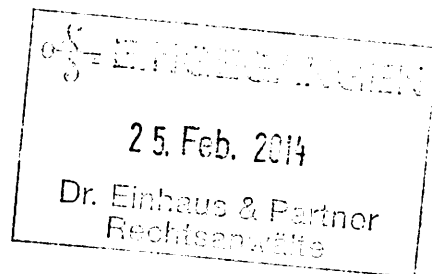


Ausfertigung
Arbeitsgericht Freiburg
Aktenzeichen: 3 Ca 87/13
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 18.12.2013

Dabak

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Im Namen des Volkes

Urteil

In der Rechtssache

Martin Kissel
Emmendinger Str. 32, 79106 Freiburg
- Kläg. -

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Dr. Einhaus und Partner
Bahnhofstraße 2, 79211 Denzlingen

gegen

Südwestrundfunk.
Anstalt des öffentlichen Rechts
v.d.d.Intendanten Peter Boudgoust
Neckarstr. 230, 70190 Stuttgart
- Bekl. -

hat das Arbeitsgericht Freiburg - 3. Kammer - durch die Vizepräsidentin des Arbeitsgerichts Zimmermann, d. ehrenamtlichen Richter Fehr und d. ehrenamtliche Richterin Kaltenbach auf die mündliche Verhandlung vom 18.12.2013

für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Der Streitwert wird auf 143.694,18 EUR festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Arbeitnehmerstatus des Klägers und die Beendigung des Vertragsverhältnisses aufgrund eines Schreibens des beklagten Südwestrundfunks vom 3. Mai 2013.

Der Beklagte, eine Anstalt öffentlichen Rechts, betreibt eine Rundfunkanstalt - nachfolgend: der Südwestrundfunk. Der Kläger ist am 22. November 1958 geboren. Seit 1992 erbringt er Leistungen für den Südwestrundfunk. Nach einer „Bescheinigung über Tätigkeit beim SWR“ vom 18. Januar 2010 (Anlage K 1, Abl. 24), ist der Kläger seit 1999 als redaktioneller Mitarbeiter und Autor in freier Mitarbeit auf Honorarbasis tätig. Auf das Vertragsverhältnis findet der Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen Anwendung. Erstmals mit Schreiben vom 11. August 2004 (Anlage K 2, Abl. 25) und nachfolgend mit Schreiben vom 18. April 2007 (Anlage K 3, Abl. 26) teilte der Südwestrundfunk mit, dass die Beschäftigung gegebenenfalls wesentlich eingeschränkt werde. Im Jahr 2012 erzielte der Kläger zuletzt Einnahmen in Höhe von 13.685,19 € (vgl. hierzu sowie zu den Einnahmen für „selbständige Honorarleistungen“ seit dem Jahr 2003 Anlagen K 25 bis K 34, Abl. 141 bis 150).

Im Mai 2011 beantragte der Kläger bei der Deutschen Rentenversicherung Bund die Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens (vgl. Anlagen K 5 und K 6, Abl. 28 ff. sowie K 24, Abl. 137 ff.). Mittlerweile ist diesbezüglich eine Klage vor dem Sozialgericht Freiburg rechtshängig (Az.: S 4 R 2991/12).

Mit Schreiben vom 3. Mai 2013 (Anlage K 7, Abl. 34) teilte der Südwestrundfunk mit, dass die Geschäftsbeziehungen mit dem Kläger zum 31. Dezember 2013 enden.

Der Kläger ist der Auffassung, spätestens seit dem Jahr 1999 stehe er in einem Arbeitsverhältnis mit dem Südwestrundfunk. Auch als programmgestaltender Mitarbeiter könne er im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigt werden. Ob ein solches vorliege oder freie Mitarbeit richte sich nach einer umfassenden Betrachtung des Einzelfalls anhand der für die Abgrenzung maßgeblichen Kriterien für die persönliche Abhängigkeit unter Berücksichtigung der Presse- und Rundfunkfreiheit. Danach sei der Arbeitnehmerstatus des Klägers zu bejahen. Er habe

einen fest zugeteilten Arbeitsplatz, ihm seien ein Festnetzanschluss, ein Internetzugang und eine eigene E-Mail-Adresse zugeteilt (Anlagen K 8 und K 9, Abl. 35 ff) und seit ca. dem Jahr 2002 habe er mit einer eigenen Zugangs-Chipkarte freien Zugang zu den Büroräumen im Studio in Freiburg. Seit dem Jahr 2004 verfüge er über eine Selbstfahrgenehmigung, so dass ihm für Auswärtseinsätze die Dienstfahrzeuge zur Verfügung stünden (Anlage K 10, Abl. 38). Der Südwestrundfunk verlange zudem nach außen ein einheitlichen Auftreten durch einheitliche Signatur (E-Mail vom 2. Mai 2011, Anlage K 19, Abl. 130).

