

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 99/09
8 Sa 243/08
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Januar 2010

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 20. Januar 2010 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux und Gallner sowie die ehrenamtlichen Richter Sappa und Kremser für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 25. November 2008 - 8 Sa 243/08 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses. 1

Der beklagte Markt ist ein Heilklimatischer Kurort in O, der Kurkonzerte 2
veranstaltet. Diese führte der Kläger seit 1985 als Organisator und Dirigent mit
von ihm engagierten Musikern jeweils während der Spielzeit von Mitte Mai bis
Mitte September durch. Grundlage der Zusammenarbeit der Parteien waren
- zum Teil auf ein Jahr, zum Teil auf zwei Jahre - befristete Verträge. Die letzte
Vereinbarung vom 30. November 2004, abgeschlossen zwischen dem Be-
klagten und „der Musikagentur H, vertreten durch Herrn Musikdirektor H“
regelte ua.:

„§ 1 Vertragsgegenstand/Vertragslaufzeit

Gemäß des Beschlusses des Marktgemeinderates vom 16. September 2004 übernimmt Herr H. in den Jahren 2005 und 2006 als selbständiger Unternehmer für die Zeit von jeweils Mitte Mai bis Mitte September (Spielzeit: 16 Wochen) die Durchführung der musikalischen Unterhaltung im Kurpark G. („Live-Musik im Kurpark G.“).

Die genaue Spielzeit (Spieltage und Uhrzeiten) wird Herrn H. jeweils zum 1. Dezember 2004 und 2005 mitgeteilt (jeweils mit dem Zusatz: „Änderungen vorbehalten“; siehe hierzu auch die Regelungen gem. § 9).

Vorliegender Vertrag endet mit der Spielzeit 2006, ohne dass es einer separaten Kündigung bedarf.

Der Markt wird rechtzeitig eine Entscheidung über die Fortführung der musikalischen Unterhaltung über die Jahre nach der Spielzeit 2006 im Kurpark G. herbeiführen.

§ 2 Vergütung/Zahlungsmodalitäten

Für das Gesamtpaket ‚musikalische Unterhaltung im Kurpark G.‘ steht (unter Beachtung von § 10) insgesamt ein Betrag in Höhe von € 180.000,- (zzgl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer) zur Verfügung.

...

§ 3 Umfang der musikalischen Unterhaltung

Folgende musikalischen Veranstaltungen (10 Auftritte pro Woche) sind grundsätzlich in der nachfolgend aufgeführten Häufigkeit und Besetzung von Herrn H. bereitzustellen (Änderungen hierzu sind rechtzeitig vorher vom Markt zu genehmigen), der zu diesem Zwecke Musiker bzw. Musikgruppen auf seine Kosten engagiert, insbesondere:

‚Kur‘-Orchester G.	(Besetzung: 17+1)	1 Auftritt/Woche
Big Band G.	(Besetzung: 15)	1 Auftritt/Woche
W. Blasmusik	(Besetzung: 11)	1 Auftritt/Woche
Z.musik (oder ähnliche Gruppe)	(Besetzung: 9)	1 Auftritt/Woche
verschiedene Musikkapellen	(wechselnde Besetzung)	1 Auftritt/Woche
verschiedene Musikgruppen	(Besetzung: 3-5)	2 Auftritte/Woche
Duo (z.B. Violine/ Piano)	(Besetzung: 2)	3 Auftritte/Woche

Es ist Aufgabe von Herrn H., die engagierten Musiker/Musikgruppen zu entlohnen und alle gesetzlichen und steuerlichen Verpflichtungen gegenüber diesen zu erfüllen. Zwischen dem Markt G. und den Mitgliedern der einzelnen Musikgruppen bestehen keine Rechtsbeziehungen. Herr H. stellt den Markt G. von allen Ansprüchen frei, welche diese Musiker/Musikgruppen geltend machen sollten.

In dringenden Fällen ist Herr H. berechtigt, in Absprache mit dem Markt mit einer anderen Besetzung als vorgesehen aufzutreten.

Diese Änderungen dürfen jedoch nicht zu Lasten der og. Häufigkeiten der Veranstaltungen pro Kategorie gehen.

