

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 11. August 2015
- 9 AZR 98/14 -
ECLI:DE:BAG:2015:110815.U.9AZR98.14.0

I. Arbeitsgericht Magdeburg

Urteil vom 12. September 2012
- 11 Ca 2468/11 -

II. Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt

Urteil vom 9. Januar 2014
- 3 Sa 444/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichwort:

Arbeitnehmerstatus einer Artistengruppe

Bestimmungen:

BGB § 611; HGB § 84 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 98/14
3 Sa 444/12
Landesarbeitsgericht
Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
11. August 2015

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

die ehemals als Truppe C aufgetretenen

1. M,
2. A,
3. I,
4. O,

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. August 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Suckow und Klose sowie den ehrenamtlichen Richter Ropertz und die ehrenamtliche Richterin Neumann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 9. Januar 2014 - 3 Sa 444/12 - aufgehoben.
2. Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Magdeburg vom 12. September 2012 - 11 Ca 2468/11 - wird zurückgewiesen.
3. Die Kläger haben die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, 1
hilfsweise ordentlichen Kündigung.

Die Kläger bildeten die Artistengruppe „C“. Unter dem 18. Juli 2010 2
schlossen die Kläger, vertreten durch den vertretungsberechtigten Kläger zu 1., mit der Beklagten, einem Zirkusunternehmen, einen Vertrag nebst Anhang. Darin heißt es wie folgt:

„Vertrag über freie Mitarbeit

Zwischen Zirkus P GmbH & Co. KG (... „Firma“)

und Truppe C (4 Artisten) (... „Mitarbeiter“)

vertreten durch den Truppenchef Herrn M

wird folgender Vertrag über freie Mitarbeit vereinbart:

§ 1 Tätigkeit

Der Mitarbeiter wird mit Wirkung ab 04. März 2011 die Aufgaben von Artisten mit folgenden Tätigkeiten übernehmen: Hochseil- und Todesradnummer mit jeweils 4 Personen (gesehen wie auf dem Video bei Youtube vom 20.02.2010, eingestellt von C).

§ 2 Weisungsfreiheit

Der Vertragspartner unterliegt bei der Durchführung der abgestimmten Tätigkeiten keinen Weisungen der Firma. Er ist in der Gestaltung seiner Tätigkeit (Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausübung) selbständig tätig und vollkommen frei. Auf besondere betriebliche Belange im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit ist jedoch Rücksicht zu nehmen. Der Mitarbeiter ist an keinerlei Vorgaben zum Arbeitsort oder zur Arbeitszeit gebunden. Projektbezogene Zeitvorgaben der Firma sind allerdings einzuhalten, ebenso fachliche Vorgaben der Firma, soweit diese zur ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung erforderlich sind.

Gegenüber den Angestellten der Firma hat der Vertragspartner keine Weisungsbefugnis.

§ 3 Leistungserbringung / Arbeitsaufwand / Betriebliche Anwesenheit

Der Vertragspartner kann sich bei der Ausführung seiner vertraglichen Verpflichtungen auf seine Kosten der Hilfe Dritter bedienen, soweit deren fachliche Qualifikation sichergestellt ist und diesen gleichlautende Verpflichtungen nach diesem Vertrag auferlegt werden.

Der Vertragspartner übt seine Tätigkeit in seinen eigenen Räumlichkeiten aus. Soweit in Einzelfällen eine betriebliche Anwesenheit erforderlich wird, stellt die Firma nach jeweiliger vorheriger Absprache die entsprechenden betrieblichen Einrichtungen zur Verfügung.

§ 4 Konkurrenz / Verschwiegenheit

Der Vertragspartner darf auch für andere Arbeitgeber tätig sein. Will der Vertragspartner allerdings für einen unmittelbaren Wettbewerber der Firma tätig werden, bedarf dies der vorherigen schriftlichen Zustimmung der Firma. Der Vertragspartner verpflichtet sich im Übrigen, über ihm im Rahmen seiner Tätigkeit bekannt gewordene betriebliche

Interna, insbesondere Geschäftsgeheimnis, auch nach seinem Ausscheiden Stillschweigen zu bewahren. Der Vertragspartner ist im Fall des schuldhaften Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht schadenersatzpflichtig.

§ 5 Vergütung

Als Vergütung wird ein Tageshonorar in Höhe von 550 (fünfhundertfünfzig) € festgelegt.

