

3 Sa 619/16
11 Ca 10402/15
(ArbG München)

Verkündet am: 05.12.2016

Heger
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Klägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

B., Büro A-Stadt
B-Straße, A-Stadt

gegen

C.
C-Straße, A-Stadt

- Beklagter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte D.
D-Straße, D-Stadt

- 2 -

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 5. Dezember 2016 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Eulers und die ehrenamtlichen Richter Radusch und Veh

für Recht erkannt:

- 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 07.07.2016 - 11 Ca 10402/15 - abgeändert und die Klage auch hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. abgewiesen.**
- 2. Die Anschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.**
- 3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.**
- 4. Die Revision wird zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob die Klagepartei bei der beklagten Rundfunkanstalt als Arbeitnehmerin und als solche in Vollzeit unter Anwendung des Tarifvertrages für die auf unbestimmte Zeit in der Rundfunkanstalt beschäftigten Arbeitnehmer zu beschäftigen ist.

Die Klagepartei ist seit dem 01.03.2007 als Systemverwalterin für die Beklagte auf der Grundlage eines als „Vereinbarung“ überschriebenen Vertrags tätig, der auszugsweise wie folgt lautet:

„Zwischen dem C. und A. - im folgenden Vertragspartner genannt - wird für den Fall, dass der Vertragspartner für Produktionen dem C. im Jahr 2007 zur Verfügung steht, die nachfolgende

Vereinbarung

getroffen:

1. Der Vertragspartner steht dem C. für Produktionen als Systemverwalterin zur Verfügung. Die einzelnen Termine für Beginn und Ende der Tätigkeit werden zwischen dem C. und dem Vertragspartner vereinbart. Eine Verpflichtung des Vertragspartners zur Übernahme der Tätigkeit wird durch diese Vereinbarung nicht begründet.

2. ...

3. Der Vertragspartner erhält für seine Leistungen eine Gage in Höhe von täglich/wöchentlich (Nichtzutreffendes bitte streichen)
€ 166,95 in Worten ... zahlbar im Nachhinein.

3.1. Mit dieser Vergütung sind alle Leistungen bis zu 10 Arbeitsstunden abgegolten. Bei Kurzschichten bis zu 5 Stunden werden 50% der Grundgage vergütet. Mehrarbeits- oder Zeitzuschläge werden nicht bezahlt. Zusätzliche Arbeitstage werden bei wöchentlicher Gage mit 1/5 bezahlt.

3.2 Der C. wird Steuern und Sozialversicherungsanteile den gesetzlichen Vorschriften entsprechend einbehalten und abführen.

3.3 Eventuell anfallende Reisekosten und Diäten werden nach den Regeln des C. für freie Mitarbeiter vergütet.

...“

Gleichlautende Vereinbarungen wurden in den Folgejahren bis einschließlich 2010 getroffen (Anlage K 4 = Bl. 84 bis 86 d. A.).

Als Systemverwalterin ist die Klägerin insbesondere für den „First- und Second-Level Support“ aller 52 Schneideräume, die Voice-Over-Plätze der Postproduktion und als Ansprechpartnerin in den diversen Audioaußenstudios zuständig. Wegen der weiteren Tätigkeitsinhalte wird auf das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts München vom 07.07.2016 – 11 Ca 10402/15 – S. 3 Bezug genommen.