Er arbeite als Autor und Reporter in Redaktionskonferenzen und für die Produktion und Fertigstellung seiner Beiträge mit den programmgestaltenden und -bestimmenden Kollegen zusammen. Auch die Redaktionsdienste erforderten Teamarbeit. Hier seien die Redaktionssitzungen maßgeblich. Der Südwestrundfunk disponiere auch faktisch über die Arbeitskraft seiner Mitarbeiter. Wenn der Kläger nicht auf Auswärtseinsätzen unterwegs sei, gehe er täglich zu den üblichen Arbeitszeiten in das Büro im Studio Freiburg. Die Zusammenarbeit bei der Fertigstellung seiner Beiträge mit den im selben Gebäude ansässigen Kollegen erfordere seine Anwesenheit. Auch könne er nur über das interne Mail-Programm „Lotus“ ohne Einschränkungen mit anderen SWR-Mitarbeitern verbunden sein. Die Eingliederung des Klägers in die Arbeitsorganisation des Südwestrundfunks ergebe sich auch daraus, dass er auf dessen technischen Apparat angewiesen sei. Nur im Büro in Freiburg habe er Zugang zu diversen Programmen des Beklagten, wie zum Beispiel dem Tonbearbeitungs- und Tonspeichersystem „Digas“ und dem Recherchesystem „Openmedia“. Einzig diese Programme ermöglichten aus Zeitgründen und Gründen der erforderlichen Zusammenarbeit mit der Redaktion, den Moderatoren, dem Layout etc. eine sinnvolle Umsetzung der Arbeitsaufgaben. Die Installation der Programme auf private PCs habe der Südwestrundfunk untersagt. Die technische Infrastruktur beim Beklagten sei zudem umfangreich und an verschiedenste Voraussetzungen gebunden. Eine externe Nutzung sei daher keinesfalls ohne Weiteres umsetzbar. Selbst Fachleute stellten die gegenseitigen Abhängigkeiten der Systeme vor eine Herausforderung (vgl. Intranetnachricht vom 8. Oktober 2013, Anlage K 45, Abl. 259 ff). Der WDR-Cutter sei im Zuge der ARD-weiten Produktionshilfe für den Kläger zur Bearbeitung seiner Beiträge für den Südwestrundfunk lizenziert und von der SWR-internen Computerabteilung auf seinem Rechner im Büro installiert worden

Es werde auch erwartet, dass der Kläger über seine SWR-E-Mail-Adresse und die ihm zugeordnete Telefonnummer für den Sender stets erreichbar sei. Wäre er dies nicht, gehe er bei der Vergabe von Aufträgen leer aus. Angesichts seiner langjährigen Tätigkeit sei der Kläger

darauf angewiesen, eingesetzt zu werden und damit die Einsätze wie zugeteilt anzunehmen. Daraus ergebe sich auch eine persönliche Abhängigkeit. Den - in der Regel deutlich überwiegenden - Hauptanteil seiner jährlichen Einnahmen erhalte er von Anbeginn seiner Tätigkeit vom Südwestrundfunk. Das gelte selbst für das „Extremjahr“ 2012. Bei Erkrankung müsse der Kläger die Dauer der krankheitsbedingten Abwesenheit an die Honorarabteilung des Südwestrundfunks mitteilen, Urlaub müsse beim Südwestrundfunk beantragt und von diesem genehmigt werden. Der Südwestrundfunk übe sein Direktionsrecht auch in Bezug auf den Inhalt und die Art und Weise der Durchführung der Tätigkeit des Klägers aus. Der Südwestrundfunk lege zum Beispiel Wert darauf, dass der Kläger nicht gleichzeitig für private Radiosender arbeite (E-Mail des Südwestrundfunks vom 17. Februar 2008 in Anlage K 11, Abl. 39). Durch eine solche Weisung werde die für freie Mitarbeiter charakteristische Möglichkeit, sich mehrere Auftraggeber zu suchen, stark eingeschränkt. Im April 2010 habe der Kläger an der Schulung „Sicherheit im Büro und in der Reaktion“ teilnehmen müssen.

Sowohl die Tätigkeit als Redakteur als auch diejenige als Autor und Reporter mache deutlich, dass der Kläger in einem Arbeitsverhältnis stehe. Die Disposition der seit 1999 erfolgenden Tätigkeit als redaktioneller Mitarbeiter (zu den Einzelheiten dieser Tätigkeit vgl. S. 7 f. des Schriftsatzes des Klägers vom 30. September 2013, Abl. 185 f) erfolge nach den eigenen Angaben des Südwestrundfunks über Dienstpläne. Allein dies führe bereits zur Bejahung eines Arbeitsverhältnisses. Diese Tätigkeit sei nicht programmgestaltend. Die Redaktionsdienste seien streng organisiert gewesen mit Schichten nach Dienstplan und Anwesenheitspflicht zu festen Arbeitszeiten. Unzutreffend sei, dass der Kläger nie ungefragt in Dienstpläne aufgenommen worden sei, im Übrigen sei dies aber auch unerheblich. Die zeitliche Einbindung des Klägers in die vom Südwestrundfunk vorgegebene Arbeitsorganisation ergebe sich aber nicht minder aus seiner Tätigkeit als Autor. Die Sendereihe „Kanzlerin voll direkt“ laufe seit 2009 und sei wöchentlicher Bestandteil des Radioprogramms, weshalb der Kläger mit dem laufenden Sendebetrieb Schritt zu halten habe. Die Einteilung des Klägers ergebe sich zum Beispiel aus den Redaktionsplänen für die Kalenderwochen 6 - 8 aus dem Jahr 2007 (Anlage K 41 bis K 43, Abl. 177 ff), sowie die Sendelaufpläne für die Comedy-Reihe „Kanzlerin voll direkt“ (Anlagen K 37 bis K 40, Abl. 162 ff und Anlagen K 38 bis K 40, Abl. 186 ff sowie CD-Rom im Umschlag, Abl. 190). Inhaltliche Vorgaben ergäben sich selbst bei der Ausübung der Tätigkeit als Autor und Reporter aus der Prüfung und Korrektur der Texte des Klägers und den Anweisungen zur Änderung/Ergänzung. Da es sich bei dieser Tätigkeit um Dienste höherer Art handle, sei aber

naturgemäß ein höheres Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbständigkeit gegeben

