

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Sa 439 b/14

5 Ca 760 c/14 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 01.12.2015

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 01.12.2015 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und die ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 11.11.2014 - 5 Ca 760 c/14 - geändert:

Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 01.09.2007 ein Arbeitsverhältnis als Kameramann in Vollzeit (38,5 Wochenstunden) besteht.

Der Beklagte wird verurteilt, den Kläger als Kameramann in Vollzeit zu beschäftigen.

Der Klageerweiterung in der Berufung (Antrag zu 3) wird abgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der ersten Instanz sowie 17 % der Kosten des Berufungsverfahrens. Der Kläger trägt 83 % der Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Revision wird für den Beklagten zugelassen.

.....

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift (**nur durch den Beklagten**) bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (www.bundesarbeitsgericht.de) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter www.egvp.de.

.....

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Status des Klägers und im Berufungsverfahren erweiternd um Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug.

Der Kläger ist Kameramann, der Beklagte eine Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts. Er beschäftigt neben als Arbeitnehmer fest angestellten Kameraleuten auch freie Mitarbeiter, auf die er im Bedarfsfall, d. h. wenn kein fest angestelltes Personal verfügbar ist, zugreift. Auf die fest angestellten Mitarbeiter wendet er einen mit den zuständigen Gewerkschaften geschlossenen Manteltarifvertrag (MTV) an. Eine Beschäftigung als freier Mitarbeiter erfolgt für eine Person aufgrund einer internen Vorgabe des Beklagten an maximal 60 Tagen im Jahr.

Der Kläger war seit 1996 als freier Kameraassistent und Kameramann für verschiedene Auftraggeber, u. a. den Beklagten, tätig. Im Jahr 2000 wies der damalige Produktionschef des Beklagten M. den Kläger darauf hin, eine umfangreichere Beschäftigung bei dem Beklagten sei möglich, wenn dieser über ein Verleihunternehmen mit einer Erlaubnis nach § 1 AÜG ausgeliehen werden könne. Im selben Jahr gründete der Kläger die Firma T. deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer er ab 2001 war. T. besaß die Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung und schloss in der Folgezeit Rahmenvereinbarungen über die Überlassung von „Produktionspersonal und ggf. Sachmittel“, die vom Kläger als Geschäftsführer für T. unterzeichnet wurden. Nach § 2 Abs. 4 dieser Vereinbarung verpflichtet sich T., dem Beklagten nur solche Arbeitnehmer zu überlassen, die zu T. mindestens für die Dauer der Überlassung an den Beklagten in einem Arbeitsverhältnis stehen. Wegen der weiteren Einzelheiten der Rahmenvereinbarungen wird auf das Anlagenkonvolut B 1 (Bl. 99 - 101 d. A.) Bezug genommen. Der Kläger war im Briefbogen der T. als deren Geschäftsführer angegeben. Er war in der Folgezeit weiter regelmäßig als Kameramann für den Beklagten tätig.

Jedenfalls ab September 2007 war der Kläger ausschließlich im Rahmen von Verträgen des Beklagten mit der T. als Kameramann für den Beklagten eingesetzt. Daneben waren als Arbeitnehmer der T. die Kameraassistenten B. und Ba. im Jahr 2007 und gelegentlich bis Ende 2009 sowie als Kameraassistentin und Kamerafrau die Arbeitnehmerin W. bei dem Beklagten tätig.

Vom 01.09. - 31.12.2007 war der Kläger bei 45 Tageseinsätzen für den Beklagten tätig, im Jahr 2008 an 195 Tagen, im Jahr 2009 an 191 Tagen, 2010 an 152 Tagen,

2011 an 169 Tagen, 2012 an 163 Tagen und 2013 an 144 Tagen. Für einen Tageseinsatz wurden der T. pauschal 10 Std. Einsatzzeit vergütet, unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme. Die tarifliche Arbeitszeit eines in Vollzeit als Kameramann bei dem Beklagten beschäftigten Arbeitnehmers beträgt 38,5 Wochenstunden. Im Januar 2014 sagte der Kläger auf eine Nachfrage der Disposition des Beklagten weitere Einsätze der T. ab. Das Unternehmen ist zwischenzeitlich liquidiert. Mit Schreiben vom 23.01.2014 machte er über einen Rechtsanwalt das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Beklagten geltend. Dieser lehnte eine Beschäftigung des Klägers als Arbeitnehmer ab.

Die Arbeit des Klägers bestand ganz überwiegend in der Kameraführung für Nachrichtenfilme oder kurze Magazinbeiträge für das „... M.“ oder die Sendung „S...“ von ca. 1 bis im Ausnahmefall 5 Minuten Dauer. Ca. 80 - 90 % dieser Beiträge realisiert der Beklagte durch freie Mitarbeiter. Vor Auftragserteilung an die Fa. T. fragte die Disposition des Beklagten am Vortag bis ca. 16.30 Uhr, gelegentlich auch erst am selben Tag an, ob ein Termin übernommen werden könne. Nach Bestätigung wurde ein schriftlicher Auftrag durch den Beklagten erteilt (Kopie eines Auftrags auf Bl. 151 d. A., Anlage K 12). Eine Verpflichtung zur Übernahme eines Auftrags bestand nicht, der Kläger erteilte der Disposition des Beklagten auch Absagen, etwa wegen Krankheit oder Urlaub. Ob diese nach Gründen für die Absagen fragte, ist streitig.

Bei Annahme des Auftrags wurde dem Kläger die Anfahrtszeit mitgeteilt, er holte den Teamwagen des Beklagten aus dessen Tiefgarage und belud ihn mit der Kameraausrüstung. Dabei wurde die Kameraausrüstung in nahezu allen Fällen von dem Beklagten gestellt. Dann fuhr der Kläger mit den Arbeitskollegen zum Drehort, wobei Einzelheiten des geplanten Beitrags unterwegs besprochen wurden. Bei den seltener vorkommenden Live-Einsätzen fand zunächst eine Besprechung vor Ort statt, danach eine Begehung mit dem Moderator, Regisseur und dem für das Licht zuständigen Kollegen, um die Inhalte festzulegen. Während der Dreharbeiten kommunizierte der Kläger mit den zuständigen Mitarbeitern des Beklagten per Headset. Bei länger im Voraus feststehenden Terminen kam es auch vor, dass der Kläger persönlich im Dienstplan des Beklagten eingetragen war (vgl. Anlage BK 3, Bl. 408 d. A. betreffend die Dispositionen des Beklagten anlässlich der Landtagswahl in Niedersachsen

2008). Ob und in welchem Umfang der Kläger bei den Dreharbeiten weisungsgebunden tätig war oder programmgestaltend tätig wurde, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger ist der Auffassung, er sei Arbeitnehmer des Beklagten. Hierzu hat er erstinstanzlich im Wesentlichen behauptet:

Er habe im Mai 2007 seine Kameraausrüstung komplett verkauft (Kopie der Rechnung und des Nachweises des Zahlungseingangs, Anl. K 10 und K 11, Bl. 107 - 110 d. A.) und habe seit jenem Zeitpunkt ausschließlich die von dem Beklagten zur Verfügung gestellte Kameraausrüstung benutzt. Seit September 2009 bis Ende 2013 sei er bis auf 10 im Einzelnen aufgeführte Aufträge (S. 7 des SS v. 18.07.2014, Bl. 54 d. A.) ausschließlich für den Beklagten tätig gewesen. Termine habe er nur in sehr wenigen Fällen abgesagt, in diesem Fall hätten die Disponenten des Beklagten nach dem Grund hierfür gefragt. In seltenen Fällen habe er abgesagt, weil er mit bestimmten Personen nicht habe zusammenarbeiten wollen; dies sei auch bei den festangestellten Kameraleuten des Beklagten üblich.

