

Aktenzeichen: 5 AZR 477/79

LAG Berlin Urteil des BAG vom 9. September 1981

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit, § 620 Befristeter
Arbeitsvertrag; HGB § 84 Abs. 1 Satz 2; ZPO
1977 § 256 Abs. 1; BSHG § 40

Leitsatz: Ein in der Behindertenfürsorge tätiger Psychologe, der innerhalb eines mit dem Träger der Sozialhilfe vereinbarten zeitlichen Rahmens von 18 Betreuungsstunden pro Woche Zeit und Ort seiner Tätigkeit frei bestimmen kann, ist freier Mitarbeiter und kein Arbeitnehmer.



5 AZR 477/79

3 Sa 116/78 Berlin

Verkündet am
9. September 1981

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 9. September 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, den Richter Dr. Heither und die Richterin Michels-Holl sowie die ehrenamtlichen Richter Polcyn und Dr. Koffka für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des beklagten Landes wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 6. März 1979 - 3 Sa 116/78 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des beklagten Landes wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 28. September 1978 - 20 Ca 153/77 - abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen seit dem 1. August 1976 ein Arbeitsverhältnis besteht.

Die Klägerin, die am 1. April 1976 die Diplomhauptprüfung für Psychologen bestanden hatte, traf mit dem beklagten Land am 12. Juli 1976 eine erste, für den Zeitraum vom 1. August bis 31. Dezember 1976 befristete Vereinbarung mit folgendem Inhalt:

"Frau Sch erklärt sich bereit, für die Behindertenfürsorge als freier Mitarbeiter zu den nachstehenden Bedingungen tätig zu sein
...

Zu betreuende Person/Gruppe: Behinderte Kinder und Jugendliche Anzahl: 4 - 5.

Hierbei handelt es sich um eine nicht weisungsgebundene Tätigkeit als Diplom-Psychologin.

...

pro Woche 18 Betreuungsstunden zuzügl. Vor- und Nacharbeiten gem. Ziff. 7 der Honorarvorschriften.

Honorar je Betreuungsstunde 17,-- DM (i.W. siebzehn).

...

Das Honorar wird nicht gezahlt, wenn die Leistungen entfallen.

...

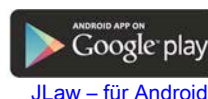
Mit dieser Vereinbarung wird kein Anspruch auf eine regelmäßige Heranziehung oder Übernahme in ein Arbeitsverhältnis mit dem Land Berlin erworben.

..."

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

Mit Schreiben vom 22. Dezember 1976 bot das Bezirksamt Schöneberg für die ersten Monate des Jahres 1977 eine Mitarbeit für zwölf Betreuungsstunden pro Woche zu im übrigen unveränderten Bedingungen an. Die Klägerin setzte daraufhin ihre Tätigkeit fort. Zu einem weiteren für die Zeit vom 15. Februar bis 31. Dezember 1977 befristeten Vertrag kam es am 8. Februar 1977. Er hat im wesentlichen den gleichen Inhalt wie die vorausgegangene Vereinbarung.

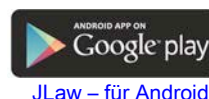
Aufgrund dieser Verträge war die Klägerin in der Behindertenfürsorge des beklagten Landes tätig. Die beim Bezirksamt Schöneberg eingerichtete Fürsorgestelle für behinderte Minderjährige hat die Aufgabe, die Art der Behinderung festzustellen, geeignete Therapiemaßnahmen vorzuschlagen und die Behandlung zu überwachen. Die Fürsorgestelle empfiehlt dabei geeignete Therapieeinrichtungen oder Therapeuten und übernimmt aufgrund der Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes (§§ 39 ff. BSHG) die Kosten der Therapie. Soweit Diplompsychologen als Therapeuten tätig werden, rechnen sie die von ihnen geleisteten Betreuungsstunden entweder aufgrund von Honorarvereinbarungen oder aufgrund einer vom beklagten Land vor Beginn der Behandlung erklärten Kostenübernahme ab. Die Klägerin betreute und behandelte Minderjährige sowohl aufgrund der genannten Honorarvereinbarungen als auch ab April 1977 aufgrund von Kostenübernahmeerklärungen. In beiden Fällen führt die Klägerin die vorgeschlagene und von einem Arzt befürwortete Therapie durch. Inhalt und Umfang der Therapie werden dabei festgelegt. Die Fürsorgestelle verlangt von der Klägerin zum Teil Zwischenberichte und in allen Fällen Schlußberichte. Einzelne Weisungen werden der Klägerin nicht erteilt.