Der Gesamtspielplan ist dem Markt bis spätestens 1. März der jeweiligen Spielsaison vorzulegen.

§ 4 Spielorte

Grundsätzlich finden die Veranstaltungen im Rahmen dieser Vereinbarung - soweit es die Wetterbedingungen zulassen - im Kurpark G. statt. Als Schlechtwetteralternative wird Herrn H. ein entsprechender Raum zur Verfügung gestellt.

Der Markt hat das Recht, Spielorte innerhalb des Ortsbereiches G. nach rechtzeitiger vorheriger Abstimmung zu verlegen.

...

§ 5 Spielzeiten/Ablauf

Jede Veranstaltung ist mit 90 Minuten angesetzt (Ausnahmen hierzu gestattet § 4 Abs. 2 und 3).

An einem Tag in der Woche, und zwar in der Regel am Freitag, finden keine Konzerte (Konzert der Musikkapelle G.) statt. Ebenso spielfrei ist der Mittwochabend (Konzert der Musikkapelle P.).

Bei Nachmittags- und Abendkonzerten ist jeweils eine Pause vorgesehen, die jedoch fünfzehn Minuten nicht überschreiten darf. Die Zeit zwischen den einzelnen Darbietungen während des Konzertes soll im Normalfall nicht mehr als zwei Minuten betragen.

...

§ 6 Programmzusammenstellung

Die Zusammenstellung des Programms für die ‚Live-Musik im Kurpark G.‘ obliegt Herrn H. Er wird dabei dem Charakter des Heilklimatischen Kurortes G. und den Wünschen des Marktes Rechnung tragen, ebenso den saisonalen Besonderheiten.

§ 7 Proben

Notwendige Probenzeiten, Proben- sowie Garderobenräume und ein Büroraum sind jeweils mit dem Markt zu vereinbaren.

§ 8 Leistungsumfang von Herrn H.

Als Gesamtverantwortlicher für die Durchführung der musikalischen Unterhaltung im Kurpark G. (§ 3) übernimmt Herr H. folgende Aufgaben auf selbständiger Basis:

- Organisation der Musikgruppen
- Abrechnung der Musikgruppen
- Erstellung eines wöchentlichen bzw. monatlichen Werbe-Flyers (in Absprache mit G. Tourismus); die Verteilung wird von G. Tourismus übernommen
- Information der lokalen Presse (in Abstimmung mit G. Tourismus)
- Auf- und Abbau der Ton- und Lichtanlage (Transport wird von G. Tourismus übernommen)
- Mischung der PA-Anlage der verschiedenen Musikgruppen

§ 9 Programmänderungen/Ausfall von Veranstaltungen

Besetzungsänderungen bzw. Änderungswünsche i.S.v. § 3 sind dem Markt unverzüglich bekanntzugeben.

Diese Mitteilungspflicht gilt für den Markt analog.

...

§ 10 Abrechnung/GEMA

Nach Abschluss der Spielzeiten 2005 und 2006 hat Herr H. bis jeweils spätestens 31.12. dem Rechnungsprüfungsamt des Marktes eine detaillierte Abrechnung mit Originalbelegen vorzulegen, aus der sämtliche Einzel-Ausgaben und -Einnahmen ersichtlich sind. ...“

Unter dem Betreff „Modalitäten zum Vertragsende“ informierte der Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 2. August 2006, dass er die Kurmusik 2007 europaweit ausschreiben werde. Der Kläger antwortete mit Schreiben vom 17. August 2006:

„Sehr geehrter Herr Bürgermeister B,
am 14. Februar 2006 habe ich einen Antrag auf Vertragsverlängerung gestellt. In Ihrem Schreiben vom 18. Juli 2006 haben Sie mir mitgeteilt, dass eine Ausschreibung für die kommenden Kurmusik-Saisonen zwingend notwendig ist.

Bitte nehmen Sie bei der Terminierung der Ausschreibung Rücksicht auf meinen Auslandsaufenthalt, der schon vor vielen Monaten der Tourismus-Direktion mitgeteilt wurde.