§ 6 Sonstige Ansprüche / Versteuerung

Mit der Zahlung der in § 5 vereinbarten Vergütung sind alle Ansprüche des Vertragspartners gegen die Firma aus diesem Vertrag erfüllt. Die etwaige Inanspruchnahme von Räumen oder Betriebsmitteln der Firma (s. § 3 der Vereinbarung) wird dem Mitarbeiter im Einzelfall nach gesonderter Vereinbarung in Rechnung gestellt.

Für die Versteuerung der Vergütung (Einkommens- und Umsatzsteuer) hat der selbständige Vertragspartner selbst zu sorgen. Der Mitarbeiter wird darauf hingewiesen, dass er nach § 2 Nr. 9 SGB VI als arbeitnehmerähnlicher Selbstständiger rentenversicherungspflichtig sein kann, wenn er in der Regel nur einen Auftraggeber hat und keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt.

§ 7 Fälligkeit

Das vereinbarte Honorar wird jeweils sonntags fällig. Die Auszahlung erfolgt in bar.

§ 8 Kündigung

Das Vertragsverhältnis kann unter Einhaltung einer Frist von 14 Tagen gekündigt werden. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt hiervon unberührt. Von der Firma überlassene Arbeits- und Geschäftsunterlagen sowie sonstige Arbeitsmittel sind mit Beendigung des Vertragsverhältnisses unaufgefordert zurückzugeben. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ist ausgeschlossen.

§ 9 Gerichtsstand / Anwendbares Recht / Verfallklausel

Erfüllungsort und ausschließlicher Gerichtsstand für alle Streitigkeiten aus diesem Vertrag ist der Sitz der Firma,

soweit dies zwischen den Parteien dieses Vertrages wirksam vereinbart werden kann. Auf das Vertragsverhältnis ist ausschließlich deutsches Recht anwendbar.

Sämtliche Ansprüche der Parteien aus und im Zusammenhang mit diesem Vertrag verfallen 2 Monate nach Fälligkeit, soweit sie nicht innerhalb dieser Frist schriftlich geltend gemacht werden.

§ 10 Nebenabreden

Nebenabreden und Änderungen des Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dieses Formerfordernis kann weder mündlich noch stillschweigend aufgehoben oder außer Kraft gesetzt werden. Die teilweise oder vollständige Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen berührt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht.

...

Anhang zum Vertrag:

1. Der Vertrag beginnt am 04. März 2011 und endet am 22. November 2011. (Der Saisonbeginn kann sich planungstechnisch um bis zu max. 10 Tage nach hinten verschieben, das genaue Datum der Premiere und der fixe Anreisetermin, inklusive der Daten für die unentgeltlichen Probenstage vor der Saisonpremiere werden durch die Firma rechtzeitig bekanntgegeben).
2. Die Firma trägt die Kraftstoffkosten vom letzten Gastspielort der Tournee nach K und von Gastspielort zu Gastspielort für 4 Fahrzeuge.
3. Die Mitarbeiter nehmen an max. 2 Vorstellungen pro Tag mit den kompletten Nummern sowie beim Finale und der Parade teil.
4. Die Firma kann die Auftritte der Mitarbeiter in jeglicher Art ändern oder kürzen.
5. Die Mitarbeiter nehmen zu Beginn der Vorstellungen am Einlass teil.
6. Die Mitarbeiter sind bei Presse- und PR-Maßnahmen, auch bei Auftritten in Kaufhäusern o. ä. unentgeltlich anwesend. Video- bzw. Fernsehmitschnitte gewähren die Mitarbeiter der Firma ohne Vergütung und uneingeschränkt. Bei Sonderveranstaltungen kommen die Mitarbeiter zur Animation des Publikums vor der Vorstellung.
7. Die Firma stellt den Mitarbeitern einen kostenlosen zentralen Wasseranschluss und Lichtstrom zur Verfügung.
8. Nach Vertragsabschluss übersenden die Mitarbeiter sofort digitales Fotomaterial, einen Lebenslauf von C und

die Noten für das Orchester an die Firma.

9. Als zusätzlichen Anhang an diesen Vertrag legen die Mitarbeiter eine Liste aller mitreisenden Personen, eine jeweilige Passkopie und bei visapflichtigen Bürgern eine Kopie des deutschen Visums bei.