Unerheblich sei, ob er in den letzten eineinhalb Jahren noch Redaktionsdienste erbracht habe und seit 2012 kaum noch als Reporter tätig geworden sei. Maßgeblich hänge dies damit zusammen, dass der Kläger seit dem Jahr 2009 eine verbindliche Klärung seines Status verlange. Zu berücksichtigen sei zudem, dass er seit nunmehr 21 Jahren äußerst vielseitig vom Autor für die SWR3 Comedy-Redaktion bis hin zu politischen Berichterstattungen als Reporter und ebenso für Sportevents, aktuelle Beiträge, aber auch Redaktionsdienste eingesetzt worden sei. Würde der den Rundfunkanstalten nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG eingeräumte Grundrechtsschutz auch in einem solchen Arbeitsverhältnis berücksichtigt werden, liefere dies den perfekten Vorwand für rechtsmissbräuchliches Verhalten der Rundfunkanstalten: Diese könnten sich über die Konstruktion der freien Mitarbeiter der Verantwortung eines Arbeitsverhältnisses entziehen. Während der jahrzehntelangen Zusammenarbeit habe der Südwestrundfunk offensichtlich keine Notwendigkeit gesehen, den Kläger zur Wahrung der Meinungsvielfalt „auszutauschen“. Die Abwägung der jeweiligen Belange des Südwestrundfunks und des Klägers müsse daher zu Gunsten der Interessen des Klägers ausfallen.

Das Arbeitsverhältnis sei nicht in unterschiedliche Zeitabschnitte zu unterteilen. Die Einschränkungsmittelungen vom 11. August 2004 bzw. nachfolgend 18. April 2007 stellten keine Kündigungen dar. Sie seien weder unbedingt noch eindeutig gewesen. Insbesondere ließe sich ihnen auch nicht die Erklärung entnehmen, dass das Dauerschuldverhältnis mit dem Kläger beendet werden sollte.

Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis werde nicht durch die Kündigung vom 3. Mai 2013 zum 31. Dezember 2013 beendet. Die in der Kündigung aufgeführten, angeblichen Kündigungsgründe, lägen nicht vor. Eine E-Mail des SWR-Intendanten Peter Boudgoust vom 15. Dezember 2011 (Anlage K 48, Abl. 265) bestätige ebenso wie die Mitteilungen auf einer Personalversammlung (vgl. Anlage K 49, Abl. 267), dass eine Beschäftigungsgarantie abgegeben worden sei. Auch hiergegen verstoße die Kündigung.

Der Kläger beantragt zuletzt:

- 1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 1.1.1999 ein Arbeitsverhältnis besteht, innerhalb dessen der Kläger als Autor, Reporter und redaktioneller Mitarbeiter für den Beklagten tätig ist.**
- 2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 3. Mai 2013 zum 31. Dezember 2013 oder ersatzweise zum nächst möglichen Termin enden wird.**
- 3. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.**
- 4. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zur rechtskräftigen Beendigung des vorliegenden Rechtsstreits als Autor, Reporter und redaktionellen Mitarbeiter im Studio Freiburg weiter zu beschäftigen.**

Soweit im Antrag zu 1 in der Klagschrift weitergehend der Begriff „spätestens“ angekündigt worden ist, hat der Kläger diesen Teil des Antrags in der mündlichen Verhandlung vor der Kammer am 18. Dezember 2013 zurückgenommen.

Der Südwestrundfunk beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Südwestrundfunk ist der Auffassung, der Kläger sei nicht Arbeitnehmer, sondern programmgestaltender freier Mitarbeiter. Der Kläger sei weder vom Apparat und Team des Südwestrundfunks abhängig noch sei er je ungefragt in Dienstpläne aufgenommen worden. Im Übrigen seien dies ohnehin keine Kriterien, an denen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses im Bereich

programmgestaltender freie Mitarbeit gemessen würde. Freie Mitarbeit sei zudem lebenslang möglich. Allein der Zeitablauf führe daher nicht zu einem Arbeitsverhältnis.