Bei den Dreharbeiten habe sich seine Aufgabe auf die eines Zuarbeiters beschränkt. Die Struktur der Beiträge, für die er gedreht habe, sei bei dem Beklagten vorgegeben. Vor Ort erteile der Autor/Regisseur die konkreten Anweisungen, seine Aufgabe bestehe darin, dem Regisseur, Autor, Sprecher bzw. Cutter nach deren Vorgaben und den sich aus der Arbeitsorganisation des Beklagten ergebenden Erfordernissen das Bildmaterial zu liefern. Damit sei er auch nicht programmgestaltend tätig.

Als Geschäftsführer der T. könne er bei dem Beklagten auch nicht als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden, da das AÜG für einen Geschäftsführer der Verleihfirma nicht gelte. Seine Position als Geschäftsführer sei bei dem Beklagten bekannt gewesen. Dieser habe regelmäßig Wert darauf gelegt, dass er an der Kamera stehe und dies aufgrund der Angaben in den Tagesberichten auch gewusst, auch in den Fällen, in denen bei T. ein „Team“ gebucht worden sei. Entsprechend sei Frau W. auch nur in ganz wenigen Ausnahmefällen als Kamerafrau tätig gewesen. Weitere angestellte Kameraleute habe die T. zu keinem Zeitpunkt beschäftigt. Angesichts des Umfangs

seines Einsatzes sei seine Tätigkeit mit der eines Vollzeitarbeitnehmers gleichzusetzen.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit dem 01.09.2007 ein Arbeitsverhältnis besteht,
2. den Beklagten zu verurteilen, den Kläger in Form eines Arbeitsverhältnisses als Kameramann in seinen Betrieben in K..., H..., S... oder H... in einem Volumen von 100 % einer Vollzeitkraft zu beschäftigen und tätig werden zu lassen, hilfsweise in dem vom Gericht festgestellten Volumen.

Hilfsweise hat er beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, den Kläger in Form eines Arbeitsverhältnisses entsprechend seinen Kenntnissen und Fähigkeiten in seinen Betrieben in K..., H..., S... oder H... mit einem Volumen von 100 % einer Vollzeitkraft zu beschäftigen und tätig werden zu lassen, hilfsweise in dem vom Gericht festgestellten Volumen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat im Wesentlichen erwidert:

Er wisse nicht, ob und ggf. wann der Kläger seine Kameraausrüstung verkauft habe, am 14. Juni 2012 sei er jedenfalls noch einmal mit eigenem (geliehenem) Equipment bei einem Beitrag für das ...M. tätig gewesen. Der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, einen Auftrag zu übernehmen, er bestreite mit Nichtwissen, dass er nur die von ihm angegebenen Fremdaufträge ab September 2009 wahrgenommen habe. Bei seinen Absagen gegenüber der Disposition habe der Kläger im Wesentlichen als Begründungen angegeben: Schwierigkeiten mit einzelnen Redakteuren, unangenehme Zeiten und private Angelegenheiten.

Als Kameramann sei der Kläger für die Bildgestaltung und Bildkomposition verantwortlich und im Team der verantwortliche Experte. Von einem bloßen „Oberflächenbediener“ könne keine Rede sein. Zum Berufsbild des Kameramanns gehöre ein hohes Maß an gestalterischen Fähigkeiten, Kreativität und die Lust am Filmemachen. Die Redaktionen seien auf die kreativen Vorschläge der Kameraleute geradezu angewiesen, da nur der Kameramann filmisch sehe und durch den Einsatz bestimmter Kameras, Objektive, Filter usw. einen bestimmten Look erzeugen könne. Es sei falsch, wenn der Kläger vortrage, ihm seien gewünschte Bildausschnitte, Lichtstimmungen oder die Länge der Bildeinstellungen vorgegeben gewesen. Der Kläger sei weder örtlich noch zeitlich weisungsgebunden gewesen. Eine Anwesenheit oder auch nur ständige Dienstbereitschaft sei von ihm nicht erwartet worden. Der Kläger verhalte sich auch rechtsmissbräuchlich, weil er durch die von ihm gewählte Konstruktion der Arbeitnehmerüberlassung das bei ihr geltende Tageslimit habe umgehen wollen. Jedenfalls ergebe sich aus dem Vortrag des Klägers nichts für eine Vollzeittätigkeit.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien in erster Instanz wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage durch Urteil abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, zwischen den Parteien bestehe kein Arbeitsverhältnis. Der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, einen Auftrag des Beklagten anzunehmen, er habe auch tatsächlich Aufträge abgelehnt, habe bei der Disposition des Urlaubs freie Hand gehabt und eine Krankheit nicht anzeigen müssen. Die Tatsache, dass er sich entschieden habe, sein Equipment zu verkaufen, falle nicht entscheidend ins Gewicht, ebenso wenig, dass er seit 2007 zeitlich fast vollständig von dem Beklagten in Anspruch genommen worden sei. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung des Arbeitsgerichts wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Gegen dieses ihm am 14.11.2014 zugestellte Urteil hat der Kläger am 10.12.2014 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 16.02.2015 am 16.02.2015 begründet.

Er trägt im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens ergänzend vor:

Er habe nach dem Verkauf seiner Kameraausrüstung im Regelfall mit den Produktionsmitteln des Beklagten gearbeitet. Wenn dieser ihm im Einzelfall keine Ausrüstung habe zur Verfügung stellen können, habe sich die Kameradisponentin des Beklagten Frau H. im Vorwege bei der Fa. V...GmbH erkundigt, ob der Beklagte dort eine Ausrüstung samt Teamwagen leihen könne. Dann sei er - Kläger - angewiesen worden, sich dort die Ausrüstung zu holen.

Er sei nicht zu den programmgestaltenden Mitarbeitern zu rechnen. Das sei bei einem Kameramann schon generell schwer vorstellbar; nach dem Abgrenzungskatalog der Sozialversicherungsträger gehörten Kameraleute in der Regel zu den abhängig Beschäftigten.

Beim Dreh eines Films sei der Ablauf bzw. das Skript im Kopf des Regisseurs vorhanden. Der Beklagte lasse - unstreitig - die Autoren und Regisseure durch Dozenten der ...m. schulen. In aller Regel richte sich deswegen die Struktur eines Beitrags nach einem bestimmten Grundkonzept, das der Kläger im Einzelnen beschreibt (S. 16 d. Berufungsbegründung, Bl. 207 d. A.). Es dürfe nicht zu viel Rohmaterial (Film) produziert werden, da dieses noch geschnitten werden und zum Text passen müsse. Gerade bei den kurzen Beiträgen, an denen er mitgewirkt habe, habe der Autor oder Regisseur die Auswahl an Einstellungen und die Dauer der Szenen vorab durchdacht. Die Anweisungen zur Umsetzung habe er dann wie das übrige Team auf der Fahrt zum Drehort und während des Drehs erhalten. Dass er die Möglichkeit habe, Bildausschnitte, Tiefenschärfe etc. bei den Aufnahmen tatsächlich selbst festzulegen, sei keine künstlerische Freiheit, die zur Annahme einer programmgestaltenden Tätigkeit führe. Zeit und Ort der Tätigkeit seien vollständig von dem Beklagten vorgegeben worden. Schließlich sei er von dem Beklagten auch mit den festangestellten Mitarbeitern gleichbehandelt worden. Ihm habe das „Kamerazimmer“ offen gestanden. Dort habe er insbesondere, wenn er Bereitschaftsdienst gehabt habe, mit den festangestellten Kameraleuten gewartet, ob ein Einsatz erteilt werde. Wie die fest

angestellten Kameraleute habe er einen Tageszettel über seinen Einsatz ausfüllen müssen.