10. Es werden insgesamt 4 Männer und 2 Frauen anreisen.

...“

Darüber hinaus existiert eine von dem Kläger zu 1. unterschriebene, undatierte „Bestätigung zur Vorlage bei der Ausländerbehörde“, in der es wie folgt heißt:

„Hiermit bestätige ich, M, als Truppenchef, dass die nachfolgend genannten Personen bei mir angestellt sind:

- O ...
- I ...

Die genannten Personen sind im Krankheitsfall über mich abgesichert ...“

Die von den Klägern im Rahmen ihrer Aufführungen verwendeten Requisiten wie Hochseil und „Todesrad“, eine meterhohe „Roll-over“-Konstruktion, zu deren Befestigung 34 Stahlanker von jeweils ca. 1,8 Metern Länge ca. 1,5 Meter tief in den Boden eingelassen werden müssen, stehen ebenso im Eigentum des Klägers zu 1. wie die von den Klägern während der Aufführung getragenen Kostüme. Die Kläger vereinbarten mit dem Zeltmeister der Beklagten, dass dieser die Stahlträger im Boden verankert. Im Gegenzug verpflichteten sich die Kläger, leichtere Arbeiten beim Aufbau des Zeltes zu übernehmen.

Der Kläger zu 1. musste sich infolge eines Unfalls, den er während der Premierenveranstaltung am 4. März 2011 erlitt, zwecks stationärer Behandlung in ein Krankenhaus begeben. Gemäß einer Vereinbarung, die die Ehefrau des Klägers zu 1. mit der Beklagten schloss, traten die Kläger zu 2. bis 4. in der Folgezeit zu dritt auf und erhielten hierfür zunächst weiterhin eine Tagesgage iHv. 550,00 Euro, sodann iHv. 500,00 Euro, die zunächst an den Kläger zu 1., später an dessen Ehefrau und schließlich an eine von dem Kläger zu 1. benannte Person ausgezahlt wurde.

Die Beklagte lehnte einmal den Wunsch der Kläger, im Rahmen einer
Veranstaltung der „G“ aufzutreten, ab. 6

Ab dem 21. Juni 2011 stellten die Kläger zu 2. bis 4. ihre Tätigkeit im
Zirkus der Beklagten mit der Begründung ein, die Beklagte habe sie nicht bei
der zuständigen Krankenversicherung angemeldet. 7

Mit Schreiben vom 27. Juni 2011, das dem Kläger zu 1. am selben Ta-
ge zuing, erklärte die Beklagte die außerordentliche fristlose, hilfsweise or-
dentliche Kündigung des Vertrags zum nächstmöglichen Zeitpunkt. 8

Die Kläger haben die Rechtsauffassung vertreten, die Parteien verbinde
ein Arbeitsverhältnis. Abweichend von den vertraglichen Vorgaben habe die
Beklagte ihre Tätigkeit in zeitlicher, örtlicher und inhaltlicher Hinsicht bestimmt.
Den Inhalt ihrer Aufführung hätten sie nicht verändern dürfen. Von dem Kläger
zu 3. habe die Beklagte eine Strafe iHv. 10,00 Euro mit der Begründung ver-
langt, er habe die Stühle nicht ordnungsgemäß gereinigt. 9

Die Kläger haben beantragt 10

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündi-
gung vom 27. Juni 2011, zugegangen am 27. Juni 2011,
nicht aufgelöst worden ist;
hilfsweise festzustellen, dass sie Arbeitnehmer iSd. § 5
Abs. 1 BetrVG sind.

Die Beklagte, die die Abweisung der Klage beantragt hat, ist der An-
sicht gewesen, sie habe mit Abschluss des Vertrags eine artistische Leistung
„eingekauft“ und die Kläger sodann im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhält-
nisses beschäftigt. Das Vertragsverhältnis sei entsprechend den vertraglichen
Vereinbarungen durchgeführt worden. 11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der
Kläger hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert
und der Klage dem Hauptantrag nach stattgegeben. Mit der vom Landesar-
beitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte, das erstinstanzliche
Urteil wiederherzustellen. 12

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Kläger das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht abgeändert und der Klage stattgegeben. 13

I. Der Kündigungsschutzantrag, den die Kläger in der Hauptsache verfolgen, ist nicht begründet. Es fehlt an einem Arbeitsverhältnis, das der Feststellungsantrag voraussetzt (*vgl. BAG 28. November 2007 - 5 AZR 952/06 - Rn. 12*). Mit Abschluss des Vertrags vom 18. Juli 2010 vereinbarten die Parteien ein freies Dienstverhältnis iSd. § 611 BGB. 14

1. Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend von den rechtlichen Grundsätzen ausgegangen, die das Bundesarbeitsgericht zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters aufgestellt hat. 15

Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers 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 Leistungsgebundener, 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 (*vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 HGB*). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem 16

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 15. Februar 2012 - 10 AZR 301/10 - Rn. 13*), weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben (*BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 28*).