3

Zuerst habe ich eine vertragliche Zusicherung an die Deutsche Bundeswehr gegeben, das Oktoberfest auf der A in N zu spielen.

Abwesenheit: 14. September bis 27. September.

Es spielt die Musikkapelle G.

Dann gibt es ein großes Stadtfest in B, an dem die Musikkapelle und das Z-Trio teilnehmen wird.

Termin: 28. September bis 9. Oktober.

Zuletzt dann spielt die Zmusik wieder auf dem Oktoberfest in L und auf dem Oktoberfest in Q.

Abwesenheit: 16. Oktober bis 13. November.

...

Da auch meine Post in dieser Zeit nicht geöffnet wird und ich leider auch telefonisch nur in Notfällen erreichbar bin, bitte ich, die geplante Ausschreibung nicht in der Zeit vor dem 13. November vorzunehmen. ...“

Am 20. Dezember 2006 teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass er sich für einen anderen Bewerber entschieden habe. 4

Mit der am 15. Januar 2007 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger, nach Rücknahme eines Kündigungsschutzantrags und eines Befristungskontrollantrags, die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses begehrt. Er sei kein selbständiger Unternehmer gewesen. Er habe kein unternehmerisches Risiko getragen. Sämtliche Kosten der Musiker des Kurorchesters seien in die vereinbarte Vergütung einbezogen und somit vom Beklagten getragen worden. Der Beklagte habe Weisungen erteilt. 5

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat der Kläger beantragt 6

festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis über den 15. September 2006 hinaus fortbesteht.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er habe als Veranstalter der Kurkonzerte mit dem Kläger bzw. dessen Agentur für die jeweilige Saison Werkverträge geschlossen. Der Kläger sei weder in die Betriebsorganisation 7

des Beklagten eingebunden noch weisungsabhängig gewesen. Vorgaben hinsichtlich des Spielbetriebs hätten sich lediglich aus den Belegungsplänen des Kurparks bzw. des Kongresshauses sowie den Erwartungen der Gäste ergeben.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision hat der Kläger innerhalb der Revisionsbegründungsfrist die Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts und die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht beantragt. Mit Schriftsatz vom 12. Januar 2010 hat der Kläger beantragt

festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht;

hilfsweise festzustellen, dass zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis über den 15. September 2006 hinaus fortbesteht.

8

Entscheidungsgründe

I. Die Revision des Klägers ist zulässig. Der Kläger hat zwar innerhalb der Revisionsbegründungsfrist keinen förmlichen Sachantrag gestellt. Doch genügt sein lediglich auf Aufhebung und Zurückverweisung gerichteter Antrag, weil die innerhalb der Rechtsmittelfrist eingereichten Schriftsätze ihrem gesamten Inhalt nach das Rechtsschutzbegehren hinreichend deutlich haben erkennen lassen. Danach hat der Kläger in der Revision zumindest auch den in der Berufungsinstanz gestellten Befristungskontrollantrag weiterverfolgen wollen. Dieses Rechtsschutzbegehren hat er durch die mit Schriftsatz vom 12. Januar 2010 formulierten Sachanträge bestätigt.

9

II. Die Revision des Klägers ist unbegründet.

10

1. Die mit dem Hauptantrag verfolgte allgemeine Statusfeststellungsklage (§ 256 ZPO) ist unzulässig. Die mit der erneuten Stellung des allgemeinen Feststellungsantrags in der Revisionsinstanz verbundene Klageänderung ist unzulässig. Der neu formulierte, auf Feststellung eines Arbeitsverhältnisses der

11

Parteien gerichtete Hauptantrag ist von der Befristungskontrollklage, wie sie am Landesarbeitsgericht ausschließlich Gegenstand des Rechtsstreits war und mit dem neuen Hilfsantrag weiterverfolgt wird, zu unterscheiden (*vgl. BAG 16. April 2003 - 7 AZR 119/02 - BAGE 106, 72*). Eine derartige Klageänderung ist in der Revisionsinstanz wegen § 559 Abs. 1 ZPO nicht mehr möglich. Der Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz bildet nicht nur bezüglich des tatsächlichen Vorbringens, sondern auch bezüglich der Anträge der Parteien die Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht (*st. Rspr., BAG 8. September 1971 - 4 AZR 405/70 - AP BAT §§ 22, 23 Nr. 46; 28. Juni 2005 - 1 ABR 25/04 - BAGE 115, 165*).