Der Umfang seiner Beschäftigung in den Jahren 2007 - 2013 ergebe, dass er im Durchschnitt 88 % der Arbeitstage eines Vollzeitbeschäftigten geleistet habe. Das und der Umstand, dass er jeweils für 10 Stunden am Tag gebucht worden sei, rechtfertige es, von einem Vollzeitarbeitsverhältnis auszugehen.

Im Wege der Klageerweiterung macht der Kläger im Berufungsverfahren Zahlungsansprüche aus Annahmeverzug für die Zeit von Januar 2014 bis Juni 2015 geltend.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Kiel vom 11.11.2014 - 5 Ca 760 c/14 - wie folgt zu erkennen:

1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 01.09.2007 ein Arbeitsverhältnis als Kameramann in Vollzeit (38,5 Wochenstunden) besteht,
2. der Beklagte wird verurteilt, den Kläger als Kameramann in Vollzeit zu beschäftigen,

hilfsweise

in dem vom Gericht festgestellten Volumen,

3. a) Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Zeit vom 01.01.2014 bis zum 31.01.2015 Annahmeverzugslohn in Höhe von 59.766,85 € brutto abzüglich tatsächlicher Einnahmen in Höhe von 9.182,50 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- b) Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Zeit vom 01.02.2015 bis zum 30.06.2015 Annahmeverzugslohn in Höhe von 22.987,25 € brutto abzüglich tatsächlicher Einnahmen in Höhe von 8.355,-- € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 22.07.2015 zu zahlen.
- c) Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger für die Zeit vom 01.07.2015 bis zum 30.11.2015 Annahmeverzugslohn in

Höhe von 22.987,25 € brutto abzüglich tatsächlicher Einnahmen in Höhe von 9.757,50 € netto zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.12.2015 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage und die Berufung zurückzuweisen.

Er führt ergänzend zu seinem erstinstanzlichen Vorbringen aus:

Entscheidend sei nicht, ob der Kläger programmgestaltend tätig gewesen sei. Tatsächlich habe, die T. im Laufe der Jahre häufiger die Ausrüstung Dritter entliehen und an den Drehtagen eingesetzt, allerdings nicht auf seine - Beklagter - Weisung hin.

Gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spreche schon, dass der Beklagte seit 2007 durchgehend nur Vereinbarungen mit der T., nicht aber mit dem Kläger geschlossen habe. Es gebe keine vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien. Mehrfach sei auch von der T. ein komplettes Team bestellt worden, mehrfach seien auf Anforderung auch eine andere Kamerafrau und/oder ein Betriebstechnischer Assistent inklusive Equipment überlassen worden. Hierbei handele es sich um einen Dienst-/Werkvertrag, jedenfalls nicht einen Arbeitsvertrag mit dem Kläger. Auf die etwaige Unwirksamkeit der Rahmenverträge könne sich der Kläger nicht berufen, weil er diese Konstruktion über die Arbeitnehmerüberlassung nur gewählt habe, um die bei ihm bestehende Einsatzbegrenzung für freie Mitarbeiter zu umgehen.

Ein Kameramann sei bei seiner Tätigkeit im Außendienst in der optischen Umsetzung eines Themas oder Ereignisses in Bilder und Bildfolgen für die aktuelle Berichterstattung im Rahmen des redaktionellen Bereichs selbständig und eigenverantwortlich tätig. Dies gelte auch im Studiobereich, wobei hier die Konzeption der Sendung bestimmend sei. Dennoch bestehe auch dort die Möglichkeit, durch selbständige Auswahl entsprechender Bildausschnitte die Dramaturgie einer Sendung zu beein-

flussen. Der eigenschöpferische Teil der Leistung eines Kameramanns stelle als Bildgestaltung eine künstlerische Tätigkeit dar, die eine Qualifizierung als programmgestaltender Mitarbeiter sehr wohl rechtfertige. Für einen Kameramann sei Kreativität elementare Voraussetzung. Gerade bei den Außeneinsätzen sei ein Kameramann in einem Kamerateam die für Ergebnis, Ablauf und Sicherheit zentrale Person. Trotz redaktioneller Vorgaben besitze der Kameramann einen erheblichen Entscheidungsspielraum bei der Umsetzung des gefragten Themas. Eigene Regiefähigkeiten seien ebenso erforderlich wie die Befähigung zu einer erzählerischen Lichtgestaltung. Von einem Kameramann würden auch intuitive Reaktionen bei Aufnahme der Ereignisse erwartet.

Dass der Kläger an den Drehtagen bestimmte Produktionszeiten und die Drehorte habe einhalten müssen, sei eine pure Selbstverständlichkeit. In die Dienstpläne würden grundsätzlich nur festangestellte Mitarbeiter eingetragen werden. Der Kläger sei auch nicht in seine Betriebsorganisation eingegliedert gewesen: er habe kein Büro gehabt, ihm sei auch kein Arbeitsplatz zugeteilt gewesen. Dass der Kläger sich nicht um andere Auftraggeber gekümmert habe, sei seine freie wirtschaftliche Entscheidung gewesen. Höchst vorsorglich bestreite er auch den Umfang eines etwaigen Arbeitsverhältnisses. Der Kläger sei jedenfalls nicht in Vollzeit für ihn tätig gewesen.

Die Klageerweiterung in der Berufung sei unzulässig. Er befinde sich im Übrigen auch nicht im Annahmeverzug, da der Kläger seine Arbeitsleistung nicht angeboten habe. Der Kläger könne auch allenfalls die tarifliche Vergütung verlangen. Ferner habe er umfangreiche Rückforderungsansprüche gegen den Kläger, wenn in der Vergangenheit ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien begründet gewesen sein sollte.

Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß dem Beschluss vom 01.12.2015. Wegen des Inhalts des Beweisbeschlusses und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 01.12.2015 verwiesen. Auch wegen der weiteren Erklärungen der Parteien wird auf dieses Sitzungsprotokoll Bezug genommen. Ergänzend wird auf den Inhalt der Akte verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die gemäß § 64 Abs. 2 lit. b ArbGG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und begründete und damit zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Das Arbeitsgericht hat die Statusfeststellungsklage des Klägers zu Unrecht abgewiesen. Dementsprechend ist der Kläger auch von dem Beklagten zu beschäftigen. Die vom Kläger im Berufungsverfahren vorgenommene Klagerweiterung ist unzulässig. Insoweit ist die Klage abgewiesen worden. Im Einzelnen gilt Folgendes:

A.

Der Antrag zu 1. ist zulässig und begründet. Der Kläger ist seit dem 01.09.2007 als Kameramann im Umfang von 38,5 Wochenarbeitsstunden, also in Vollzeit, bei dem Beklagten als Arbeitnehmer beschäftigt.

I.

Der Antrag zu 1. ist als Feststellungsantrag gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig.