Die Klägerin behandelte die Minderjährigen in der Regel in der Wohnung der Eltern. Sie vereinbarte mit den Eltern die Behandlungszeiten und stimmte sich mit ihnen ab, wenn vereinbarte Stunden bei Krankheit oder Urlaub zu ver-

- 4 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 4 -

legen waren. Zu Beginn ihrer Tätigkeit entsprach die Zahl der tatsächlich geleisteten Betreuungsstunden dem in den Vereinbarungen genannten zeitlichen Umfang von 18 Wochenstunden: Im November 1976 leistete die Klägerin insgesamt 81,5 Betreuungsstunden, im Dezember 1976 waren es 69 Stunden. Im Jahre 1977 schwankte die Zahl der Betreuungsstunden zwischen zwölf Stunden im Dezember 1977 und 49 Stunden im September 1977. Sie lag im Durchschnitt bei etwa 35 Stunden monatlich. Die Inanspruchnahme der Klägerin war insgesamt gesehen rückläufig.

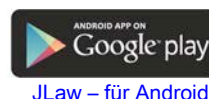
In den Jahren 1976 und 1977 waren außer der Klägerin noch bis zu fünf Diplompsychologen aufgrund von Honorarvereinbarungen über fünf bis 18 Betreuungsstunden für die Behindertenfürsorge im Bezirksamt Schöneberg tätig. Festangestellte Therapeuten mit der gleichen Tätigkeit wie die der Klägerin wurden nicht beschäftigt. Ende 1977 lehnte das beklagte Land den Abschluß einer weiteren Vereinbarung ab. Ab 1. Januar 1978 behandelt die Klägerin nur noch Kinder, für die sie aufgrund einer zuvor ausgesprochenen Kostenübernahmeerklärung eine Vergütung vom beklagten Land fordert.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, mit dem Abschluß der befristeten Vereinbarungen habe das beklagte Land Berlin ein Arbeitsverhältnis begründet. Sie sei wie ein Arbeitnehmer persönlich abhängig gewesen. Das folge aus der Bindung an die Therapievorschlüsse und aus der Tatsache, daß das beklagte Land sie durch die Vereinbarung einer Berichtspflicht laufend überwacht habe. Dazu hat die Klägerin behauptet, sie habe nicht frei entscheiden können, ob und welche Aufträge sie übernehmen wolle. Sie sei verpflichtet gewesen, ihren Urlaub in die Schulferien zu legen. Mit der vom beklagten Land erstrebten Umwandlung der Rechtsbeziehungen Ende 1977 von der Betreuung aufgrund der Honorarvereinbarung in eine Betreuung ausschließlich auf der Grundlage von Kostenübernahmeerklärungen sei sie nicht einverstanden gewesen.

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, daß sie sich seit dem 1.
August 1976 in einem unbefristeten Ar-
beitsverhältnis zum beklagten Land Berlin
befinde.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen.
Es hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei freie Mit-
arbeiterin gewesen. Berichte seien nur angefordert worden,
um prüfen zu können, ob die vorgeschlagenen Maßnahmen auch
tatsächlich durchgeführt wurden. Dazu hat das beklagte Land
behauptet, kein Angestellter des Bezirksamts Schöneberg ha-
be Einfluß auf die Therapie genommen. Für die Klägerin hät-
te es keine nachteiligen Folgen gehabt, wenn sie erklärt
hätte, sie wolle vorübergehend keine Kinder betreuen. Die
Klägerin sei nicht verpflichtet gewesen, Zeiten einer Ar-
beitsunfähigkeit durch Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach-
zuweisen und Länge und Dauer ihres Urlaubs mitzuteilen. Tat-
sächlich habe sie das auch weder 1976 noch 1977 getan. Vor-
sorglich hat das beklagte Land geltend gemacht, die verein-
barte Befristung sei in jedem Falle wirksam. Es habe bei
Abschluß der Verträge nicht übersehen können, ob in Zukunft
weitere Betreuungsleistungen anfielen. Es könne eine Beschäf-
tigung der Klägerin nicht gewährleisten. Dazu seien die Ei-
genart der Betreuungsfälle und die Art der durchzuführenden
Therapie zu verschieden. Auch komme es jeweils auf die Eignung
der Fachkraft und das notwendige Vertrauensverhältnis
zwischen Eltern und Fachkraft an.