Bei der vom Kläger behaupteten Weisungsabhängigkeit seien die besonderen Produktionsbedingungen im Rundfunk zu berücksichtigen. Die Einbindung in ein festes Programmschema und die Vorgaben des Programmablaufs seien deshalb nicht statusbegründend. Auch die Anwesenheit zu feststehenden Dienstzeiten vor und nach der Sendung sowie die notwendige Teilnahme an zeitlich festgelegten Redaktionskonferenzen schlossen ein freies Mitarbeiterverhältnis regelmäßig nicht aus. Bestritten würde zudem, dass überhaupt eine Anwesenheitspflicht des Klägers vor und nach den Sendungen sowie in Konferenzen bestanden habe. Es bestehe auch keine Rufbereitschaft in Form einer wie auch immer gearteten Anwesenheitspflicht oder Erreichbarkeit. Der Kläger müsse sich Urlaub nicht genehmigen lassen. Er teile lediglich mit, in welcher Zeit er keine Beschäftigungsangebote erhalten möchte. Er stelle keinen Urlaubsantrag, vielmehr beantrage er nur die Zahlung von Urlaubsentgelt (vgl. Anlage B 6, Abl. 272 f). Die Comedy-Reihe „Kanzlerin voll direkt“ habe keine festen Sendezeiten, erfordere nicht die Anwesenheit des Klägers vor oder nach der Sendung, die Auftragsvergabe an den Kläger erfolge auch nicht in Redaktionskonferenzen, in denen der Kläger anwesend sei. Für die Herstellung des Spots „Kanzlerin voll direkt“ sei der Kläger weder auf die Ausrüstung des Südwestrundfunks angewiesen noch auf dessen Infrastruktur. Seine Arbeit könne er mit einem mobilen PC mit Internetanschluss überall auf der Welt erledigen. Er könne auch ohne Anwesenheit in seinem Büro in Freiburg über das Medienprogramm „Lotus“ mit SWR-Mitarbeitern kommunizieren. Auch auf die Programme „Digas“ und „Openmedia“ könne er über das Internet zugreifen. Diese Programme nutze er ohnehin nicht. Es könne sein, dass der Kläger täglich ins Studio Freiburg gehe. Bestritten würde, dass Grund für die tägliche Anwesenheit die Erfüllung von Aufgaben für den Südwestrundfunk sei. Der Kläger sei „Externer“, weil er für SWR3 tätig sei und damit im Studio Freiburg nur ein Aufenthaltsrecht habe. Redaktionsdienste habe der Kläger in Freiburg zu keiner Zeit geleistet. Außer drei Kurzberichten habe er auch keine Reporterleistungen erbracht, sondern würde auch für SWR3 seit mehreren Jahren ausschließlich als Autor für das Comedy-Format „Kanzlerin voll direkt“ beauftragt. Bei maximal einem Beitrag pro Woche sei eine tägliche Arbeit nicht erforderlich. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass der Kläger das Büro im Studio Freiburg nutze, um für andere ARD-Anstalten Beiträge zu produzieren. Dafür spreche auch, dass der Kläger die Software „WDR-Cutter“ nutze. Er habe zudem 2012 beim WDR höhere Einnahmen erzielt als beim Südwestrundfunk. Eine Zugangs-Chip-Karte erhielten nicht nur Mitarbeiter, die in die Arbeitsorganisation des Südwestrundfunks eingegliedert seien.

Eine einheitliche E-Mail-Signatur verlange der Südwestrundfunk nicht, dies sei lediglich gewünscht.

Der Kläger sei weder Vollzeit für den Südwestrundfunk noch sei er in der Vergangenheit überwiegend als Redakteur in redaktionellen Diensten tätig gewesen, sondern überwiegend als Reporter und Comedy-Autor. Dies zeigten seine Einkünfte zu den unterschiedlichen Tätigkeiten:

	Redaktionelle Dienste	Tätigkeit als Reporter	Tätigkeit als Comedy-Autor
2005	8.439,00	6.327,24	12.068,35
2006	8.119,00	5.335,23	14.463,32
2007	11.429,00	1.098,00	20.818,28
2008	8.400,00	983,60	11.075,35
2009	2.000,00	3.599,44	12.123,88
2010	1.245,00	4.085,48	14.780,72
2011	0,00	1.660,38	16.495,56
2012	0,00	7,38	10.497,27

Der Tagessatz für redaktionelle Dienste betrage zwischen 200,00 und 230,00 €, für Reportagen und Comedy-Beiträge werde ein Stückhonorar bezahlt. Für die Reihe „Kanzlerin voll direkt“ erhalte der Kläger zurzeit 214,23 €.

Richtig sei, dass der Kläger hinsichtlich der redaktionellen Dienste in Dienstplänen gestanden habe. Die aufgeführten Zeiten und Tätigkeiten seien verbindlich gewesen. Der Aufnahme in den Dienstplan sei jedoch in jedem Einzelfall eine Anfrage per E-Mail, mit der die konkreten Dienste angeboten worden seien, vorangegangen. Erst wenn der Kläger die Termine bestätigt habe, sei er in den Dienstplan eingetragen worden. Wie jeder freier Mitarbeiter habe er entscheiden können, ob er einen angebotenen Dienst annehme. Seit Ende 2007 stehe der Kläger nicht mehr im Dienstplan bei SWR3. Er werde seither nur noch als Reporter und Comedy-Autor beschäftigt. Dies habe allerdings nichts mit den Begehren des Klägers zu tun, sein Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis festgestellt zu haben. Die Reportereinsätze des Klägers seien inzwischen vor allem deshalb auf Null reduziert, weil der Kläger entsprechende Angebote nicht angenommen habe. Im Übrigen: Selbst wenn der Kläger ungefragt in Dienstpläne eingeteilt worden wäre und andere Indizien für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses sprächen, würden diese durch das

Vorliegen eines Bestandsschutztarifvertrages, wie er auf das Vertragsverhältnis der Parteien Anwendung finde, abgeschwächt.