2. Die mit dem Hilfsantrag weiterverfolgte Befristungskontrollklage, mit der der Kläger geltend macht, sein Arbeitsverhältnis habe über den Fristablauf hinaus bestanden, ist unbegründet. Zwischen den Parteien bestand am 15. September 2006 kein Arbeitsverhältnis. 12

a) Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB). 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. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, 13

ist letztere maßgebend (*Senat 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 15; 14. März 2007 - 5 AZR 499/06 - mwN, AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 10; 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 - zu I der Gründe, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 117 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 6*).

b) Die Parteien standen nicht in einem Arbeitsverhältnis. Ein solches ist 14
weder durch die schriftlichen Verträge noch deren tatsächliche Durchführung
begründet worden. Vielmehr betrieb der Kläger die musikalische Unterhaltung
im Kurpark und bei sonstigen Veranstaltungen des Beklagten als Selbständiger.

aa) Der Kläger hatte die vertraglich geschuldete Leistung nicht in Person zu 15
erbringen, sondern schuldete die Durchführung der musikalischen Ver-
anstaltungen als Ganzes und nicht nur die Tätigkeit eines Dirigenten. Dazu
musste er Musiker auswählen, engagieren, zur Verfügung stellen, entlohnen
und die gesetzlichen Abgaben leisten. Die Arbeitsbedingungen konnte er
selbständig mit den Musikern aushandeln. Im Verhältnis zu diesen war er
Arbeitgeber. Es war seine Aufgabe, die Musiker einzuweisen, die notwendigen
Proben selbst durchzuführen oder durchführen zu lassen und für die Durch-
führung der Veranstaltungen zu sorgen. Dies sind wesentliche Merkmale
selbständiger Arbeit (*vgl. Senat 12. Dezember 2001 - 5 AZR 253/00 - AP BGB
§ 611 Abhängigkeit Nr. 111 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 87;
16. Juli 1997 - 5 AZR 312/96 - BAGE 86, 170*). Für diese Tätigkeit erhielt der
Kläger zuletzt eine Gesamtvergütung von 180.000,00 Euro zuzüglich Mehrwert-
steuer. Für die Statusbeurteilung ist es unerheblich, welche Kalkulation diesem
Betrag zugrunde lag und ob der Beklagte im Falle tariflicher Vergütungs-
erhöhungen Beträge nachgeschossen hat oder weitere Aufwendungen ersetzte.

Des Weiteren spricht für die Selbständigkeit des Klägers seine Be- 16
rechtigung, andere berufliche und gewerbliche Aktivitäten zu entfalten (*vgl.
Senat 12. Dezember 2001 - 5 AZR 253/00 - AP BGB § 611 Abhängigkeit
Nr. 111 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 87*). Der Kläger war für
andere Auftraggeber ua. im Ausland tätig.

bb) Der Kläger begründete keine mittelbaren Arbeitsverhältnisse der Musiker zum Beklagten. Weil der Kläger die geschuldeten Dienstleistungen nicht allein erbringen konnte, stellte er im eigenen Namen und für eigene Rechnung von ihm frei ausgewählte Arbeitskräfte ein, denen er allein weisungsberechtigt war. Rechtsbeziehungen der von ihm beschäftigten Arbeitskräfte zum Beklagten entstanden nicht (*vgl. Senat 12. Dezember 2001 - 5 AZR 253/00 - mwN, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 111 = EZA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 87*). Der Beklagte hat keine konkreten Weisungen zur Einstellung von Arbeitnehmern erteilt. Er hat auch kein Weisungsrecht gegenüber den vom Kläger eingestellten Beschäftigten ausgeübt. 17