Nach unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin (im Schriftsatz vom 20.01.2016, S. 5, und im Schriftsatz vom 17.11.2016, S. 3) erfolgt die Dienstplangestaltung wie folgt: Eine Vorabplanung nehmen festangestellte und freie Systemverwalter in einem von der zuständigen Leitung Systemservice Editing ausgehängten Kalender handschriftlich vor. Dieser wird von der Vorgesetzten monatlich überprüft. Anschließend setzt die Disposition die von der Vorgesetzten abgenommenen Dienste der Klägerin fest. Erst mit der Festsetzung des Dienstplans durch die Beklagte entsteht ein verbindlicher Dienstplan, der gleichermaßen für Festangestellte wie für Gagenempfänger gilt. Im Falle erforderlich werdender kurzfristiger Um- und Neudispositionen wird die Klägerin telefonisch, mündlich oder per E-Mail um Bestätigung gebeten. So wurde die Klägerin mit E-Mail vom 04.09.2014 (Anlage K 6 = Bl. 90 d. A.) beispielsweise gefragt: „Könntest Du da auf den 16.09. tauschen, denn Armin braucht an diesem Tag frei und ich würde ihn die Lücken füllen lassen.“ Andererseits wurden die Verwalter-Frühdienste und Verwalter-Spätendienste durch E-Mail vom 10.01.2013 vorgegeben. Die Klägerin ist im Jahr 2009 an 190 Tagen, im Jahr 2010 an 225 Tagen, im Jahr 2011 an 191 Tagen, im Jahr 2012 an 213 Tagen, im Jahr 2013 an 90 Tagen und im Jahr 2014 an 121 Tagen für die Beklagte tätig geworden. Dabei nahm sie vom 10.06.2013 bis 16.09.2013 Mutterschutz und vom 17.09.2013 bis 07.11.2013 sowie vom 17.03.2014 bis 17.09.2014 Elternzeit.

Die Klägerin kann ihre Tätigkeit nur in den ihr von der Beklagten zugewiesenen Räumlichkeiten und nur mithilfe des von der Beklagten zur Verfügung gestellten Equipments erbringen. Sie gehört zum betriebstechnischen Personal mit nicht programmgestaltender Tätigkeit und erhält jeweils eine Tagesgage, die durch sog. Vergütungsmittelungen ausgewiesen wird. Die Beklagte wendet auf das Rechtsverhältnis den bei ihr bestehenden Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen/Gagenempfänger an. Für festangestellte Mitarbeiter existiert ein Tarifvertrag für die auf unbestimmte Zeit im C. beschäftigten Arbeitnehmer, der auf andere Tarifverträge wie den Gehaltstarifvertrag und den Tarifvertrag

für die Altersversorgung im C. verweist. Die Klägerin ist Mitglied der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft.

Mit ihrer Klage vom 22.09.2015 hat die Klägerin geltend gemacht, sie sei seit Beginn der Zusammenarbeit Arbeitnehmerin der Beklagten und aufgrund ihrer bisherigen Beschäftigungszeit zukünftig mit dem Volumen einer Vollzeitkraft zu beschäftigen. Für das Arbeitsverhältnis würden die Normen des Tarifvertrages für die auf unbestimmte Zeit in der beklagten Rundfunkanstalt beschäftigten Arbeitnehmer gelten. Die Klägerin sei in zeitlicher Hinsicht weisungsgebunden, weil sie durch die bei der Beklagten bestehenden Disposition zwei Wochen vorab fest für den Dienstplan eingeteilt werde. Sie sei auch inhaltlich weisungsgebunden, da sie die Arbeitsaufträge persönlich, telefonisch und per E-Mail durch Cutter, Autoren, Redakteure und Redaktionen erhalte. Eine Möglichkeit, die Aufträge abzulehnen, bestehe nicht. Bei ihrer Arbeit sei sie auf die Räumlichkeiten und die Technik der Beklagten angewiesen.

Die Klagepartei hat erstinstanzlich beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 01.03.2007 ein Arbeitsverhältnis besteht.
2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin in Form eines Arbeitsverhältnisses als Systemverwalterin und Systemsupporterin in der Postproduktion in ihren Betrieben in einer Vollzeitstelle zu beschäftigen, hilfsweise in dem vom Gericht festgestellten zeitlichen Volumen.
3. Es wird festgestellt, dass auf das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien seit dessen Beginn die Tarifverträge für die auf unbestimmte Zeit im C. beschäftigten Arbeitnehmer Anwendung finden.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,