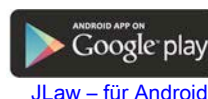
Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Be-
rufung des beklagten Landes ist ohne Erfolg geblieben. Mit
der Revision verfolgt das beklagte Land den Antrag auf Ab-
weisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wurde
die Klägerin - befristet - als freie Mitarbeiterin und nicht
als Arbeitnehmerin beschäftigt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

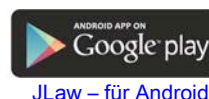
I. Die Klage auf Feststellung, daß zwischen den Parteien ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestehe, ist zulässig, auch wenn nicht gleichzeitig über den zeitlichen Umfang dieses Arbeitsverhältnisses entschieden wird (§ 256 Abs. 1 ZPO 1977). Für die Zulässigkeit einer solchen Statusklage sprechen vor allem Gründe der Prozeßökonomie (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. AP Nr. 22 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Filmhersteller] - [zu I 2 a und b der Gründe]; Urteil des Senats vom 15. März 1978 - 5 AZR 819/76 - AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Filmautor und Regisseur] - [zu A der Gründe] - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Auch im vorliegenden Fall kann erst die Statusklage Klarheit darüber verschaffen, ob die Klägerin Arbeitnehmerin ist. Nur bei positivem Ausgang dieses Verfahrens kann über den zeitlichen Umfang eines Arbeitsverhältnisses gestritten werden. Klarzustellen ist allerdings schon an dieser Stelle, daß nur die durch die Honorarvereinbarung begründeten Rechtsbeziehungen beurteilt werden sollen. Das Arbeitsverhältnis kann also nur den zeitlichen Umfang haben, wie er sich aufgrund der Honorarvereinbarungen tatsächlich entwickelt hat; maßgebend wäre insoweit die durchschnittliche Arbeitszeit, die die Klägerin aufgrund der Honorarvereinbarungen erbracht hat.

II. In der Statusbeurteilung ist das Berufungsgericht zwar von den Grundsätzen ausgegangen, die der Senat in ständiger Rechtsprechung für die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters entwickelt hat. Entscheidendes Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft ist danach die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters (vgl. zuletzt Urteil vom 15. März 1978 - 5 AZR 819/76 - AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu B II 1 und 2 der Gründe] m. w. N. - dieses Urteil ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt; AP Nr. 28 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Rundfunkbeauftragter] - [zu 1 der Gründe]).

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Das Berufungsgericht hat diese Grundsätze im vorliegenden Fall jedoch unrichtig angewendet.

1. Das Berufungsgericht meint, die ein Arbeitsverhältnis begründende persönliche Abhängigkeit folge schon daraus, daß die Klägerin verpflichtet gewesen sei, 18 Wochenstunden zur vereinbarten Dienstleistung zur Verfügung zu stehen; der Klägerin sei es versagt gewesen, die vertraglich übernommenen Verpflichtungen nach ihrem Gutdünken abzusagen. Ihre Dienstbereitschaft habe das beklagte Land eingeplant. Urlaub habe sie in die Zeit der Schulferien legen müssen. Therapievorschläge für die zur Betreuung zugewiesenen Kinder und Jugendlichen habe sie beachten müssen.