Der Kläger begehrt die Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nämlich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien. Es besteht auch das notwendige Feststellungsinteresse. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat der Beschäftigte in einem bestehenden Vertragsverhältnis jederzeit ein rechtliches Interesse daran, dass seine Rechtstellung als Arbeitnehmer alsbald festgestellt wird. Dies beruht darauf, dass dann auf das Rechtsverhältnis der Parteien ab sofort die zwingenden gesetzlichen Vorschriften anzuwenden sind, die ein Arbeitsverhältnis gestalten. Solange das Rechtsverhältnis nicht wirksam beendet ist, kann die Statusfrage jederzeit zur gerichtlichen Entscheidung gestellt werden. Jedenfalls dann, wenn sich die gegenwärtigen tatsächlichen Umstände seit Vertragsbeginn nicht geändert haben, bedarf es auch keines gesonderten Feststellungsinteresses für einen bis da-

hin zurückreichenden Klageantrag (BAG, Urt. v. 15.12.1999 - 5 AZR 3/99 - Juris, Rn 45).

Danach kann der Kläger auch rückwirkend bezogen auf den Zeitraum bis zum 01.09.2007 die Feststellung seines Status als Arbeitnehmer verlangen. Die maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse haben sich im Streitzeitraum vom 01.09.2007 bis 31.12.2013 nicht wesentlich geändert. Das wird auch von keiner Seite behauptet.

Daneben hat der Kläger auch ein Interesse daran, dass der Umfang seiner wöchentlichen Arbeitszeit festgestellt wird. Er selbst geht von einem Vollzeitarbeitsverhältnis aus, der Beklagte hat vorsorglich auch bestritten, dass der Kläger für den Fall des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses in Vollzeit bei ihm angestellt sei. Aus diesem Streit über den Umfang der Arbeitszeit folgt das Feststellungsinteresse des Klägers.

II.

Der Feststellungsantrag ist begründet. Der Kläger ist seit dem 01.09.2007 in Vollzeit Arbeitnehmer des Beklagten.

1. Der Antrag des Klägers ist nicht bereits deswegen unbegründet, weil der Kläger im Wege der Arbeitnehmerüberlassung bei der Beklagten eingesetzt wurde und damit nach den Regelungen des AÜG Arbeitnehmer der T. und nicht des Beklagten ist.

Die Anwendung der Vorschriften über die Arbeitnehmerüberlassung setzt nämlich voraus, dass die zur Arbeitsleistung überlassene Person Arbeitnehmer des Verleihunternehmers ist (vgl. § 1 Abs. 1 AÜG und BAG Urt. v. 09.11.1994 - 7 AZR 217/94 - Juris, Rn 15).

Der Kläger war aber nicht Arbeitnehmer der T., sondern deren Geschäftsführer. Die T. konnte daher den Kläger auch nicht als ihren Arbeitnehmer an den Beklagten überlassen.

2. Die Prüfung des Status des Klägers nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Abgrenzungskriterien ergibt, dass zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits ein Vertragsverhältnis entstanden ist, das rechtlich als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.

a) Zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits ist ein Vertrag zustande gekommen.

aa) Anerkannt ist, dass ein Vertrag nicht nur durch die Abgabe ausdrücklich übereinstimmender Willenserklärungen abgeschlossen werden kann, sondern auch durch übereinstimmendes schlüssiges Verhalten (Realofferte und deren konkludente Annahme, BAG, Urt. v. 17.04.2013 - 10 AZR 272/12 - Juris, Rn 13).

bb) Der Annahme, zwischen den Parteien sei ein Vertrag zustande gekommen, steht nicht entgegen, dass der Beklagte bei Entgegennahme der Arbeitsleistungen des Klägers als Kameramann davon ausging, dieser handele in Erfüllung einer Verpflichtung gegenüber der T.. Zwar musste der Beklagte grundsätzlich nicht davon ausgehen, dass in der Erbringung der Arbeitsleistungen durch den Kläger das schlüssige Angebot eines Vertragsschlusses ihm gegenüber liegen würde. Entsprechend spricht auch die vertragliche Absprache zwischen dem Beklagten und der Firma T. dagegen, dass die Entgegennahme der Leistungen des Klägers durch den Beklagten als Annahme des Angebots der Arbeitsleistung des Klägers anzusehen war.

Bei vorstehender Betrachtungsweise bliebe jedoch unberücksichtigt, dass das Verhalten der Parteien objektiv darauf gerichtet war, die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts zum Nachteil des Klägers zu umgehen. Die Einschaltung der Firma T. als Verleihunternehmen erfolgte aufgrund der Anregung des verantwortlichen Mitarbeiters M. des Beklagten gegenüber dem Kläger, er könne im Wege der Leiharbeit bei ihm eingesetzt werden. Den verantwortlichen Mitarbeitern der Beklagten war auch bekannt, dass der Kläger tatsächlich Geschäftsführer der Firma T. war. Das konnten diese ohne weiteres aus den regelmäßig vom Kläger unterzeichneten Rahmendienstverträgen der Firma T. mit dem Beklagten ersehen, in denen der Kläger als Geschäftsführer der T. zeichnete. Nach den Erörterungen im Berufungstermin war unstrittig, dass nicht nur im Jahr 2012 sondern auch in den Jahren zuvor jeweils Rahmenverträge vom Kläger und dem verantwortlichen Produktionschef und dem

verantwortlichem Produktionsleiter des Beklagten unterzeichnet worden waren. Ferner wiesen sämtliche vom Kläger für die Firma T. bei dem Beklagten eingereichten Rechnungen den Kläger als Geschäftsführer dieser Firma aus. Damit lag zum Zeitpunkt der jeweiligen Einsätze des Klägers für den Beklagten offen zu Tage, dass der Kläger gerade nicht in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer für die T. einer dieser gegenüber bestehenden Verpflichtung nachkam, wenn er seine Dienste bei dem Beklagten antrat.

Vor diesem Hintergrund sieht es die Kammer als rechtsmissbräuchlich an, wenn der Beklagte sich darauf beruht, dass es zu keinen Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien gekommen sei, weil er stets nur Verträge mit der Firma T. geschlossen habe und davon ausgehen dürfe, dass der Kläger im Rahmen einer gegenüber T. bestehenden Verpflichtung bei ihm tätig sei. Die zuständigen Mitarbeiter des Beklagten kannten alle Tatsachen, aus denen sie erkennen konnten, dass der Kläger nicht als verliehener Arbeitnehmer der T. für ihn tätig sein konnte. Die an die Arbeitnehmereigenschaft anknüpfende Geltung der Schutzvorschriften des Arbeitsrechts kann durch Parteivereinbarung nicht abbedungen werden.

b) Nach den allgemeinen Abgrenzungskriterien zwischen der Tätigkeit eines Arbeitnehmers und eines sonstigen freien Mitarbeiters ist der Kläger als Arbeitnehmer für den Beklagten anzusehen.

aa) Grundsätzlich bestimmt sich die Frage, welcher Vertragstyp vorliegt, nach dem wirklichen Geschäftsinhalt. 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. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen (BAG, Urt. v. 17.04.2013 - 10 AZR 272/12 - Juris, Rn 15).