und gemeint, die Klägerin sei für sie als freie Mitarbeiterin tätig. Die Ausführungen zu der für ein Arbeitsverhältnis erforderlichen zeitlichen Weisungsgebundenheit seien unsubstantiiert und unzutreffend. Der Klägerin sei von der Beklagten keine Arbeitszeit einseitig vorgegeben worden. Sie habe die Zeiträume ihrer Beschäftigung selbst einteilen können. Es bestehe für die Klägerin die Möglichkeit, konkrete Tätigkeiten ohne weiteres abzulehnen, von der sie auch immer wieder Gebrauch gemacht habe. Demgegenüber komme der örtlichen Gebundenheit der Klägerin und ihrer Einbindung in die Arbeitsorganisation nur untergeordnete Bedeutung zu. Schon aufgrund der durchschnittlichen Beschäftigung der Klägerin in den letzten fünf Jahren vor Klageerhebung sei der Anspruch auf Beschäftigung in Vollzeit unbegründet. In den maßgeblichen Jahren 2010 bis 2014 sei die Klägerin an jährlich durchschnittlich 168 Tagen tätig gewesen, was bei 220 Tagen einer Vollzeitkraft 76 % entspreche.

Durch Urteil vom 07.07.2016 – 11 Ca 10402/15 – hat das Arbeitsgericht München den Anträgen zu 1. und 2 stattgegeben und die Klage im Übrigen (Antrag zu 3.) abgewiesen. Der Antrag zu 3. sei bereits unzulässig, da sich aus ihm keine nähere Beschreibung des tatsächlich in Bezug genommenen Tarifwerks ergebe. Zur weiteren Begründung seiner Entscheidung hat es sich auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 17.04.2013 – 10 AZR 668/12 – gestützt, dessen Grundsätze es auf S. 7 bis 9 des Urteils wiedergegeben hat. Hierauf wird gem. § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen. Danach sei im vorliegenden Fall bei Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls davon auszugehen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestehe. Die für die Arbeitnehmereigenschaft typisierenden Merkmale seien überwiegend gegeben. Die Klägerin sei örtlich und zeitlich gegenüber der Beklagten weisungsgebunden. Es möge sein, dass die Klägerin einige zeitliche Vorgaben nicht erfüllt und Aufträge abgelehnt habe. Wenn die Klägerin ihren Dienst verrichte, habe dieser innerhalb strikter zeitlicher Vorgaben bei der Beklagten zu erfolgen, die sich sowohl auf den Beginn als auch auf das Ende der Arbeitszeit bezögen. Darüber hinaus gebe es Weisungen der Beklagten, die Arbeitszeiten zu überschreiten. Insofern verblieben der Klägerin kaum mehr zeitliche Dispositionsmöglichkeiten. Sie könne weder die Reihenfolge der Arbeiten selbst bestimmen noch die Arbeit nach ihren eigenen zeitlichen Bedürfnissen übertreten oder verschieben. Auch der auf die Beschäftigung zu 100 % einer Vollzeitkraft gerichtete Klageantrag sei begründet. Auf der Grundlage der Beschäftigung in den Jahren 2009 bis 2014 und unter Berücksichtigung des ge-

währten tariflichen Urlaubs entspreche die durchschnittliche Tätigkeit der Klägerin einer Vollzeitstelle.

Gegen dieses, ihrem Prozessbevollmächtigten am 12.07.2016 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 08.08.2016 Berufung eingelegt und diese am 11.10.2016 innerhalb der bis zum 12.10.2016 verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründet. Nach Zustellung der Berufungsschrift am 17.10.2016 hat die Klägerin am 17.11.2016 mit der Berufungserwidern Anschlussberufung eingelegt.