Programmgestaltende Tätigkeit sei regelmäßig als Ausfluss der von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Programmfreiheit im Rahmen einer freien Mitarbeit möglich. Der Begriff des programmgestaltenden Mitarbeiters dürfe dabei nicht zu eng verstanden werden. Ausreichend sei jede irgendwie geartete inhaltliche Einflussnahme auf das Programm. Der Kläger sei immer programmgestaltend tätig gewesen, sei es als Redakteur, als Autor oder als Reporter. Stets habe er an Sendungen des Südwestrundfunks inhaltlich gestaltend mitgewirkt. Auch als Redakteur habe der Kläger nicht so weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterlegen, dass eine Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen wäre. Der Kläger habe nicht dargelegt, inwieweit er bei der Gestaltung und Zusammenstellung einer Sendung, abgesehen von der Festlegung des Themas, einem Weisungsrecht unterworfen gewesen sein.

Die Tätigkeit des Klägers müsse im Übrigen in drei Abschnitte unterteilt werden. Aufgrund der Einschränkungsmittelungen von 2004 und 2007 sei die Zeit von Beginn bis 2004, von 2004 bis 2008 und von 2008 bis heute getrennt zu betrachten. Für den aktuellen arbeitsrechtlichen Status komme es allein auf die Umstände der Beschäftigung seit 2008 an. Die Einschränkungsmittelungen seien wie eine Änderungskündigung und die Fortsetzung der Tätigkeit als einvernehmliche Neuausrichtung der Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien zu bewerten. Die Parteien hätten deshalb aufgrund der Einschränkungsmittelungen von 2004 und 2007 ihre Rechtsbeziehungen auf eine neue Basis - Tätigkeit als Comedy-Autor in freier Mitarbeit - gestellt. Mit der Geltendmachung der sozialversicherungsrechtlichen Status eines Beschäftigten bei der Deutschen Rentenversicherung sei nicht die gleichzeitige Geltendmachung eines arbeitsrechtlichen Status verbunden.

Die Kündigung vom 3. Mai 2013 sei wirksam. Etwas anderes ergebe sich nicht aus der E-Mail des Intendanten des Südwestrundfunks. Ausgeschlossen worden sei lediglich ein flächenmäßiger Personalabbau. Auch dies sei lediglich ein politischer Programmsatz, aus dem sich für einzelne Mitarbeiter keine individuellen Ansprüche herleiten ließen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Niederschriften über den Güte- und Kammertermin verwiesen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage ist überwiegend zulässig, soweit sie zulässig ist, jedoch unbegründet. Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis. Allein deshalb waren die Anträge zu 1 und 2 abzuweisen, ohne dass es auf die konkrete Wirksamkeit der Beendigungsmitteilung vom 3. Mai 2013 ankommt. Antrag zu 3 ist unzulässig. Antrag zu 4 ist nicht zur Entscheidung angefallen.

1. Die Klage ist überwiegend zulässig.

- a) Dies gilt jedenfalls für die Anträge zu 1 und 2. Das Feststellungsinteresse (§ 256 Abs. 1 ZPO) für Antrag zu 1 folgt aus dem Streit der Parteien, ob ihr Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Gegenwartsbezogene Klagen von Beschäftigten auf Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses sind nach ständiger Rechtsprechung als zulässig anzusehen. Der Antrag geht zwar auch weit in die Vergangenheit, so dass für die Klage insgesamt die Grundsätze der vergangenheitsbezogenen Statusklagen zu berücksichtigen sind (BAG 6. November 2002 - 5 AZR 364/01 - Rn. 15). Die Notwendigkeit der Prüfung, ob das Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist, ergibt sich vorliegend aber schon aus dem Streit, ob das Schreiben des Südwestrundfunks vom 3. Mai 2013 zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 2013 geführt hat. Bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ist das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden. Antrag zu 1 wäre deshalb jedenfalls als Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. Antrag zu 2 ist bereits deshalb zulässig, weil beim Bestehen eines Arbeitsverhältnisses die Fiktion des § 7 KSchG droht, wenn der Kläger die Kündigung vom 3. Mai 2013 nicht rechtzeitig nach § 4 KSchG angreift.

Dagegen ist Antrag zu 3 unzulässig. Es ist vom Kläger nicht vorgetragen, dass weitere Kündigungen ausgesprochen worden sind bzw. drohen. Soweit sich der Südwestrundfunk auf die Beendigungswirkung der Einschränkungsmittelungen vom 11. August

2004 bzw. 18. April 2007 berufen hat, liegen diese Erklärungen in der Vergangenheit, so dass der Kläger sie bereits inzident mit den Anträgen zu 1 und 2 als Vorfrage angegriffen hat: Ein Arbeitsverhältnis kann im Entscheidungszeitpunkt nur bejaht werden, wenn es nicht bereits zuvor beendet worden ist. Der Kläger hätte also konkret vortragen müssen, welches Feststellungsinteresse dem Antrag zu 3 zu Grunde liegt. Hieran fehlt es, so dass der Antrag als unzulässig abzuweisen gewesen ist.

2. Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis. Der Kläger ist jedenfalls in überwiegendem Umfang programmgestaltender Mitarbeiter. Dies ist bei der Prüfung, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis vorliegt entscheidungserheblich zu berücksichtigen. An der Unterscheidung zwischen programmgestaltender und nicht programmgestaltender Tätigkeit hält das Bundesarbeitsgericht fest (BAG 17. April 2013 - 10 AZR 272/12 - Rn. 20). Das vorliegend zur Entscheidung berufene Gericht schließt sich dieser Rechtsprechung an. Die Unterscheidung 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.
 - a) Arbeitsverhältnis und Verhältnis eines freien Mitarbeiters unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. 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. 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, ist Letztere maßgebend (BAG 17. April 2013 - 10 AZR 272/12 - Rn. 15).

