

Aktenzeichen: 7 AZR 275/82

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 28. September 1983
- 7 AZR 275/82 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 19. Mai 1981
- 10 Ca 342/80 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 5. Januar 1982
- 3 Sa 71/81 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Abgrenzung Arbeitnehmer - freier Mitarbeiter

Gesetz: HGB § 84 Abs. 1 Satz 2

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 275/82

3 Sa 71/81 Berlin

Verkündet am
28. September 1983

Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

Pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. September 1983 durch den Richter Roeper als Vorsitzenden, die Richter Dr. Becker und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Deckert und Dr. Blaeser für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 5. Januar 1982 – 3 Sa 71/81 – wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Revision, soweit sie nicht im Teilvergleich gegeneinander aufgehoben worden sind.

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



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



Tatbestand:

Der 1929 geborene Kläger, der diplomierter Wirtschaftsingenieur ist, war auf der Grundlage eines am 11. Mai 1960 zwischen den Parteien schriftlich abgeschlossenen Arbeitsvertrages von der Beklagten eingestellt worden. Der Kläger ist Schwerbehinderter im Sinne des § 1 SchwbG. Mit Wirkung vom 2. Oktober 1963 wurde dem Kläger die Tätigkeit eines Direktionsassistenten übertragen und ihm von der Beklagten gestattet, zur Durchführung seines ab Januar 1964 begonnenen Studiums der Rechtswissenschaften die Präsenzzeit im Büro von bisher fünf auf vier Arbeitstage pro Woche zu beschränken. Mit Schreiben vom 29. Juni 1967 kündigte der Kläger sein Arbeitsverhältnis aus persönlichen und beruflichen Gründen zum 31. Dezember 1967. Da die Beklagte an einer weiteren Tätigkeit des Klägers für sie zur Abwicklung bestimmter Rechtsstreitigkeiten interessiert war, vereinbarten die Parteien eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum 29. Februar 1968. In ihrem Schreiben vom 12. Dezember 1967 teilte die Beklagte dem Kläger weiter mit, sie würde es begrüßen, wenn der Kläger auch anschließend für diese Angelegenheiten gegebenenfalls als freier Mitarbeiter zur Verfügung stünde. Unter dem 11. April 1968 vereinbarten die Parteien daraufhin, daß der Kläger nach seinem Ausscheiden bei der Beklagten für sie nach Bedarf tageweise tätig werde, insbesondere in der Angelegenheit "Brandschaden O", und pro Arbeitstag eine Vergütung von 200,-- DM brutto erhalte. Diese Vergütungsabsprache wurde mit Wirkung vom 12. Mai 1969 modifiziert, um bei Änderung des Manteltarifvertrages eine jeweils gesonderte Vereinbarung überflüssig zu machen. Mit Schreiben vom 22. Oktober 1969 schlug der Kläger der Beklagten eine den voraussichtlichen Zeitaufwand berücksichtigende sowie am Erfolg orientierte Vergütungsregelung vor. Daraufhin schlossen die Parteien unter Bezugnahme auf dieses Schreiben am 12. Januar 1970 zusätzlich einen weiteren Vertrag hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers in den Schadenersatzprozessen der N Versicherungs-AG gegen die Beklagte. In der Zeit vom 1. September oder 1. Oktober 1971 bis zum 31. Januar 1973 war der Kläger aufgrund gesonderter Vereinbarung zwischen den Parteien in der Angelegenheit H

vollzeitbeschäftigt unter Anwesenheitspflicht und Weisungsbundenheit für die Beklagte tätig. Unter dem 12. Dezember 1974 wies die Beklagte den Kläger darauf hin, er könne angesichts seiner Stellung als freier Mitarbeiter kein Jubiläumsgeld und keine Weihnachtsgratifikation erhalten.

Die Beklagte, die den Kläger einkommensteuer- und versicherungsrechtlich wie einen Arbeitnehmer behandelte, teilte dem Kläger mit Schreiben vom 26. September 1980 mit, daß sie nach Abschluß der Tätigkeit des Klägers für den "0 - Prozeß" die monatlichen Zahlungen von 2.330,-- DM zum 31. Oktober 1980 einstellen werde und eine anderweitige Einsatzmöglichkeit für den Kläger bei ihr nicht vorhanden sei. Der "0 - Prozeß" war Anfang 1978, eine andere vom Kläger bearbeitete Rechtsstreitigkeit bereits im Jahre 1973 beendet worden. Mit weiterem Schreiben vom 13. Oktober 1980 übersandte die Beklagte die Lohnsteuerkarte des Klägers für das Jahr 1980.

Der Kläger hat beide Schreiben als Kündigungen aufgefaßt und am 17. Oktober 1980 Kündigungsschutzklage eingereicht. Er hat die Auffassung vertreten, seit dem 1. Juni 1960 ununterbrochen in einem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu stehen. Dies bestätigten nicht nur die lohnsteuer- und versicherungsrechtliche Behandlung seiner Vergütung sowie für Dritte ausgestellte Bescheinigungen der Beklagten, sondern auch die Zusagen und Zahlung einer festen Vergütung. Ohne Bedeutung für seine Arbeitnehmereigenschaft sei, daß er sich nebenbei juristischen Studien gewidmet habe. Die Kündigungen der Beklagten seien schon mangels der erforderlichen Zustimmung der Hauptfürsorgestelle unwirksam. Entgegen der vereinbarten Anpassung seiner Vergütung an die Tariflohnentwicklung habe die Beklagte die Vergütung seit 1978 nicht mehr erhöht, so daß ihm neben der Erteilung eines Dienstzeugnisses und der Berichtigung der unvollständig ausgefüllten Lohnsteuerkarte eine Nachzahlung in Höhe des Differenzbetrages zustehe. Der Kläger hat beantragt, 1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht durch die Schreiben der Beklagten vom 26. September 1980 und 13. Oktober 1980 aufgelöst worden ist, sondern weiter fortbesteht, 2. festzustellen, daß der Kläger spätestens ab 11. April 1968 bis August 1971 in einem Teilzeitarbeitsverhältnis, in