Die Beklagte hält weiterhin ihre Auffassung aufrecht, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis vorliege und deshalb auch die Anträge zu 2. und 3. unbegründet seien. Zwar habe das Arbeitsgericht die einschlägige Rechtsprechung des BAG zutreffend zugrunde gelegt, aber im vorliegenden Fall fehlerhaft gewertet. Es bestehe eine erhebliche Zeitsouveränität der Klägerin, die das Arbeitsgericht bei der gebotenen Gesamtwürdigung nicht hinreichend gewichtet habe. Die Klägerin habe es selbst in der Hand, ob sie überhaupt für die Beklagte tätig werde. Damit unterscheide sich das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin signifikant von dem eines Arbeitnehmers, der nicht frei entscheiden könne, ob er arbeiten und ob er den Arbeitsanweisungen der Beklagten Folge leisten wolle. Jedenfalls sei der Anspruch auf Vollzeitbeschäftigung auch deshalb unbegründet, weil die Beklagte die Klägerin bei einem Durchschnitt von 171,66 Tagen p.a. in den Jahren 2009 bis 2014 lediglich zu 78% einer Vollzeitkraft, die an 220 Tagen p.a. tätig werde, beschäftigt habe.

Die Beklagte beantragt sinngemäß,

das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 07.07.2016 abzuändern, soweit es der Klage stattgegeben hat, und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen,

und im Rahmen der Anschlussberufung,

das Urteil des Arbeitsgerichts München vom 07.07.2016, Az. 11 Ca 10402/15 teilweise abzuändern, und festzustellen, dass auf das Arbeitsverhältnis der Parteien seit dessen Beginn die Tarifverträge für die auf unbestimmte Zeit im C. tätigen Arbeitnehmer Anwendung finden.

Die Beklagte beantragt,

die Anschlussberufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Klägerin meint, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestehe. Die bloße gegenteilige Behauptung der Beklagten bestreitet die Klägerin unter Wiederholung ihrer erstinstanzlichen Ausführungen zur Disposition der Arbeitszeiten. Die Einteilungspraxis sei bei festangestellten Arbeitskollegen grundsätzlich die gleiche gewesen. Demgemäß unterscheide die Beklagte nicht danach, ob sie jemanden als „Gagenempfänger“ oder Festangestellten eingestellt habe. Die Klägerin habe auch die ihr angebotenen Dienste nicht ablehnen können. Dies führe bei der Beklagten dazu, dass man nicht mehr eingeteilt werde. Die Eintragung in den Vorabplan erfolge allein deswegen, damit die Beklagte für sich eine möglichst hohe Planungssicherheit erzeugen könne. Die Weisungsgebundenheit der Klägerin bzgl. sämtlicher weiterer Punkte werde von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Die Klägerin sei mit dem Umfang einer Vollzeitbeschäftigten zu beschäftigen. Die beiden für das Arbeitsverhältnis untypischen Jahre 2013 und 2014 seien nicht einzubeziehen oder durch Hochrechnung der in einem Teilzeitraum des Jahres tatsächlich geleisteten Arbeitstage auf das ganze Jahr bzw. durch Ins-Verhältnis-Setzen von tatsächlich geleisteten Arbeitstagen zu den im Teilzeitraum maximal möglichen Arbeitstagen (bei einer 5-Tage-Woche) zu berücksichtigen.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei der Antrag zu 3. zulässig. Der auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anzuwendende Manteltarifvertrag trage den schlichten Titel „Tarifvertrag für den C.“. In Ziffer 111.1 des Tarifvertrags werde der Tarifvertrag hinsichtlich seines Geltungsbereichs näher konkretisiert auf „die auf unbestimmte Zeit im C. beschäftigen Arbeitnehmer“.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 10.10.2016 (Bl. 224 – 241 d. A.) und den Schriftsätze der Klagepartei vom 17.11.2016 (Bl. 255 – 261 d. A.) sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 05.12.2016 (Bl. 263 – 266 d. A.) Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin sind zulässig. Jedoch ist nur die Berufung der Beklagten begründet.

I.

Die nach § 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. b) und c) ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 ZPO.

Die Anschlussberufung der Klägerin ist nach § 524 Abs. 2 S. 1 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 ArbGG statthaft und nach §§ 524 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 519 Abs. 2, 520 Abs. 3 ZPO, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Auch sie ist damit zulässig.

II.