Diese Grundsätze sind auch im Bereich Funk und Fernsehen anzuwenden, wobei der verfassungsrechtliche Schutz der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zu beachten ist. Allgemein müssen die Gerichte Grundrechte interpretationsleitend berücksichtigen, damit deren wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt. Das verlangt im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in der Regel 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. Die Rundfunkfreiheit erstreckt sich auf das Recht der Rundfunkanstalten, dem Gebot der Vielfalt der zu vermittelnden Programminhalte auch bei der Auswahleinstellung und Beschäftigung derjenigen Mitarbeiter Rechnung zu tragen, die bei der Gestaltung der Programme mitwirken sollen (BAG, a. a. O., Rn 16). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist als „programmgestaltend“ der Kreis derjenigen Rundfunkmitarbeiter anzusehen, „die an Hörfunk und Fernsehsendungen inhaltlich gestaltend mitwirken. Das gilt namentlich, wenn sie typischerweise ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung einbringen, wie dies bei Regisseuren, Moderatoren, Kommentatoren, Wissenschaftlern und Künstlern der Fall ist.“ Nicht zu den programmgestaltenden Mitarbeitern gehören das betriebstechnische und das Verwaltungspersonal sowie diejenigen, die zwar bei der Verwirklichung des Programms mitwirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss darauf haben. Auch bei programmgestaltenden Mitarbeitern kann entgegen der ausdrücklich getroffenen Vereinbarung ein Arbeitsverhältnis vorliegen wenn sie weitgehend inhaltlichen Weisungen unterliegen, ihnen also nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibt und der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über ihre Arbeitsleistung verfügen kann. Letzteres ist dann der Fall, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung durch Dienstpläne herangezogen wird, ihm also die Arbeiten letztlich zugewiesen werden. Bei nichtprogrammgestaltenden Mitarbeitern von Rundfunkanstalten ist die Arbeitnehmereigenschaft anhand der allgemeinen Kriterien zu prüfen. Auch sie können je nach Lage des Falls freie Mitarbeiter sein. Die Unterscheidung zwischen programmgestaltenden und nichtprogrammgestaltender Tätigkeit ist deswegen von Bedeutung, weil

bestimmte Gegebenheiten je nachdem, ob es sich um programmgestaltende Mitarbeiter handelt oder nicht, unterschiedlichen Aussagewert im Hinblick auf den Arbeitnehmerstatus haben können. Die rechtliche Differenzierung findet ihre Grundlage in erheblichen tatsächlichen Unterschieden der Arbeit in einer Rundfunkanstalt. So wird die zeitliche und räumliche Einbindung bei programmgestaltenden Mitarbeitern oft nicht ohne weiteres als Hinweis auf eine Leistung in persönlicher Abhängigkeit gewertet werden können (BAG, a. a. O., Rn 17 - 20).

Allerdings kann auch bei Aufnahme in einen Kreis immer wieder beschäftigter oder zur Verfügung stehender Personen („Pool“) trotz anfänglicher beiderseitiger Unverbindlichkeit ein Dauerarbeitsverhältnis entstehen. Ein Dauerarbeitsverhältnis kann auch dann entstehen, wenn den Einsätzen jeweils telefonische Anfragen, ob der Mitarbeiter zur Verfügung steht, vorausgehen. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber auf diese Weise keinen Spitzen- oder Saisonbedarf, sondern einen Dauerbedarf an Arbeitskräften abdeckt, er also auf Dauer mehr Arbeitnehmer benötigt als er unbefristet eingestellt hat. Voraussetzung ist jedoch, dass der einzelne Arbeitnehmer häufig und ohne größere Unterbrechungen herangezogen wird und er von seinem Ablehnungsrecht regelmäßig keinen Gebrauch macht, der Arbeitnehmer also darauf vertrauen kann, auch in Zukunft herangezogen zu werden (BAG, Urt. v. 22.04.1998 - 5 AZR 92/97 - Juris, Rn 33 u. 35).

bb) Bei Anlegung dieser Maßstäbe für die Mitarbeiter von Rundfunkanstalten ist der Kläger als Arbeitnehmer des Beklagten anzusehen.

(1) Beim Kläger handelt es sich nicht um einen programmgestaltenden Mitarbeiter des Beklagten. Er wirkt an den Fernsehbeiträgen, an denen er beteiligt ist, nicht inhaltlich gestaltend mit, insbesondere bringt er nicht seine eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen oder besondere Fachkenntnisse und Informationen oder eine individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendung ein.

Prägend für die Tätigkeit des Klägers sind die Erstellung von Kameraaufnahmen für Beiträge für das ...M. und die Sendung S... . Diese machen den ganz überwiegen-

den Teil der Einsätze des Klägers aus, wie sich aus der von ihm in der Anlage K9 eingereichte Aufstellung ergibt.

Diese Beiträge des Klägers für das ...M. sind dadurch gekennzeichnet, dass sie regelmäßig nur von ganz kurzer Dauer bis ca. 2 Min. 30 pro Beitrag sind. Nur in wenigen Ausnahmefällen beträgt die Länge eines Beitrags bis zu 5 Min. Das hat der Kläger im Berufungstermin unwidersprochen ausgeführt. Es lässt sich auch bei Betrachtern bei der Sendungen im Fernsehen regelmäßig feststellen, dass die entsprechenden Filmbeiträge keine längere Zeitdauer umfassen. Die Nachrichtenbeiträge selbst folgen im Übrigen unstreitig einer bestimmten vorgegebenen Struktur und Erzählweise, für die die Autoren und Regisseure des Beklagten von der ...m. gecoacht werden. Dabei gibt es nach dem unwidersprochenen Vortrag des Klägers ein ganz bestimmtes Grundkonzept, dem der Beitrag folgt. Zuerst wird ein atmosphärisches Bild gezeigt, dann wird die zentrale Geschichte von einer betroffenen Person erzählt, dann deren Herausforderung geschildert. Es folgen tragische O-Töne und ein Ausblick in die Zukunft. Daneben gibt es Vorgaben zur Schnittfolge und wie der Kameramann eine Person oder ein Motiv in ein Bild einpassen soll. Diesem konkreten Vortrag des Klägers zum Aufbau der Filmbeiträge und den ihm gemachten Vorgaben ist der Beklagte sowohl in erster Instanz als auch im Berufungsverfahren nur mit ganz allgemeinen Ausführungen zur eigenverantwortlichen und selbständigen Tätigkeit eines Kameramanns im Rahmen des redaktionellen Bereichs entgegengetreten. So führt er auf S. 20 der Berufungserwiderung (Bl. 314 d. A.) aus, ein Kameramann sei bei seiner Tätigkeit im Außendienst in die optische Umsetzung eines Themas oder Ereignisses in Bilder und Bildfolgen für die aktuelle Berichterstattung im Rahmen des redaktionellen Bereichs eigenverantwortlich und selbständig tätig. Der eigenschöpferische Teil der Leistung eines Kameramannes stelle als Bildgestaltung eine künstlerische Tätigkeit dar, die eine Qualifizierung als programmgestaltender Mitarbeiter rechtfertige. Auch und insbesondere für einen Kameramann sei Kreativität eine elementare Voraussetzung. Gerade und insbesondere auch bei Außeneinsätzen sei ein Kameramann in einem Kamerateam die für Ergebnis, Ablauf und Sicherheit zentrale Person. Trotz redaktioneller Vorgaben besitze der Kameramann einen erheblichen Entscheidungsspielraum bei der Umsetzung des gefragten Themas. Eigene Regiefähigkeiten seien ebenso erforderlich wie die Befähigung zu einer erzählerischen

Lichtgestaltung. Von einem Kameramann würden auch intuitive Reaktionen bei Aufnahme der Ereignisse erwartet. Diese Ausführungen des Beklagten bleiben gänzlich abstrakt. Sie sind nicht auf die Tätigkeiten des Klägers beim Beklagten zugeschnitten. Es ist nicht erkennbar, wie der Kläger inhaltlich gestaltend mitwirkt, wenn doch die Struktur eines Beitrags vom Autor/Regisseur vorgegeben ist und die Gesamtdauer des Beitrags bei max. 2 Min. 30 liegt. Der Beklagte hat auch keine konkreten Beispiele genannt, die seinen Vortrag belegen. Dass der Kläger auch künstlerische Fähigkeiten besitzen muss, macht ihn noch nicht zu einem programmgestaltenden Mitarbeiter (vgl. insoweit die Ausführungen des BAG zum Arbeitnehmerstatus einer Cutterin, BAG v. 17.04.2013 - 10 AZR 272/12 - Juris, Rn 22).