cc) Der Kläger war auch in zeitlicher Hinsicht nicht weisungsgebunden. Die Zeit der Dienstleistungen der verschiedenen vom Kläger gebildeten Klangkörper war im Wesentlichen vertraglich festgelegt. In § 1 des Vertrags erklärte sich der Kläger damit einverstanden, dass der Beklagte einen Spielplan mit Spieltagen und Uhrzeiten für die musikalische Unterhaltung in den Spielzeiten 2004 und 2005 aufstellte. Dabei war in § 3 der Umfang der musikalischen Unterhaltung bzw. die Anzahl der wöchentlichen Auftritte genau festgelegt, ebenso in § 5 die Dauer der einzelnen Veranstaltungen. Zudem hatten die Parteien in § 5 vereinbart, an welchen Tagen keine Aufführungen stattfinden sollten. Notwendige Probenzeiten waren zwischen den Parteien zu vereinbaren, konnten somit nicht einseitig vom Beklagten vorgegeben werden. Damit war der Kläger hinsichtlich der Zeit und des Umfangs seiner Vertragsleistung bereits vertraglich so gebunden, dass der Beklagte arbeitgeberseitige Weisungen nicht mehr ausüben konnte. Den genauen Zeitpunkt konkretisierende Vereinbarungen belegen kein Weisungsrecht des Beklagten, sondern die Gleichrangigkeit beider Vertragspartner. Soweit der Kläger in der Berufungsbeurteilung Vorgaben des Beklagten hinsichtlich zusätzlicher Veranstaltungen in den Jahren 2002 bis 2004 behauptet hat, belegen auch diese Ausführungen keine einseitigen Weisungen des Beklagten, sondern die Erteilung zusätzlicher Aufträge. 18

- dd) Die Parteien haben den Ort der Dienstleistung vertraglich festgelegt. Die Veranstaltungen sollten im Kurpark stattfinden, bei schlechtem Wetter in einem vom Beklagten zur Verfügung zu stellenden Raum. 19
- ee) Der Inhalt der Tätigkeit ergab sich aus dem Vertrag und konnte vom Beklagten nicht mehr einseitig bestimmt werden. Die Programmzusammenstellung oblag dem Kläger, der dabei vereinbarungsgemäß dem Charakter des beklagten Kurorts Rechnung tragen sollte. Im Übrigen hatte er freie Hand. Soweit der Kläger Weisungen (zB *Vorgaben zur Moderation im Jahr 1999* oder *„Dienstanordnungen an Musiker“*) behauptet, fallen diese angesichts des Gesamtbefunds nicht ins Gewicht bzw. stellen nur die Ausübung eines Rügerechts dar, wie sie auch in anderen Rechtsverhältnissen möglich ist. Hinsichtlich der vom Kläger mitunterzeichneten Dienstanordnungen hat der Kläger nicht dargelegt, dass diese überhaupt an ihn persönlich gerichtet gewesen seien. 20
- ff) Äußere Umstände wie ein „eigener“ Schreibtisch, ein „eigenes“ Büro, die Aufnahme in ein internes Telefonverzeichnis oder ein „Dienstausweis“ sind für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses für sich genommen nicht entscheidend (*Senat 22. Februar 1995 - 5 AZR 757/93 - zu B I 2 a der Gründe, AfP 1995, 693*). Zudem war nach § 7 des Vertrags ein Büroraum mit dem Beklagten zu vereinbaren. Unerheblich ist auch, ob Musikinstrumente teilweise im Eigentum des Beklagten standen und von diesem versichert wurden. 21
- gg) Schließlich belegt die Tatsache, dass die Parteien über lange Zeit zusammenarbeiteten, keine persönliche Abhängigkeit des Klägers vom Beklagten. Allein die wirtschaftliche Abhängigkeit vermag kein Arbeitsverhältnis zu begründen (*vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG; Senat 27. März 1991 - 5 AZR 194/90 - AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 53 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 38*). 22
3. Im Übrigen hat das Landesarbeitsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (*vgl. Senat 20. August 2003 - 5 AZR 362/02 - AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 245*) zutreffend erkannt, dass die dreiwöchige Klagefrist des § 17 TzBfG auch dann anläuft, 23

wenn der Arbeitnehmerstatus während eines befristeten Rechtsverhältnisses nicht abschließend geklärt ist.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

24

Müller-Glöge

Laux

Gallner

Sappa

Kremser