Die Berufung der Beklagten ist begründet. Die Klägerin steht bei der Beklagten nicht in einem Arbeitsverhältnis, weshalb das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und die Klage auch hinsichtlich der Anträge zu 1. und 2. abzuweisen war. Mangels bestehendem Arbeitsverhältnis waren auch der Antrag zu 3. und die Anschlussberufung der Klägerin jedenfalls unbegründet.

1. Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis.

a) Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistungsweisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (vgl. BAG, Urteil vom 17.04.2013 – 10 AZR 668/12 – Rn. 15, BeckRS 2013, 71103; vgl. ebenso Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 590/13 – Rn. 16, NZA-RR 2014, 522). Diese Grundsätze sind auch im Bereich Funk und Fernsehen anzuwenden (vgl. schon BAG, Urteil vom 20.05.2009 – 5 AZR 31/08 – Rn. 20 m.w.Nachw., AP BGB § 11 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 16). Ob ein danach erforderliches Weisungsrecht nach Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit vorliegt, bestimmt sich nach allen Umständen des Einzelfalls und unter Würdigung in ihrer Gesamtheit (vgl. BAG, Urteil vom 14.04.2013, a.a.O., Rn. 15). Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung eines Rechtsverhältnisses ist Letztere für die rechtliche Beurteilung maßgebend (vgl. BAG, Urteil vom 17.04.2013, a.a.O., Rn. 15).

Für eine Cutterin, die bei einer Rundfunkanstalt gegen Tagesgage beschäftigt war, hat das Bundesarbeitsgericht in der Gesamtbetrachtung die auf den Arbeitnehmerstatus deutenden Umstände als deutlich vorherrschend angesehen und „dem freilich nicht zu leugnenden Maß zeitlicher Unabhängigkeit der Klägerin in dem festgestellten Zusammenhang keine entscheidende Bedeutung“ zugemessen (vgl. BAG, Urteil vom 17.04.2013, a.a.O., Rn. 28). Die grundsätzlich bestehende Möglichkeit, die Übernahme von Diensten ablehnen zu können, hindere dann nicht die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft, wenn die Besonderheiten der jeweiligen Handhabung den Schluss nahelegten, es bestehe kein statusrelevanter fundamentaler Unterschied zwischen der zeitlichen Einbindung der festangestellten und der „freien“ Mitarbeiter. Derartige Besonderheiten lägen mit der grundsätzlichen Annahme der Beklagten, die Klägerin werde die angebotenen Schichten übernehmen, und der Tatsache, dass die Klägerin zwar gelegentlich, keineswegs aber regelmäßig, von ihrem Ablehnungsrecht Gebrauch gemacht habe, vor. Auch erwarte die Beklagte von festangestellten Cuttern nicht, jede Dienstenteilung bedingungslos zu befolgen. Insbesondere bei festangestellten Teilzeitbeschäftigten könne die Beklagte nur im begrenzten Rahmen damit rechnen, dass sie auf Abruf ohne weiteres zur Verfügung ständen (vgl. BAG, Urteil vom 17.04.2013, a.a.O., Rn. 27).

b) Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung, der sich die erkennende Kammer anschließt, ist für den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt ein Arbeitsverhältnis nicht anzunehmen.