2. Diese vom Berufungsgericht festgestellten Merkmale rechtfertigen es nicht, die zwischen den Parteien begründeten Vertragsbeziehungen als Arbeitsverhältnis zu werten. Diese Merkmale begründen nicht das Maß an persönlicher Abhängigkeit, das für ein Arbeitsverhältnis typisch ist.

a) Das Berufungsgericht hat zunächst die Bedeutung der vertraglichen Abrede verkannt, durch die sich die Klägerin zu 18 Betreuungsstunden pro Woche verpflichtete. Nicht jeder, der seine Arbeitskraft dem Dienstberechtigten für eine bestimmte Zeit zur Verfügung zu stellen hat, ist schon deshalb Arbeitnehmer. Richtig sagt die Revision, daß eine persönliche Abhängigkeit nur dann begründet wird, wenn der Dienstberechtigte auch Einfluß darauf nimmt, wann der Dienstverpflichtete seine Tätigkeit ausübt. Das ist nicht geschehen. Insoweit ist auch der vorliegende Fall mit den Fallgestaltungen, die der Senat aus dem Medienbereich zu beurteilen hatte, nicht zu vergleichen. In den Entscheidungen des Senats, die das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nennt, hatte der jeweils dienstberechtigte Sender stndige Dienstbereitschaft seiner Mitarbeiter verlangt (vgl. AP Nr. 22 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Filmhersteller] - [zu II 2 a der Gründe] = DB 1977, 2460); er hatte Einfluß auf die Gestaltung der Arbeitszeit genommen.



b) Ob die Klägerin verpflichtet war, ihren Urlaub in die Schulferien zu legen, ist zweifelhaft. Aus den schriftlichen Vereinbarungen folgt das nicht. Bei der Abrede, daß nur tatsächlich geleistete Betreuungsstunden bezahlt werden, konnte es dem beklagten Land gleichgültig sein, wann die Klägerin ihren Urlaub nahm. Daß Mitarbeiter des Bezirksamts den Urlaub der Klägerin zeitlich festgelegt hätten, hat die Klägerin nicht vorgetragen. Der Sachzwang, von dem das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang spricht, kann allein die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters vom Dienstberechtigten nicht begründen. Gleichen Sachzwängen unterliegen auch die frei praktizierenden Psychologen, die sich in der Hauptsache mit der Betreuung schulpflichtiger Kinder befassen.

c) Schließlich führt auch die Verpflichtung der Klägerin, bei der Betreuung der ihr zugewiesenen Kinder Therapiepläne zu befolgen, nicht zu einer für ein Arbeitsverhältnis typischen persönlichen Abhängigkeit. Die Therapievorschlüsse, die von den behandelnden Ärzten ausgingen, grenzten insoweit nur Art und Umfang der psychologischen Betreuung ein. Durch sie wurde nur der Inhalt der geschuldeten Leistung bestimmt. Im übrigen weist die Revision zu Recht darauf hin, daß in gleicher Weise gegenüber Vereinen, Instituten und freien Praxen verfahren werde. Entscheidend für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses kann in diesem Zusammenhang nur sein, ob Mitarbeiter des beklagten Landes Einfluß auf die Gestaltung der Therapie genommen haben. Das war unstreitig nicht der Fall.

3. Die Klägerin war auch nicht in die Verwaltungstätigkeit des beklagten Landes so eingegliedert, daß sich daraus eine persönliche Abhängigkeit hätte ergeben können.

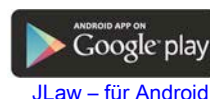
a) Die Klägerin gehörte zu den Mitarbeitern des beklagten Landes, die ihrem Beruf außerhalb der eigentlichen Verwaltung nachgehen. Aus den gesetzlichen Regelungen über die



Sozialhilfe ergibt sich - entgegen der Auffassung der Klägerin - nichts anderes. Als Träger der Sozialhilfe leistet das beklagte Land Eingliederungshilfe für Behinderte nach Maßgabe der §§ 39 ff. BSHG. Die in § 40 BSHG im einzelnen aufgeführten Maßnahmen der Hilfe braucht es jedoch nicht durch festangestellte Arbeitnehmer, also "selbst" zu leisten. Diese Maßnahmen kann der Träger der Sozialhilfe auch durch Dritte - Selbständige - durchführen lassen. Das gilt etwa für die ambulante ärztliche Behandlung oder für ärztlich verordnete Maßnahmen zur Verhütung, Beseitigung oder Milderung der Behinderung (§ 40 Abs. 1 Nr. 1 BSHG) ebenso wie für heilpädagogische Maßnahmen für Kinder, die noch nicht im schulpflichtigen Alter sind (§ 40 Abs. 1 Nr. 2 a BSHG) und für die Hilfe zu einer angemessenen Schulbildung (§ 40 Abs. 1 Nr. 3 BSHG). In all diesen Fällen kann sich der Träger der Sozialhilfe darauf beschränken, die Kosten für diese Maßnahmen zu übernehmen.