(2) Da der Kläger nicht programmgestaltender Mitarbeiter des Beklagten war, ist seine Arbeitnehmereigenschaft damit nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anhand der allgemeinen Kriterien zu überprüfen. Danach steht er zum Beklagten in einem Arbeitsverhältnis.

(a) Der Kläger ist bei Ausübung seiner Tätigkeit im Wesentlichen fachlich weisungsgebunden. Der Inhalt des vom Kläger zu erstellenden Filmmaterials richtet sich nach dem Skript des Autors oder nach dem Thema eines Nachrichtenbeitrags. Der Beklagte spricht hier in seiner Berufungserwiderung selbst von „redaktionellen Vorgaben“ (vgl. S. 21, Bl. 315 d. A.). Allerdings ist der Kläger auch nach seinem Vortrag in der technischen Durchführung der Filmaufnahmen weitgehend frei. Das ist aber bei so anspruchsvollen Aufgaben wie der Erstellung eines Films nach Auffassung des Berufungsgerichts kein entscheidendes Kriterium, das der Annahme fachlicher Weisungsgebundenheit entgegenstehen könnte. Wegen der kurzen Dauer der gesendeten Beiträge, ihres typischen Ablaufs unter Verwendung typischer Schnittvarianten ist ein nennenswerter Bereich eigenständigen Handelns des Klägers nicht erkennbar. Hinzu kommt, dass auch wegen des zeitlichen Drucks - die Aufnahmen werden üblicherweise noch am selben Tag gesendet - ein Raum für weisungsfreies, selbständiges Handeln des Klägers im Rahmen der Dreharbeiten praktisch nicht verbleibt. Schließlich muss das Ergebnis der Dreharbeiten stets den Vorstellungen des Autors entsprechen.

Ferner ist nach Auffassung des Berufungsgerichts bei der Beurteilung der fachlichen Weisungsgebundenheit des Klägers zu berücksichtigen, dass dieser als vermeintlicher Leiharbeitnehmer über T. von dem Beklagten verpflichtet war. Als solcher unterstand er, wenn auch nicht rechtlich doch zumindest tatsächlich, den Weisungen der Mitarbeiter des Beklagten. Denn beiden Seiten war nicht bewusst, dass der Kläger aus Rechtsgründen nicht als Leiharbeitnehmer eingesetzt werden konnte. Die Mitarbeiter des Beklagten hatten denn auch gar keinen Anlass den Kläger anders zu behandeln, als einen festangestellten Kameramann.

(b) Die örtliche Weisungsgebundenheit kommt als Kriterium für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft des Klägers nur eingeschränkt in Frage. Dem Kläger war kein fester Arbeitsort im Hause des Beklagten zugewiesen. Das lag in der Natur der ihm übertragenen Aufgaben, die sich ausschließlich auf Dreharbeiten außerhalb des Landesfunkhauses in K... beschränken. Dass der Kläger die Möglichkeit hatte, gemeinsam mit den fest angestellten Kameraleuten der Beklagten im „Kamerazimmer“ seine Freizeit zu verbringen, ist nicht entscheidend. Da der Kläger aber seine Arbeitsleistung regelmäßig nicht an einem bestimmten Ort zu erbringen hatte, kann aus dem Fehlen eines festen Arbeitsplatzes im Sender des Beklagten auch nichts Entscheidendes gegen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers gewonnen werden. Immerhin übte der Beklagte jedenfalls insoweit ein örtliches Weisungsrecht aus, als der Kläger seine Arbeit regelmäßig im Sender aufnahm, um von dort mit dem Drehteam zum Drehort zu fahren.

(c) Der Kläger war auch zeitlich weisungsgebunden. Unstreitig war die Firma T. in einen Pool von Unternehmen aufgenommen, die von dem Beklagten regelmäßig beauftragt wurden. Die Prozessvertreterin des Beklagten hat hierzu im Berufungstermin noch einmal ausdrücklich erklärt, bei der Disposition habe eine Liste von Verleihfirmen vorgelegen, die bei der Auftragsvergabe der Reihe nach abtelefoniert worden sei. In diesem Zusammenhang wurde auch regelmäßig der Kläger abgerufen. Der zeitliche Umfang der Heranziehung des Klägers, den dieser noch einmal in der Berufungsbegründung auf den S. 5 - 8 (Bl. 196 - 199 d. A.) seit September 2007 dargestellt hat, hat der Beklagte bereits mit erstinstanzlichem Schriftsatz vom 15.08.2014, dort S. 5 (Bl. 89 d. A.), unstreitig gestellt. Danach war der Kläger in den Jahren 2008

bis 2013 zwischen 143 und 196 Tagen im Jahr für den Beklagten als Kameramann tätig. Mit dieser Heranziehung, u. a. des Klägers, wollte der Beklagte einen bei ihm bestehenden Dauerbedarf an Arbeitskräften abdecken. Das ... M. wird an mehr als 360 Tagen im Jahr gesendet, die Sendung S... läuft ganzjährig an den Werktagen von montags - freitags außer an Feiertagen. Der Beklagte hat insoweit auch selbst eingeräumt, dass 80 bis 90 % der Beiträge für diese Sendungen nicht von fest angestellten Mitarbeitern erstellt werden.

Schließlich hat der Kläger auch nicht regelmäßig von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch gemacht. Das hat keine der Parteien behauptet. Unstreitig konnte der Kläger Aufträge ablehnen und hat dies auch getan, ohne dass der nähere Umfang von den Parteien mitgeteilt werden konnte. Der Kläger ist im Umfang einer Vollzeitkraft (vgl. dazu unten die Ausführungen unter 4.) für den Beklagten tätig geworden. Selbst wenn er darüber hinausgehende Aufträge abgelehnt hat, durfte er doch darauf vertrauen, auch in Zukunft weiter herangezogen zu werden. Dem Kläger ging es in dem Gespräch mit dem damaligen Produktionschef des Beklagten M. anlässlich der Gründung der Firma T. ja gerade darum, regelmäßig mehr als die von dem Beklagten vorgegebene 60 Tageshöchstgrenze für Einsätze als freier Mitarbeiter bei dem Beklagten beschäftigt zu werden.

Ob der Kläger neben seiner Tätigkeit für den Beklagten noch Aufträge von Dritten angenommen hat, nach seinem eigenen Vortrag in der Zeit ab September 2007 bis Ende 2013 nur insgesamt 10, ist aus Sicht des Berufungsgerichts unerheblich. Er wäre dann nur neben seiner Vollzeittätigkeit für den Beklagten einer Nebenbeschäftigung nachgegangen. Ebenfalls keine Entscheidungserheblichkeit kommt der namentlichen Aufnahme des Klägers etwa in die Gesamtdisposition zur Landtagswahl in Niedersachsen (Bl. 408 d. A.) zu. Unstreitig beruhte die Aufnahme in der Dispositionsliste auf einer vorherigen Absprache zwischen den Parteien. Keineswegs ist der Kläger von dem Beklagten im Sinne einer Dienstplaneinteilung zu diesem Einsatz herangezogen worden.