aa) Die seitens der Klägerin vorgelegten Vereinbarungen, auf deren Grundlage ihre Beschäftigung bis einschließlich 2010 ausdrücklich und sodann stillschweigend erfolgte, begründet nach dem Wortlaut kein Arbeitsverhältnis. Die Vereinbarung, die nicht als Arbeitsvertrag überschrieben ist, wird ausweislich ihres Einleitungssatzes überhaupt nur für den Fall getroffen, „dass der Vertragspartner (d.h. die Klägerin) für Produktionen ... zur Verfügung steht“. Dementsprechend sollen nach Ziffer 1 der Vereinbarungen „*die einzelnen Termine* für Beginn und Ende der Tätigkeit“ zwischen den Parteien vereinbart werden. Wie anschließend in Ziffer 1 festgehalten wird, wird mit dieser Regelung eine Verpflichtung des Vertragspartners (d.h. der Klägerin) durch die Vereinbarung nicht begründet. Der Klägerin stand und steht es daher nach den Vereinbarungen frei, ob und in welchem Umfang sie für die Beklagte im Einzelfalls als Systemverwalterin tätig werden will (ebenso zu einer gleichlautenden Vereinbarung bereits LAG Nürnberg, Urteil vom 26.04.2016 - 7 Sa 330/15 -; Anlage BK 2). Darüber hinaus verweist Ziffer 3.3 der Vereinbarung für eventuell anfallende Reisekosten und Diäten ausdrücklich auf die „Regeln des BR für freie Mitarbeiter“. Zu Recht hat das Arbeitsgericht darauf hingewiesen, dass der sozialversicherungsrechtliche Status einer versicherungspflichtigen Person nicht deckungsgleich mit dem arbeitsrechtlichen Status eines Arbeitnehmers sein muss, weshalb die Regelung über Abführung der Sozialversicherungsanteile in Ziffer 3.2 der Vereinbarung nicht auf ein Arbeitsverhältnis hinweist.

bb) Die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses weicht von der vertraglichen Regelung durch die Vereinbarungen nicht ab. Die Klägerin trägt selbst noch im Berufungsverfahren und in Übereinstimmung mit ihrem erstinstanzlichen Vorbringen vor, dass sie und nicht die Beklagte ihre Vorabplanung handschriftlich in einem von der zuständigen Leitung Systemservice Editing ausgehängten Kalender vornehme. Nach Überprüfung durch die Vorgesetzte setze dann die Disposition die „von der Vorgesetzten *abgenommenen Dienste der Klägerin*“ fest. Erst mit der Festsetzung des Dienstplans durch die Beklagte entsteht aber ein verbindlicher Dienstplan, wie die Klägerin selbst einräumt. Die so organisierte Disposition der Dienstzeiten ermöglicht der Klägerin jeden Monat neu,

Dienste nur zu den ihr passenden Zeiten verrichten zu müssen. Erst wenn sie ihre Dienste zu bestimmten Zeiten handschriftlich in dem ausgehängten Kalender anbietet, werden diese für sie verbindlich in den Dienstplan übernommen. Die Klägerin hat damit zeitliche Souveränität über ihre Dienste und unterliegt hinsichtlich des „OB“ der Dienste keinen Weisungen der Beklagten (vgl. in diesem Sinne bereits BAG, Urteil vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93 – NZA 1995, 622 unter B II 2 b (3), III 2 der Gründe). Hierin liegt auch der Unterschied zu den festangestellten Beschäftigten, die sich zwar äußerlich der Klägerin vergleichbar in den Kalender handschriftlich für bestimmte Dienste eintragen, diese Eintragungen aber in Erfüllung ihrer arbeitsvertraglich vereinbarten Wochen- bzw. Monatsarbeitszeiten vornehmen müssen. Schließlich wird diese zeitliche Souveränität der Klägerin auch bei kurzfristigen Um- bzw. Neudispositionen der Dienste gewahrt, weil sie jeweils um deren telefonische, mündliche oder elektronische Bestätigung gebeten wird. Bei einem Arbeitnehmer wäre eine einseitige Einteilung der Dienste als Ausübung des arbeitsvertraglichen Direktionsrechts rechtlich zulässig.

