 1991 - 7 ABR 67/90 - BAGE 68, 74).

c) In Anwendung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht den Kläger als freien Mitarbeiter angesehen. Dies wird von den bisherigen Feststellungen nicht getragen.

aa) Das Landesarbeitsgericht hat als "gewichtiges Indiz" gegen den Arbeitnehmerstatus des Klägers angesehen, daß das beklagte Land lediglich vollbeschäftigte Musiker als Arbeitnehmer einstelle, während es bei Produktionen, die eine Orchesterverstärkung erforderten, auf freie Musiker zurückgreife, falls es den zusätzlichen Bedarf nicht durch Musiker decken könne, die bei anderen Staatsorchestern angestellt seien. Dies überzeugt nicht. Ob der Kläger "frei" war oder nicht, ist gerade zu beurteilen. Dafür, daß er während seiner Tätigkeit für das beklagte Land als freier Mitarbeiter anzusehen war, ist der Umstand, daß er "freier Musiker", dh. nirgendwo fest angestellter Musiker war, ohne indizielle Bedeutung. Umgekehrt besagt die Aushilfstätigkeit von Musikern, die bei anderen Orchestern fest angestellt sind, nichts darüber, ob sie auch während eines Aushilfsengagements beim beklagten Land als Arbeitnehmer tätig waren oder nicht.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat für die Statusabgrenzung dem Umstand Gewicht beigemessen, daß die Parteien des TVK Orchesteraushilfen vom Geltungsbereich dieses Tarifvertrags ausgenommen haben. Darin

liege ein Hinweis darauf, wie nach der Verkehrsanschauung die Tätigkeit einer Orchesteraushilfe zu beurteilen sei. Dies ist rechtsfehlerhaft. Wie dargelegt, besagt die Herausnahme bestimmter Personengruppen aus dem tariflichen Anwendungsbereich nichts über deren Arbeitnehmerstatus und eine entsprechende Verkehrsanschauung.

cc) Für die Selbständigkeit des Klägers spricht nach Ansicht des Landesarbeitsgerichts auch, daß er für sonstige Auftraggeber musizieren konnte, soweit sein Engagement beim beklagten Land das zuließ. Aus der Möglichkeit, andere Beschäftigungen aufzunehmen, läßt sich dagegen ebensowenig auf den Status als Selbständiger schließen, wie aus dem Verbot jeder Nebentätigkeit auf den Status als Arbeitnehmer (vgl. BAG 15. Dezember 1999 - 5 AZR 3/99 - BAGE 93, 112, 127).

dd) Das Landesarbeitsgericht hat sich die Entscheidungsgründe des Arbeitsgerichts zu eigen gemacht. Dieses hat für den Selbständigenstatus des Klägers ferner darauf abgestellt, daß er frei darüber habe entscheiden können, ob er bei einer geplanten Produktion habe mitwirken wollen. Er habe dies aus zeitlichen oder künstlerischen Gründen ebensogut ablehnen können. Dieses Kriterium ist zur Statusabgrenzung wenig geeignet. Der Kläger unterscheidet sich darin nicht von einem nur befristet angestellten Orchestermusiker, der nach Ablauf seines Engagements ebenfalls darüber entscheiden kann, ob er ein neues eingetht oder nicht.

ee) Für den Selbständigenstatus des Klägers ist statt dessen entscheidend, ob er im wesentlichen frei seine Arbeitszeit bestimmen konnte. Dazu hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, zwar habe sich der Kläger im Rahmen der von ihm übernommenen Produktion an den entsprechenden Dienstplan halten müssen, habe aber ansonsten dem allgemeinen Dienst nicht zur Verfügung gestanden. Vor allem der Umstand, daß er trotz der Vorgaben durch die Dienstpläne auf seinen Wunsch für andere Musiktätigkeiten freigegeben worden sei, spreche gegen ein Arbeitsverhältnis. Diese Schlußfolgerung trägt nicht. Wenn der Kläger im zuvor eingeholten Einverständnis mit dem beklagten Land von einigen Orchesterdiensten freigestellt wurde, so ist dies für eine Statusbestimmung von geringer Bedeutung. Auch mit einem Arbeitnehmer könnten solche Übereinkünfte getroffen werden, ohne daß dies seinen Arbeitnehmerstatus in Frage stellen würde. Für die Selbständigkeit des Klägers hätte dagegen gesprochen, wenn er den Diensten hätte fernblieben dürfen, ohne die Zustimmung des beklagten Landes einholen zu müssen.