(d) Der Kläger war schließlich auch in erheblichem Maße in die Arbeitsorganisation des Beklagten eingebunden. Das fing damit an, dass der Beklagte für den Kläger die

Kameraausrüstung stellte. In nahezu allen Fällen, in denen der Kläger tätig war, nutzte er die im Eigentum des Beklagten bestehende Kameraausrüstung. War dies einmal nicht der Fall, so organisierte der Beklagte für den Kläger bei der Firma V... GmbH eine Kameraausrüstung. Hierfür übernahm auch der Beklagte die Kosten. Das hat die Zeugin H. in ihrer Vernehmung vor dem Berufungsgericht bekundet. Die Kammer hat keine Zweifel, dass diese Aussage, die mit dem Vortrag des Klägers übereinstimmt, so auch zutrifft. Das ist nach Durchführung der Beweisaufnahme von dem Beklagten auch nicht weiter in Abrede gestellt worden. Die Zeugin H. hat im Übrigen auch den Vortrag des Klägers bestätigt, dass es nur sehr sehr wenige Fälle gegeben hat, die Zeugin H. sprach von drei Fällen in zwei Jahren, in denen keine Kameraausrüstung von dem Beklagten selbst zur Verfügung gestellt werden konnte. Die Einbindung des Klägers in die Arbeitsabläufe des Beklagten zeigt sich auch darin, dass er regelmäßig das Fahrzeug, mit dem das Drehteam zum Einsatzort fuhr, aus der Tiefgarage des Beklagten abholte um mit der von dem Beklagten zur Verfügung gestellten Ausrüstung belud. Das Fahrzeug selbst war dabei in der Tiefgarage des Beklagten am Sender geparkt, den der Kläger somit regelmäßig zu Beginn der Dreharbeiten aufsuchte.

Weiter zeigt sich die Einbindung des Klägers in die Arbeitsabläufe des Beklagten darin, dass das Team, mit dem der Kläger zum Drehort unterwegs war, regelmäßig sowohl aus freien Mitarbeitern als auch aus angestellten Arbeitnehmern des Beklagten bestand. Das war im Berufungstermin auf Nachfrage des Gerichts unstrittig. Eine Differenzierung zwischen beiden Berufsgruppen war während des Einsatzes bei dem Beklagten erkennbar nicht üblich.

cc) Damit sprechen alle wesentlichen Umstände dafür, dass der Kläger als Arbeitnehmer für den Beklagten tätig war. Dass die Firma T. neben dem Kläger auch weitere (echte) Leiharbeiter bei dem Beklagten einsetzte und jedenfalls gelegentlich auch mit eigenem Material tätig war, steht dieser Einschätzung nicht entgegen. Die Einschaltung eines Verleihunternehmens durch den Beklagten ist nicht generell unzulässig oder rechtsmissbräuchlich. Sie ist es nur im Fall des Klägers, weil bei ihm die Voraussetzungen für eine Arbeitnehmerüberlassung nicht vorlagen. Nur bezogen auf den Kläger liegt die eingangs dargestellte Umgehung durch die Einschaltung ei-

nes Verleihunternehmens vor. Im Übrigen bleibt es bei der Wirksamkeit des Vertrags zwischen der Firma T. und dem Beklagten.

3. Die Berufung des Klägers auf seinen Arbeitnehmerstatus ist auch nicht treuwidrig, § 242 BGB, weil der Kläger sich auf die Unwirksamkeit der Arbeitnehmerüberlassung beruft. Auch wenn der Kläger, wie der Beklagte auf S. 17 der Berufungserwiderung ausführt (Bl. 311 d. A.), die Konstruktion über die Arbeitnehmerüberlassung nur gewählt hat, um die beim Beklagten bestehende Begrenzung des Einsatzes von freien Kameramännern auf 60 Tage pro Jahr zu umgehen, führt dies nicht dazu, sein Verhalten als rechtsmissbräuchlich zu beurteilen.

a) Grundsätzlich ist die Ausübung eines Rechts missbräuchlich, wenn der Berechtigte es gerade durch ein gesetzes- oder vertragswidriges Verhalten erworben hat. Dabei genügt ein objektiv unredliches Verhalten, Arglist oder Verschulden ist nicht erforderlich (Palandt, 74. Aufl., 2015, § 242, Rn 43). Allerdings führt nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtstellung. Treuwidriges Verhalten eines Vertragspartners kann zwar dazu führen, dass ihm die Ausübung eines ihm zustehenden Rechts zu versagen ist, wenn er sich dieses Recht gerade durch das treuwidrige Verhalten verschafft hat. Entsprechendes gilt, wenn das treuwidrige Verhalten darauf gerichtet war, die tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsausübung zu schaffen. Lässt sich ein zielgerichtet treuwidriges Verhalten nicht feststellen, so muss durch eine umfassende Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalles entschieden werden, ob und inwieweit einem Beteiligten die Ausübung einer Rechtsposition nach Treu und Glauben verwehrt sein soll (BGH, Urt. v. 28.10.2009 - IV ZR 140/08 - Juris, Rn 21).

b) Allerdings hat der Kläger die für ihn günstige Rechtsposition dadurch erlangt, dass er sich in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der T. unter Verstoß gegen § 2 Abs. 4 des Rahmenvertrags zwischen der T. und dem Beklagten als „Arbeitnehmer“ an den Beklagten verliehen hat. Ein Verschulden des Klägers ist bei der Prüfung eines Verstoßes gegen Treu und Glauben grundsätzlich nicht erforderlich. Im Übrigen ist

die Vereinbarung in § 2 Abs. 4 des Rahmentarifvertrags aber auch klar und unmissverständlich.

Trotz dieses Verstoßes des Klägers hält die Berufungskammer seine Berufung auf den Status als Arbeitnehmer nicht für treuwidrig. Dieser handelte nicht zielgerichtet zur Erlangung des Arbeitnehmerstatus als er die Firma T. gründete, sondern um über diesen „Umweg“ zu mehr Einsätzen beim Beklagten kommen zu können. Auch war sein Vorgehen in keiner Weise heimlich und auf Täuschung des Beklagten ausgerichtet. Die Tatsache, dass der Kläger Geschäftsführer der T. GmbH war, war bei den verantwortlichen Mitarbeitern des Beklagten bekannt. Wie bereits ausgeführt, hatte der Kläger in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der T. GmbH die Rahmenverträge selbst unterschrieben. Auf allen Rechnungen ist er als Geschäftsführer der T. GmbH ausgewiesen. Der Einsatz des Klägers in dieser Form erfolgte seit 2001 und damit mehr als 10 Jahre, ohne dass jemals jemand von dem Beklagten hiergegen eingeschritten ist. Auch die Idee, als Leiharbeiter für den Beklagten tätig sein zu können, ging von dem Beklagten aus, nämlich von dem insoweit unstreitigen Hinweis seines verantwortlichen Produktionsleiters M., der Kläger könne über eine Verleihfirma bei dem Beklagten mehr als 60 Tage im Jahr tätig sein. Ein irgendwie täuschendes, heimliches, die Unkenntnis des Beklagten gezielt ausnutzendes Verhalten des Klägers ist nicht ersichtlich. Ihm ging es darum, durch die Überschreitung der von dem Beklagten vorgegebenen Einsatzzeiten, einen auskömmlichen Lebensunterhalt zu erreichen. Dem Kläger war erkennbar die Rechtslage lange Zeit selbst nicht bewusst. Sonst hätte für ihn die Möglichkeit bestanden, schon wesentlich früher seinen Arbeitnehmerstatus gegenüber dem Beklagten geltend zu machen.