- b) Diese Grundsätze sind auch im Bereich Funk und Fernsehen anzuwenden, wobei der verfassungsrechtliche Schutz der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 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 Satz 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 Auswahl, Einstellung und Beschäftigung derjenigen Mitarbeiter Rechnung zu tragen, die bei der Gestaltung der Programme mitwirken sollen (BVerfG 18. Februar 2000 - 1 BvR 491/93 u.a. - zu II 2 b aa der Gründe). Es ist von Verfassung wegen nicht ausgeschlossen, auch im Rundfunkbereich von den für das Arbeitsrecht allgemein entwickelten Merkmalen abhängiger Arbeit auszugehen (grundlegend BVerfG 18. Februar 2000 - 1 BvR 491/93 u.a. - a.a.O.). Allerdings muss das durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützte Recht der Rundfunkanstalten, frei von fremder Einflussnahme über die Auswahl, Einstellung und Beschäftigung programmgestaltender Mitarbeiter zu bestimmen, angemessen berücksichtigt werden. Eine Beeinträchtigung kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Betracht, wenn die verfügbaren Vertragsgestaltungen - wie Teilzeitbeschäftigungs- oder Befristungsabreden - zur Sicherung der Aktualität und Flexibilität der Berichterstattung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht in gleicher Weise geeignet sind wie die Beschäftigung in freier Mitarbeit (vgl. BVerfG 18. Februar 2000 - 1 BvR 491/93 ua. - zu II 2 c bb der Gründe).
- c) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehören zu den programmgestaltenden Mitarbeitern diejenigen, 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 mit-

wirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss darauf. Zu den nicht programmgestaltenden Tätigkeiten können auch, je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, reine Sprecherleistungen zählen (vgl. BVerfG 3. Dezember 1992 - 1 BvR 1462/88 - zu II 2 b der Gründe; BAG 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rdnr. 21). Bei nicht programmgestaltenden Mitarbeitern von Rundfunkanstalten ist die Arbeitnehmereigenschaft anhand der allgemeinen Kriterien zu prüfen. Das Bundesarbeitsgericht hat zuletzt seine Rechtsprechung, wonach nicht programmgestaltende Tätigkeit in Rundfunkanstalten sich regelmäßig nur in Arbeitsverhältnissen ausführen lasse, entsprechend „klargestellt“: Darin ist nicht die Aufstellung einer verbindlichen rechtlichen Regel zu sehen. Vielmehr ist die genannte Aussage lediglich als Hinweis auf einen Erfahrungswert zu verstehen: Nicht programmgestaltende Mitarbeiter werden häufiger die Kriterien eines Arbeitnehmers erfüllen, als es bei programmgestaltenden Mitarbeitern zu erwarten ist. Auch nicht programmgestaltende Mitarbeiter können aber je nach Lage des Falls freie Mitarbeiter sein (BAG 17. April 2013 - 10 AZR 272/12 - Rn. 19, 20).

- d) Auch bei programmgestaltenden Mitarbeitern kann entgegen einer ausdrücklich getroffenen Vereinbarung ein Arbeitsverhältnis vorliegen, wenn sie weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegen, ihnen also nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbstständigkeit 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 (BAG 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rn. 22 mwN; 17. April 2013 - 10 AZR 272/12 - Rn. 18).
- e) Gemessen an diesen Grundsätzen ist der Kläger kein Arbeitnehmer. Dafür spricht die von ihm überwiegend ausgeübte Tätigkeit als Autor und Reporter.
- aa) Der Kläger ist überwiegend als Autor und Reporter für den Südwestrundfunk tätig geworden. Jedenfalls seit dem Jahr 2005 hat der Südwestrundfunk die Einnahmen des Klägers dargestellt. Selbst im Jahr 2007, in dem der Kläger in Höhe von 11.429,00 € Vergütung aus der Erbringung redaktioneller Dienste erzielte, lag das Einkommen aus der Tätigkeit als Comedy-Autor bei 20.818,28 € und damit fast doppelt so hoch. Auch wenn der Zeitaufwand für die redaktionellen

Dienste höher sein mag als für die Erstellung eines Comedy-Beitrags - der Kläger hat in den Anlage K 41 bis K 43 Redaktionsdienstpläne vorgelegt, aus denen sich eine Dauer von 9.00 - 18.00 Uhr ergibt, der Südwestrundfunk hat ausgeführt, für die Erstellung eines Beitrags „Kanzlerin voll direkt“ benötige der Kläger deutlich weniger als einen Arbeitstag - ergeben die Vergütungen doch anschaulich, dass der Kläger jedenfalls deutlich mehr als Reporter und Autor tätig war. Im Jahr 2005 stehen über 18.000,00 € Einnahmen aus der Tätigkeit als Reporter/Autor Einnahmen von 8.439,00 € aus redaktionellen Diensten gegenüber, im Jahr 2006 ist das Verhältnis knapp 20.000,00 € zu 8.119,00 €, im Jahr 2007 knapp 22.000,00 € zu 11.429,00 €, im Jahr 2008 über 12.000,00 € zu 8.400,00 €, im Jahr 2009 knapp 16.000,00 € zu 2.000,00 €, im Jahr 2010 knapp 19.000,00 € zu 1.245,00 €, in den Jahren 2011 und 2012 entfällt der Anteil an redaktionellen Diensten komplett. Bei einem Satz von 200,00 € pro Tag für redaktionelle Dienste - zu Gunsten des Klägers wird mit dem niedrigeren Satz gerechnet - ergeben sich selbst im Jahr 2007 mit anteilig sehr hohem Verdienst aus redaktionellen Diensten ca. 57 Tage, an denen der Kläger solche Dienste erbracht hat. Bereits daraus wird erkennbar, dass diese Tätigkeit den Kläger nur in geringem Umfang ausgelastet hat. Dies gilt erst recht, wenn berücksichtigt wird, dass das Jahr 2007 diesbezüglich ein Ausnahmejahr war. Daher ist bei der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, auf die zeitlich überwiegenden programmgestaltenden Tätigkeiten abzustellen (BAG 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - zu III. 1 der Entscheidungsgründe, NZA 1998, 1336).