ff) Welchen zeitlichen Weisungen der Kläger bei der Erbringung seiner Dienste tatsächlich unterlag, hat das Landesarbeitsgericht nicht festgestellt. Soweit es ausgeführt hat, er habe sich an den entsprechenden Dienstplan halten müssen, läßt dies gerade offen, wie es zur Dienstplanerstellung kam und was dieser enthielt, ob Probentermine oder Aufführungstermine oder beides. Zu diesen entscheidungserheblichen Fragen enthält das Berufungsurteil keine den Senat bindenden Feststellungen iSd. § 561 Abs. 2 ZPO. Die Parteien selbst haben dazu widersprüchlich vorgetragen. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger behauptet, die Dienste - Proben und Aufführungen - seien in monatlichen Dienstplänen aufgeführt worden. Erst aus ihnen hätten sich seine Einsatztage ergeben. Die Dienstpläne seien auch für ihn verbindlich gewesen. Mit Schriftsatz vom 27. April 1999 hat er weiter ausgeführt, er sei nicht für einzelne Termine, sondern für ganze Produktionen verpflichtet worden, die teilweise parallel gelaufen und über mehrere Spielzeiten beibehalten worden seien. Dabei seien einzelne Termine zu keiner Zeit vorab mit ihm besprochen worden. Die Termine hätten zu Beginn der Produktion weder festgestanden, noch seien sie anschließend mit ihm oder anderen Orchestermusikern abgesprochen worden. Er habe auch später nicht darüber entscheiden können, ob er zu den festgelegten Terminen im Orchester habe mitwirken wollen oder nicht. Der Kläger hat für sein Vorbringen Beweis angeboten durch das Zeugnis der Herren S - des Orchesterinspektors -, R und St

Das beklagte Land hat demgegenüber vorgetragen, für Orchesteraushilfen sei die Mitwirkung nicht "dienstplanmäßig" organisiert worden. Vielmehr seien die einzelnen Termine mit dem Kläger abgesprochen worden. Er habe frei darüber entscheiden können, ob er an einer Produktion und den "angesonnenen" Terminen habe mitwirken wollen oder nicht. Er sei nur verpflichtet worden, wenn er die entsprechenden Termine habe einhalten können. Der Kläger sei deshalb bei der zeitlichen Gestaltung seines Einsatzes "absolut frei" gewesen. Auch das beklagte Land hat sich dafür auf das Zeugnis des Herrn S berufen. Damit läßt sich nicht abschließend beurteilen, in welchem Maße der Kläger über Umfang und Lage seiner Arbeitszeit selbst bestimmen konnte. Das Landesarbeitsgericht wird entsprechende Feststellungen, uU nach einer Aufforderung an die Parteien, ihren Sachvortrag - insbesondere auf Seiten des beklagten Landes - näher zu konkretisieren, nachzuholen haben.

III. Ob der Kläger als Arbeitnehmer anzusehen ist oder nicht, kann nicht deshalb dahinstehen, weil die Befristung seines letzten Engagements auf den 19. Juni 1996 oder das Ende der Spielzeit 1995/96 selbst für den Fall wirksam wäre, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestand. Der Senat kann auch insoweit nicht abschließend entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat Feststellungen zu den für die Wirksamkeit einer Befristung maßgeblichen Tatsachen nicht getroffen. Mangels Klärung des Vertragsinhalts steht weder fest, ob die Parteien überhaupt eine eindeutige Befristungsabrede getroffen haben, noch ist geklärt, ob sie ggf. eine Zeit- oder eine Zweckbefristung vorgenommen haben, ob es für die Wirksamkeit einer Befristung des Vorliegens von Sachgründen bedurfte und ob diese vorlagen, falls sie erforderlich waren. Auch dazu wird das Landesarbeitsgericht den Sachverhalt weiter aufzuklären haben.

IV. Falls das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, zwischen den Parteien bestehe ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, wird es auch dessen zeitlichen Umfang festzustellen haben.