2. In Anwendung dieser Grundsätze hat das Landesarbeitsgericht die Kläger als Arbeitnehmer angesehen. Dieses Ergebnis wird von den tatbestandlichen Feststellungen nicht getragen. 17

a) Das Landesarbeitsgericht hat als Tatsacheninstanz bei der Prüfung des Arbeitnehmerstatus einen Beurteilungsspielraum. Das Revisionsgericht hat die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nur daraufhin zu überprüfen, ob sie in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt (*vgl. BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 484/14 - Rn. 21*). 18

b) Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht stand. Der Vertrag, den die Parteien unter dem 18. Juli 2010 schlossen, zielt auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeiter. Hinsichtlich der späteren Durchführung des Vertrags hat das Landesarbeitsgericht keine Tatsachen festgestellt, die eine abweichende Bewertung rechtfertigen. 19

aa) Bei Abschluss des Vertrags einigten sich die Parteien auf einen freien Dienstvertrag iSd. § 611 BGB. Nach dem Vertragsinhalt sollten die Kläger ihre Artistenleistung als Selbstständige erbringen. 20

(1) Die Parteien haben den Vertrag als „Vertrag über freie Mitarbeit“ bezeichnet. Für die Kläger haben die Vertragspartner ua. den Begriff „selbständige Vertragspartner“ gewählt (*vgl. § 6 Abs. 2 Satz 1 des Vertrags*). Soweit der Vertrag an anderer Stelle mit dem Wort „Mitarbeiter“ auf die Kläger Bezug 21

nimmt (vgl. § 2 Abs. 1 Satz 4, § 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 des Vertrags), ist dieses neutral und kann nach allgemeinem Begriffsverständnis sowohl einen Arbeitnehmer als auch einen freien Mitarbeiter bezeichnen.

Der Vorrang der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen vor der formalen Vertragstypenwahl durch die Parteien bedeutet nicht, dass die Entscheidung der Parteien für eine bestimmte Art von Vertrag irrelevant wäre. Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit - wie im Streitfall - typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden, ist die Entscheidung der Vertragspartner für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen (vgl. BAG 9. Juni 2010 - 5 AZR 332/09 - Rn. 19).

22

(2) Gegenstand der von den Klägern geschuldeten Tätigkeit ist eine „Hochseil- und Todesradnummer mit jeweils 4 Personen (gesehen wie auf dem Video bei Youtube vom 20.02.2010, eingestellt von C)“ (§ 1 des Vertrags). Eine derart präzise Beschreibung dessen, was die Kläger schulden, verdeutlicht, dass die Beklagte nicht Arbeitnehmer einstellen wollte, sondern für ihren Zirkus eine inhaltlich fest umrissene Leistung „einkaufte“. Das Arbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass Urheber der geschuldeten Leistung allein die Kläger waren, nicht aber die Beklagte. Infolge der Leistungsbeschreibung verbleibt für ein die geschuldete Leistung ausgestaltendes Weisungsrecht der Beklagten, wie es für ein Arbeitsverhältnis kennzeichnend ist, kein Raum. Weder Art noch Inhalt der Aufführung waren von der Beklagten zu beeinflussen, ohne den in § 1 des Vertrags beschriebenen Vertragsgegenstand zu ändern. Dies gilt auch im Hinblick auf den in Nr. 4 des Anhangs festgelegten Vorbehalt, der die Beklagte berechtigt, „Auftritte ... in jeglicher Art zu ändern oder zu kürzen“. Die Verpflichtung der Kläger, darüber hinaus vor Sonderveranstaltungen bei der Animation des Publikums mitzuwirken (Nr. 6 Satz 3 des Anhangs) und zu Beginn der Vorstellungen am Einlass (Nr. 5 des Anhangs) sowie am Finale/an der Parade (Nr. 3 des Anhangs) teilzunehmen, ergänzt den Leistungskatalog, ohne ihm das Gepräge zu geben. Auch die Vereinbarung unter Nr. 6 Satz 1 des An-

23

hangs, die Teilnahme der Kläger an Presse- und Public-relations-Maßnahmen, spricht nicht für ein Arbeitsverhältnis.