Soweit die Klägerin geltend macht, sie könne faktisch keine Dienste ablehnen, weil eine Ablehnung dazu führe, zukünftig zu weniger Diensten eingeteilt zu werden, steht dies der Annahme einer zeitlichen Souveränität nicht entgegen. Zum einen kann die Klägerin schon im Vorhinein steuern, zu wie viel Diensten sie eingeteilt wird, indem sie weniger bzw. nicht passende Dienste nicht in den Kalender einträgt. Dementsprechend muss sie auch weniger oder keine Dienste absagen. Zum anderen wird auch ein freier Mitarbeiter oder jeder Dienstleister umso weniger für Dienste angesprochen werden, je weniger er im Bedarfsfall zur Verfügung steht. Dieses Argument scheint daher nicht für die Abgrenzung zwischen freiem und festem Mitarbeiterverhältnis geeignet. Zudem ist nicht maßgebend, wie sich die Klägerin hinsichtlich ihres Arbeitseinsatzes entscheidet, sondern inwieweit sie die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur freien Entscheidung hat (vgl. schon LAG Nürnberg, a. a. O). Schließlich kann diese aus einem anderen Verfahren vor dem LAG München zum Gz.: 5 Sa 582/09 abgeleitete Argumentation nicht ohne Weiteres auf die Klägerin übertragen werden, denn nachdem sie im Jahr 2011 lediglich an 191 Tagen für die Beklagten tätig geworden ist, hat sie dennoch im Jahr 2012 an 213 Tagen ihren Dienst erbracht. Entgegen ihrer Behauptung war die Leistung weniger Dienste nicht nachteilig für die Anzahl der Dienste im Folgejahr.

cc) Auch sonstige Umstände vermögen die Annahme, es läge ein Arbeitsverhältnis vor, nicht zu begründen. Das BAG nimmt eine persönliche Abhängigkeit nicht bereits deshalb an, weil Rundfunk- und Fernsehmitarbeiter in ihrer Arbeit auf den Apparat der Anstalt und das Mitarbeiter-Team angewiesen sind (BAG, Urteil vom 30.11.1994, a.a.O. unter B II 2 a) der Gründe). Im Übrigen untersteht die Klägerin nur dann einem fachlichen Weisungsrecht, wenn sie sich diesem mit der Eintragung in den Kalender unterstellt.

3. Im Anschluss an die vorstehenden Ausführungen steht der Klägerin der geltend gemachte Beschäftigungsanspruch gegen die Beklagte nicht zu.

Ergänzend stützt die Kammer die Abweisung dieses Antrags darauf, dass schon rechnerisch eine Vollzeitbeschäftigung der Klägerin weder in Jahren 2009 bis 2014 (durchschnittlich 171,67 Tage statt 220 Tage) noch 2009 bis 2012 (durchschnittlich 204,75 Tage statt 220 Tage) vorlag. Wie sich etwaige Urlaubstage auswirken würden, hat die Klägerin nicht konkret dargelegt. Eine Berücksichtigung der Jahre 2013 und 2014, die wohl wegen ihrer Aktualität geboten wäre, ist hingegen nicht möglich, da die Klägerin nicht vorgetragen hat, wie sich die Beschäftigungstage in den einzelnen Jahren 2013 und 2014 verteilt haben.

4. Dementsprechend war auch der Antrag zu 3., der Gegenstand der Anschlussberufung der Klägerin ist, jedenfalls unbegründet. Mangels eines bestehenden Arbeitsverhältnisses finden „die Tarifverträge für die auf unbestimmte Zeit im C. tätigen Arbeitnehmer“ keine Anwendung.

Im Übrigen dürften die Bedenken gegen die Unbestimmtheit des Antrags, § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, auch durch das Vorbringen der Klägerin im Rahmen der Anschlussberufung nicht ausgeräumt worden sein. Es ist weiterhin offen, welche konkreten Tarifverträge von der Antragstellung umfasst sein sollen. Dass die Klägerin nicht lediglich den Manteltarifvertrag mit dem Titel „Tarifvertrag für die C.“ meint, ergibt sich bereits aus der im Plural formulierten Fassung des Antrags („die Tarifverträge ...“).

5. Der Klägerin war kein weiterer Vortrag zu ermöglichen. Die Streitfragen bestanden zwischen den Parteien seit Klageerhebung. Es besteht immer die Möglichkeit, dass das Berufungsgericht sie abweichend von der Erstinstanz beurteilt.

III.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits und ihrer erfolglosen Anschlussberufung gemäß §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 ArbGG zu tragen.

IV.

Die Revision wird nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann die Klägerin Revision einlegen.

Für den Beklagten 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 Revisionsschrift 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 anderer 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. Eulers

Radusch

Veh