- bb) Bei der Tätigkeit als Autor und Reporter handelt es sich um programmgestaltende Tätigkeit. Der Kläger bringt als Comedy-Autor seine künstlerische Befähigung in die Sendung ein, als Reporter wird er darüber hinaus seine Fachkenntnisse und Informationen einbringen, wenn er darüber hinaus nicht sogar eine eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen oder sonstigen Sachfragen einfließen lässt. Das stellt letztendlich auch der Kläger nicht in Abrede.

- cc) Erforderlich wäre daher, dass der Kläger weitgehenden inhaltlichen Weisungen unterliegen würde, ihm also nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit verbleibt, und der Sender innerhalb eines zeitlichen Rahmens über seine Arbeitsleistung verfügen kann. Das ist jedoch nach der

Auffassung des Gerichts auch unter Zugrundelegung des Vorbringens des Klägers nicht der Fall.

- (1) Sollte eine wirtschaftliche Abhängigkeit - die vom Südwestrundfunk auf Grund der Tätigkeit für andere Rundfunkanstalten bestritten worden ist - vorliegen, wäre diese angesichts der Regelungen des Tarifvertrags für arbeitnehmerähnliche Personen unerheblich (BAG 20. September 2000 - 5 AZR 61/99 - zu II. der Entscheidungsgründe, NZA 2001, 551). Zu Gunsten des Klägers kann sogar unterstellt werden, dass er vom Südwestrundfunk wirtschaftlich abhängig und deshalb auf dessen Auftragserteilung angewiesen war. Daraus folgt jedoch keine persönliche Abhängigkeit, wie sie einen Arbeitnehmer kennzeichnet. Deshalb ist sowohl die Dauer der vertraglichen Beziehung der Parteien unerheblich als auch der Umstand, dass der Kläger für den Südwestrundfunk im eigenen Interesse erreichbar gewesen sein muss, damit ihm Aufträge angeboten werden können. Selbst wenn mit einem Schreiben wie dem in der Anlage K 11 (Abl. 39) vorgelegten Einschränkungen bei der Auswahl der Auftraggeber einhergehen, führt auch dies nicht zu einer Weisungsbindung, die ein Arbeitsverhältnis prägt. Das Schreiben macht deutlich, dass es um die Frage der Konkurrenz zu einem Privatsender geht. Derartige „Konkurrenzvorbehalte“ sind auch außerhalb von Arbeitsverhältnissen anzutreffen und zwar gerade dann, wenn - wie vorliegend - eine andauernde Geschäftsverbindung besteht.
- (2) Die grundsätzliche Freiheit zur eigenständigen Festlegung der Urlaubszeiten wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Kläger dem Südwestrundfunk urlaubsbedingte Abwesenheitszeiten mitzuteilen hat. Werden darüber hinaus die sich aus dem Tarifvertrag ergebenden Pflichten des Klägers berücksichtigt, lassen sich aus der tatsächlichen Urlaubsplanung und Urlaubsnahme keine Schlüsse auf die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers ziehen (BAG 20. September 2000 - 5 AZR 61/99 - zu IV. 4. a) der Entscheidungsgründe, aaO). Ebenso verhält es sich mit der Arbeitsunfähigkeit. Dem Kläger stehen im Krankheitsfall tarifliche Zahlungen zu. Schon allein deshalb muss er dem Südwestrundfunk mitteilen, ob er erkrankt ist oder nicht.