(3) Dieser Befund wird durch § 2 des Vertrags bestätigt. Dort vereinbarten die Parteien, dass die Durchführung der „abgestimmten Tätigkeiten“ keinen Weisungen der Beklagten unterlägen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 des Vertrags). Die Kläger seien in der Gestaltung der Tätigkeit hinsichtlich Zeit, Dauer, Art und Ort frei (§ 2 Abs. 1 Satz 2 des Vertrags). Die Einschränkungen, die der Vertrag in den folgenden Bestimmungen enthält, begrenzen die Umstände, unter denen die Kläger ihre Dienstleistung anzubieten haben, ohne der Beklagten ein Direktionsrecht einzuräumen. Zum einen haben die Kläger auf die „besonderen betrieblichen Belange im Zusammenhang mit ... [ihrer] Tätigkeit“ Rücksicht zu nehmen (§ 2 Abs. 1 Satz 3 des Vertrags), zum anderen „projektbezogene Zeitvorgaben“ einzuhalten (§ 2 Abs. 1 Satz 5 des Vertrags). Beide Klauseln sind für freie Dienstverträge iSd. § 611 BGB nicht untypisch. Die Bestimmung in Nr. 3 des Anhangs beschränkt die Anzahl der Vorstellungen auf „max. 2“ pro Tag, wobei sich die Beklagte allerdings in Nr. 4 des Anhangs einen Änderungsvorbehalt hat einräumen lassen. Ein solcher ist sowohl bei freien Dienstverträgen als auch bei Arbeitsverträgen denkbar.

24

(4) Gegen die Annahme, der die Parteien verbindende Vertrag habe einen arbeitsvertraglichen Inhalt, spricht zudem der Umstand, dass der Vertrag die Kläger nicht verpflichtet, die geschuldete Leistung in Person zu erbringen. § 1 des Vertrags verlangt lediglich die Darbietung zweier Zirkusnummern unter Mitwirkung von „jeweils 4 Personen“. Dem Vertrag ist nicht zu entnehmen, dass es sich bei diesen Personen um die Kläger handeln muss. Eine Ergänzung hierzu enthält § 3 Abs. 1 des Vertrags. Dort ist bestimmt, dass die Kläger sich für die Erbringung der von ihnen geschuldeten Dienstleistung der „Hilfe Dritter bedienen“ können. Räumt der Vertragspartner dem Dienstnehmer das Recht ein, Dritte in die Leistungserbringung einzubinden, ist dies ein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit (vgl. BAG 12. Dezember 2001 - 5 AZR 253/00 - zu I 2 i der Gründe).

25

- (5) In dieselbe Richtung deutet § 4 Satz 1 des Vertrags. Danach sind die Kläger berechtigt, für Dritte tätig zu werden. Verständigen sich die Vertragspartner darauf, dass der Dienstnehmer während der Laufzeit des Vertrags andere berufliche und gewerbliche Aktivitäten zu entfalten berechtigt ist, ist dies ein Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit (vgl. BAG 12. Dezember 2001 - 5 AZR 253/00 - zu I 2 b der Gründe). 26
- (6) Auch die Bestätigung, die der Kläger zu 1. zwecks „Vorlage bei der Ausländerbehörde“ unterschrieb, ist in diesem Zusammenhang zu würdigen. Der Kläger zu 1. bekundete, die Kläger zu 3. und 4. seien als seine Angestellte „im Krankheitsfall über ... [ihn] abgesichert“. Diese Erklärung deutet darauf hin, dass der Kläger zu 1. als selbstständiger Unternehmer mit eigenen Mitarbeitern gegenüber der Beklagten auftrat. 27
- bb) Die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen rechtfertigen es nicht, aus der Durchführung des Vertrags darauf zu schließen, die Parteien hätten nicht einen freien Dienst-, sondern einen Arbeitsvertrag schließen wollen. 28
- (1) Die Kläger erbrachten ihre Leistungen im Wesentlichen unter Verwendung eigener Arbeitsmaterialien. Sowohl die Hochseilanlage als auch das „Todesrad“ stehen in ihrem, nicht aber im Eigentum der Beklagten. Dass die Kläger die Requisiten im Zirkuszelt der Beklagten aufbauten, liegt in der Natur der von ihnen geschuldeten Dienstleistung, der Darbietung artistischer Zirkusnummern. Dass die Kläger während eines Teils der Aufführung Kostüme trugen, die die Beklagte ihnen zur Verfügung stellte, belegt das Bemühen der Beklagten, nach außen als Veranstalterin der Vorführungen in Erscheinung zu treten, legt aber nicht die Annahme eines Arbeitsverhältnisses nahe. 29
- (2) Die Kläger machten von ihrer nach § 3 Abs. 1 des Vertrags bestehenden Berechtigung Gebrauch, sich zur Erledigung der vertraglich zugesagten Tätigkeiten der „Hilfe Dritter“ zu bedienen. Sie vereinbarten mit dem Zeltmeister der Beklagten, dass dieser die Stahlträger für das Hochseil und das „Todesrad“ im Boden verankert. Damit belegt auch die Vertragspraxis, dass die Parteien 30