Diese Gesamtumstände rechtfertigen nach Einschätzung der Kammer nicht den Vorwurf an den Kläger, sich rechtsmissbräuchlich zu verhalten, wenn er ein jahrelang von beiden Parteien einvernehmlich praktiziertes Verhalten nunmehr im Hinblick auf dessen Rechtmäßigkeit in Frage stellt.

4. Der Feststellungsantrag des Klägers ist auch insoweit begründet, als er die Feststellung begehrt, dass er in Vollzeit für den Beklagten tätig ist.

a) Ist zwischen den Parteien nicht ausdrücklich ein Arbeitsvertrag geschlossen worden, kann für die Bestimmung der regelmäßigen vertraglichen Arbeitszeit auf das gelebte Rechtsverhältnis als Ausdruck des wirklichen Parteiwillens abgestellt werden. Dabei entspricht, wenn der Beurteilung eine mehrjährig übereinstimmende und ohne entgegenstehende Bekundungen geübte Vertragspraxis zugrunde liegt, die Referenzmethode am ehesten dem durch tatsächliche Befolgung geäußerten Parteiwillen. Sie vermeidet die Überbetonung von auf Zufälligkeiten beruhenden Ausschlägen nach oben und unten (BAG, Urt. v. 17.04.2013 - 10 AZR 272/12 - Juris, Rn 34).

b) Ausgehend von der unstreitigen Zahl der Einsätze im Zeitraum von September 2007 bis Dezember 2013 (45 + 195 + 191 + 152 + 169 + 163 + 144) war der Kläger durchschnittlich 13,9 Tage im Monat bei dem Beklagten eingesetzt. Da der Kläger bei einem Einsatz bis zu 10 Stunden zur Tätigkeit verpflichtet war, ist von einer jährlichen Arbeitszeit für den Beklagten von $(13,9 \times 10 \times 12 =)$ 1.668 Stunden im Jahr auszugehen.

Unerheblich ist, wie lange die konkreten Einsätze des Klägers im Einzelfall dauerten und dass der Einsatz nicht in jedem Fall 10 Stunden währte. Jedenfalls unterlag der Kläger während dieser Zeit den Weisungen des Beklagten. Wenn der Beklagte ihn dann nicht zur Arbeitsleistung heranzieht, ist das nicht anders, als wenn ein Arbeitnehmer vorzeitig nach Hause geschickt wird.

Dem Jahreseinsatz des Klägers von 1.668 Stunden steht eine durchschnittliche Jahresarbeitszeit der festangestellten Mitarbeiter des Beklagten von 1.617 Stunden gegenüber. Dies errechnet sich wie folgt: Von den 365 Tagen des Jahres sind 104 Tage für Wochenenden, 5 Feiertage sowie 31 Urlaubstage abzuziehen. Das ist zwischen den Parteien auch unstreitig. Ferner abzuziehen sind durchschnittlich weitere 15 Tage sonstiger Fehlzeiten eines festangestellten Mitarbeiters des Beklagten. Diese 15 Tage beruhen auf der Berücksichtigung von durchschnittlichen Fehlzeiten der festangestellten Mitarbeiter, z. B. aufgrund von Krankheit. Das hat der Beklagte erstinstanzlich selbst so vorgetragen (S. 8 d. Schriftsatzes v. 15.08.2014, Bl. 91 a d. A.).

Es verbleiben daher 210 Tage mit einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 7,7 Stunden (Ziff. 315 MTV), so dass sich insgesamt eine durchschnittliche Jahresarbeitszeit von 1.617 Stunden im Jahr ergibt. Damit war der Kläger im Durchschnitt des Referenzzeitraums sogar mehr als ein vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer für den Beklagten tätig.

B.

Der Antrag zu 2. ist ebenfalls begründet. Der Beklagte hat den Kläger als Kameramann in Vollzeit tatsächlich zu beschäftigen. Die entsprechende Verpflichtung des Beklagten folgt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts aus § 242 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1 und 1 Abs. 1 GG.

C.

Der Antrag zu 3. ist unzulässig.

Der Kläger hat erstmals in der Berufungsinstanz seine Feststellungsklage um Zahlungsansprüche aus Annahmeverzug erweitert.

Gemäß § 533 ZPO ist eine Klageänderung in der Berufungsinstanz nur zulässig, wenn erstens der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und zweitens diese auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat.

Der Beklagte hat in die Klageänderung in der Berufungsinstanz nicht eingewilligt. Das Gericht hält diese auch nicht für sachdienlich.

1. Der Beklagte hat sich nicht rügelos auf die Klageänderung eingelassen.

Dabei ist es unerheblich, ob der Beklagte in seinen Schriftsätzen sachlich zur Klageänderung Stellung genommen hat. Immerhin ist insoweit darauf hinzuweisen, dass der Beklagte von Anfang an die Unzulässigkeit der Klageänderung gerügt hat. Entscheidend ist aber, dass die rügelose Einlassung in der mündlichen Verhandlung erfolgen muss (§§ 525, 267 ZPO). In der mündlichen Verhandlung aber hat der Prozessbevollmächtigte des Beklagten auf Befragen des Gerichts die Einwilligung in die Klageänderung ausdrücklich verweigert (vgl. zum Ganzen auch: Münch. Komm. zur ZPO, 3. Aufl., § 267, Rn 7 u. 8).

2. Die Klagerweiterung ist auch nicht sachdienlich.

a) Zwar ist die Sachdienlichkeit einer Klageänderung in der Berufungsinstanz nur ausnahmsweise zu verneinen, insbesondere dann, wenn es die Bejahung zur Beurteilung eines völlig neuen Streitstoffes nötigen würde, ohne dass dafür das Ergebnis der bisherigen Prozessführung verwehrt werden könnte. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist der Gedanke der Prozesswirtschaftlichkeit (Zöller, 29. Aufl., § 533, Rn 6).

b) Danach fehlt es an der erforderlichen Sachdienlichkeit. Zur Frage der Annahmeverzugsvergütung enthält der bisherige Sach- und Streitstand in erster Instanz keinerlei verwendbare Feststellungen. Vorliegend ist sowohl streitig, ab wann der Beklagte sich in Annahmeverzug befunden hat, als auch die Frage, in welcher Höhe dem Kläger etwaige Ansprüche zustehen als auch die weitere Frage, ob es hiergegen Gegenansprüche der Beklagten gibt. Damit wird ein völlig neuer Streitstoff eröffnet.

D.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen worden. Daneben liegt möglicherweise auch eine Abweichung von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 08.06.1967 - 5 AZR 461/66 - vor, auf die sich der Beklagte berufen hat. Allerdings hält die Berufungskammer die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts für einzelfallorientiert und nicht einer Verallgemeinerung zugänglich. Im Übrigen hat das Bundesarbeitsgericht insbesondere im Hinblick auf die

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Anforderungen an die Feststellung des Arbeitnehmerstatus bei Rundfunkmitarbeitern zeitlich nach der Entscheidung aus 1967 umfassend geändert.