- (3) Der Pflicht zum Besuch einer Sicherheitsschulung (Anlage K 12, Abl. 40) kommt ebenso wenig wie einem einheitlichen Auftritt nach außen (Anlage K 19, Abl. 130) rechtliche Bedeutung zu. Vertragliche Pflichten, die nicht die geschuldeten Tätigkeit, sondern das sonstige Verhalten betreffen, sind zur Abgrenzung regelmäßig nicht geeignet (BAG 20. September 2000 - 5 AZR 61/99 - zu IV. 4. b) der Entscheidungsgründe, aaO).
- (4) Die Einbindung in ein festes Programmschema und die Vorgabe des Programmablaufs wirken nicht statusbegründend (BAG 14. März 2007 - 5 AZR 499/06 - zu I. 2. b) aa) (1) der Entscheidungsgründe, NZA-RR 2007, 424). Deshalb ist es unerheblich, dass der Kläger seinen Beitrag „Kanzlerin voll direkt“ wöchentlich abzuliefern hatte. Die vom Kläger behauptete Pflicht zur ständigen Erreichbarkeit und damit das Bestehen ständiger Dienstbereitschaft kann nicht aus äußeren Umständen wie einem Arbeitszimmer (und dem Zugang mit einer Zugangs-Chipkarte), der Aufnahme in ein internes Telefonverzeichnis oder der Zuweisung einer E-Mail-Adresse entnommen werden (BAG 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - zu I. 2. der Entscheidungsgründe, NZA 1998, 1336).
- (5) Inhaltliche Änderungen bzw. die Kontrolle von Vorschlägen sind nicht geeignet, einem Rechtsverhältnis das Gepräge zu geben, jedenfalls dann nicht, wenn sie nur gelegentlich auftreten (BAG 19. Januar 2000 - 5 AZR 644/98 - zu III. 2. b) aa) der Entscheidungsgründe, NZA 2000, 1102; 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rn. 26). Abhängige Arbeit wird nicht dadurch gekennzeichnet, dass der Vertragspartner Korrekturen verlangt. So ist beim Werkvertrag der Werkbesteller berechtigt, eine bestimmte Qualität festzusetzen und Nachbesserungen zu fordern. Der Vortrag des Klägers lässt nicht erkennen, dass ihm regelmäßig bis in kleinste Details vom Südwestrundfunk Vorgaben inhaltlicher Art gemacht worden sind.
- (6) Der Kläger war als programmgestaltender Mitarbeiter nicht deshalb in den Betrieb des Beklagten eingegliedert und damit persönlich abhängig, weil er zur Herstellung seiner Sendung auf technische Einrichtungen („Digas“, „Openmedia“, Dienstfahrzeuge über die Selbstfahrgenehmigung) und Mitarbeiter des Südwestrundfunks angewiesen war. Auch in einem freien Mitarbeiter-

verhältnis tätige Filmhersteller und Autoren müssen sich des Personals und der Einrichtungen des Senders bedienen, um ihre Beiträge technisch sendereif fertigzustellen. Zwar wäre es denkbar, dass ein freier Filmhersteller oder Autor eigene Mitarbeiter beschäftigt und selbst den erforderlichen technischen Apparat unterhält. In der Praxis dürfte das jedoch kaum vorkommen, weil die anfallenden Kosten zu hoch wären. Das Angewiesensein auf Mitarbeiter und Einrichtungen des Südwestrundfunks kann daher nicht als Umstand gewertet werden, der auf eine Eingliederung und persönliche Abhängigkeit schließen lässt (BAG 19. Januar 2000 - 5 AZR 644/98 - zu III. 2. b) cc) der Entscheidungsgründe, aaO.).

3. Der Weiterbeschäftigungsantrag ist nicht zur Entscheidung angefallen. Er ist dahin auszu-legen, dass er lediglich für den Fall des Obsiegens mit den voranstehenden Anträgen zur Entscheidung gestellt wird. Dies hat der Kläger in der Klagschrift klargestellt.

II.

Der Kläger trägt als unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits gem. § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Soweit die Klage im Antrag zu 1 teilweise zurückgenommen worden ist, folgt die Kostentragungspflicht aus § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO:

III.

Der Streitwert nach § 61 Abs. 1 ArbGG, der lediglich für die Statthaftigkeit der Berufung, nicht jedoch für die Gerichts- und die Anwaltsgebühren maßgeblich ist, richtet sich nach § 9 ZPO. Der Kläger hat im Jahr 2012 zuletzt 13.685,19 € verdient. Das durchschnittliche Monatsgehalt beläuft sich damit auf 1.140,43 €. Für die Anträge zu 1, 2 und 3 ist jeweils der 42-fache Bezug hiervon und damit insgesamt 143.694,18 € festzusetzen (1.140,43 € x 126). Antrag zu 4 wirkt sich nicht streitwerterhöhend aus, da er nicht zur Entscheidung angefallen ist.

IV.

Die Berufung ist für den Kläger ohne Weiteres nach § 64 Abs. 2 Buchst. c ArbGG statthaft. Einer Zulassungsentscheidung nach § 64 Abs. 2 Buchst. a i.V.m. Abs. 3 ArbGG bedurfte es daher nicht.

Rechtsmittelbelehrung

1. Gegen dieses Urteil kann d. Kläg. Berufung einlegen.

Die Einlegung der Berufung hat binnen eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich beim Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - Kammern Freiburg -, Habsburgerstr. 103, 79104 Freiburg i. Br. zu erfolgen. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde, enthalten. Die Berufung ist, sofern nicht bereits in der Berufungsschrift erfolgt, binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Landesarbeitsgericht zu begründen.

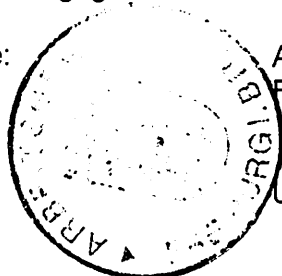
Der Berufungskläger muss sich vor dem Landesarbeitsgericht durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, insbesondere müssen Berufungs- und eine eventuelle Berufungsbegründungsschrift von einem solchen unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Mit der Berufungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden. Die Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts bittet, Schriftsätze in fünffacher Fertigung einzureichen.

2. Für d. Bekl. ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben.

D.Vorsitzende:
Zimmermann



Ausgefertigt
Freiburg, den 24.02.2014

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Dabak