davon ausgingen, dass die Kläger die von ihnen geschuldeten Tätigkeiten - jedenfalls in Teilen - nicht höchstpersönlich zu erbringen hatten.

(3) Zutreffend ist das Landesarbeitsgericht davon ausgegangen, es reiche für die Annahme, die Kläger seien in die Organisation des Zirkusunternehmens eingebunden gewesen, nicht aus, dass diese ihre Leistung während der von der Beklagten angesetzten Vorstellungen erbringen mussten. Die diesbezüglichen Weisungen der Beklagten beziehen sich auf den in § 1 des Vertrags beschriebenen Vertragsgegenstand, die Darbietung von Zirkusnummern, die naturgemäß nur im Rahmen einer Zirkusvorstellung aufzuführen sind. Die Bindung der Kläger an die von der Beklagten zur Verfügung gestellte Aufführungsstätte gibt keinen Aufschluss über die persönliche Abhängigkeit der Kläger, wenn der Arbeitsort - wie hier - für die Tätigkeit typisch ist (*vgl. BAG 11. März 1992 - 7 AZR 130/91 - zu II 6 der Gründe*). 31

(4) Dass die Kläger über ihre vertraglichen Verpflichtungen hinaus beim Auf- und Abbau des Zelttes nebst Bestuhlung mitwirkten, besagt nichts über die Durchführung des Vertrags mit der Beklagten. Diese Tätigkeiten beruhen nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien auf einer gesonderten Absprache mit dem Zeltmeister der Beklagten, der im Gegenzug für die Verankerung der Stahlträger für das Hochseil und das „Todesrad“ Sorge trug. Eine inhaltliche Änderung des Vertrags mit der Beklagten ist hiermit nicht verbunden. Die Parteien haben nicht vorgetragen, dass dem Zeltmeister die Befugnis zukam, die vertraglichen Absprachen mit der Beklagten in deren Namen zu ändern. Umstände, die eine solche Vertretungsbefugnis nahelegten, sind im Übrigen nicht ersichtlich. 32

(5) Der Umstand, dass die Beklagte den Klägern untersagte, an einer Veranstaltung der „G“ teilzunehmen, ist nicht geeignet, die Rechtsnatur des Vertrags infrage zu stellen. Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (*BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 28*). Im Hinblick auf die 33

Befugnis der Kläger, neben der Tätigkeit für die Beklagte vertragliche Verpflichtungen gegenüber Dritten einzugehen, ist dies weder nach dem Vortrag der Kläger noch nach dem der Beklagten der Fall.

II. Der Hilfsantrag, der so auszulegen ist, dass die Kläger ihren Status als Arbeitnehmer im allgemeinen Sinne festgestellt wissen wollen, ist unbegründet. Die Kläger waren nicht Arbeitnehmer der Beklagten, sondern erbrachten die von ihnen geschuldeten Leistungen als freie Dienstnehmer. 34

III. Die Kläger haben die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen (§ 91 Abs. 1, § 100 Abs. 1 ZPO). 35

Brühler

Klose

Suckow

Die Amtszeit der ehrenamtlichen Richterinnen Neumann ist abgelaufen.

Ropertz

Brühler