In den Fällen, in denen der Träger der Sozialhilfe Selbständige - etwa freipraktizierende Ärzte oder Psychologen - einschalten könnte, kann er auch freie Mitarbeiter mit den entsprechenden Qualifikationen einsetzen. Diese Beschäftigung freier Mitarbeiter unterscheidet sich von der Beauftragung frei praktizierender Ärzte oder Psychologen nur dadurch, daß die Verwaltung im ersten Fall Aufträge von Fall zu Fall erteilt, im zweiten Fall der Umfang der gewünschten Tätigkeit in etwa abgesprochen wird. Der Tätigkeit eines freien Mitarbeiters liegt dann eine Rahmenvereinbarung zugrunde. Hier war es die Honorarvereinbarung, die den zeitlichen Umfang, in dem die Klägerin tätig werden sollte, in etwa festlegte und die Vergütung regelte.

b) Für Mitarbeiter die nicht in den Betrieb oder die Verwaltung eingegliedert sind, enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Nach dieser Bestimmung ist selbständig, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit



gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Zwar gilt diese Regelung unmittelbar nur für die Abgrenzung des selbständigen Handelsvertreters vom abhängig beschäftigten Handlungsgehilfen (Handlungsreisenden). Über diesen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält diese Bestimmung jedoch noch eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die auch zur Abgrenzung der Rechtsverhältnisse freier Mitarbeiter von Arbeitsverhältnissen zu beachten ist (vgl. BAG AP Nr. 28 zu § 611 BGB Abhängigkeit [betr.: Rundfunkbeauftragter] - [zu 1 der Gründe]).

Die Klägerin konnte - unstreitig - Zeit und Ort ihrer Tätigkeit frei bestimmen. Sie konnte mit den Eltern die Betreuungszeiten vereinbaren; sie konnte mit ihnen auch besprechen, wenn Stunden in Fällen der Verhinderung verlegt werden mußten. Dabei war sie ebenso frei wie der Mitarbeiter, der aufgrund einer Kostenübernahmeerklärung tätig wird. Diese Möglichkeit, die Arbeitszeit frei bestimmen zu können, ist für das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin typisch. Abhängig beschäftigte Psychologen genießen diese Freiheit nicht, auch dann nicht, wenn sie - wie die Klägerin - bei der Betreuung schulpflichtiger Kinder eingesetzt werden. Abhängig beschäftigte Psychologen müssen sich in erster Linie nach den Dispositionen des Arbeitgebers richten; die Klägerin brauchte das nicht.

4. Weitere Umstände, die eine das Arbeitsverhältnis kennzeichnende persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters begründen könnten, sind nicht ersichtlich. Die Klage muß deshalb schon nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin abgewiesen werden.

III. Gegen die Befristung des Mitarbeiterverhältnisses bestehen keine Bedenken. Nur die Befristung eines Arbeitsverhältnisses kann unwirksam sein. Ein freier Mitarbeiter, der keinen Kündigungsschutz in Anspruch nehmen kann, kann sich



- 11 -

nicht darauf berufen, die Befristung sei sachlich nicht gerechtfertigt und der Kündigungsschutz werde deshalb in unzulässiger Weise umgangen (zur Befristung im Arbeitsverhältnis vgl. BAG [GS] 10, 65 [71 ff.] = AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag [zu II C 2 der Gründe]; BAG AP Nr. 33 und 35 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag).

gez.: Dr. Thomas Dr. Heither Michels-Holl

Polcyn Dr. Koffka



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)