der Zeit vom 1. September 1971 bis 31. Januar 1973 in einem Vollzeitarbeitsverhältnis und ab 1. Februar 1973 bis mindestens September 1980 wieder in einem Teilzeitarbeitsverhältnis als deren Arbeitnehmer beschäftigt war, 3. die Beklagte zu verurteilen, a) an den Kläger 3.360,-- DM nebst 8 % Zinsen seit dem 1. Juli 1978 zu zahlen, b) die Lohnsteuerkarte des Klägers für das Jahr 1980 zu berichtigen, indem sie darin die von ihr gezahlten anteiligen Arbeitgeberanteile wahrheitsgemäß einträgt, c) dem Kläger ein Zeugnis, ausgedehnt auf Führung und Leistung, für die Zeit seiner Beschäftigung vom 1. Juni 1960 bis zum 31. Oktober 1980 zu erteilen, 4. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger all den bisherigen und zukünftigen Schaden zu ersetzen, der sich für ihn aus der bisher nicht erfolgten Erteilung eines ordnungsgemäßen Zeugnisses seit Oktober 1980 ergeben hat oder noch ergeben wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, zwischen den Parteien bestehe seit 1968 ein freies Mitarbeiterverhältnis, das auf die Erfüllung eines bestimmten, inzwischen erreichten Zwecks ausgerichtet gewesen sei. Sie habe lediglich aus Entgegenkommen gegenüber dem Kläger darüber hinaus Zahlungen geleistet. Deshalb sei es auch rechtsmißbräuchlich, wenn der Kläger nunmehr die Anpassung seiner Vergütung an die Tariflohnentwicklung verlange.

Das Arbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag Ziff. 2 stattgegeben und die Beklagte zur Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses verurteilt, im übrigen die Klage als unzulässig (Klageanträge Ziff. 3 b und 4) und unbegründet (Klageanträge Ziff. 1 und 3 a) abgewiesen. Es hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt, der Kläger sei nach 1968 Arbeitnehmer der Beklagten gewesen, da er bei den von ihm zu bearbeitenden Rechtsstreitigkeiten von den Vorstellungen der Beklagten und den vorgegebenen zeitlichen arbeitsmäßigen Strukturen abhängig gewesen sei. Es habe sich aber um ein zweckbefristetes Arbeitsverhältnis gehandelt, nämlich der Abwicklung der beiden Rechtsstreitigkeiten, so daß nach deren Beendigung das Arbeitsverhältnis nicht mehr fortbestanden habe. Soweit

der Kläger Lohnnachzahlung verlange, sei dieser Anspruch verwirkt, da der Kläger seit 1978 nicht wie zuvor bei der Beklagten diesen Betrag angemahnt habe.

Auf die Berufung beider Parteien hat das Landesarbeitsgericht unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte verurteilt, dem Kläger ein Dienstzeugnis auszustellen, im übrigen die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision hat der Kläger zunächst seine in der Berufungsinstanz in einen Klageantrag zusammengefaßten Feststellungsanträge Ziff. 1 und 2 sowie seinen Zahlungsantrag Ziff. 3 a weiterverfolgt. Durch den Teilvergleich vom 28. September 1983 sind der Feststellungsantrag für die Zeit vom 1. September 1971 bis zum 31. Januar 1973 und der Zahlungsantrag erledigt worden. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist als unbegründet zurückzuweisen, soweit sie nicht durch den gerichtlichen Teilvergleich erledigt worden ist.

I. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, zwischen den Parteien habe in der Zeit vom 11. April 1968 bis zum 30. September 1971 sowie ab 1. Februar 1973 ein Teilzeitarbeitsverhältnis nicht bestanden.

1. Das Landesarbeitsgericht hat den Feststellungsantrag des Klägers auf Bestehen eines Teilzeit- und Vollzeitarbeitsverhältnisses zwischen den Parteien als zulässig erachtet, seine Begründetheit verneint. Es hat ausgeführt, daß nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts entscheidendes Merkmal der Arbeitnehmereigenschaft die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters sei. Diese sei nur dann gegeben, wenn der Dienstberechtigte auch Einfluß darauf nehme, wann der Dienstverpflichtete seine Tätigkeit ausübe. Zumindest müsse eine ständige Dienstbereitschaft vorliegen. Nicht ausreichend sei, wenn die Arbeitskraft aufgrund einer Rahmenvereinbarung für eine bestimmte Zeit zur Verfügung gestellt werde. Ein typisches und allgemein anwendbares Abgrenzungsmerkmal ergebe sich aus § 84



Abs. 1 Satz 2 HGB. Schon das Vorbringen des Klägers, er sei nach den zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen, abgesehen von der Wahrnehmung von Gerichtsterminen, an keine festen Arbeitszeiten gebunden gewesen, stehe daher der Annahme eines Arbeitsverhältnisses entgegen. Auch in der Rahmenvereinbarung vom 11. April 1968 sei hiervon nicht abgewichen worden. Die Abmachung, der Kläger solle an eine feste Arbeitszeit nicht gebunden sein, habe daher dem Willen der Parteien und auch dem Interesse des Klägers, der ein Studium begonnen habe, entsprochen. Nach Beendigung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses sei der Kläger daher immer nur als freier Mitarbeiter für die Beklagte tätig gewesen. Dem stehe auch nicht die Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen entgegen, da die tatsächliche Handhabung dafür entscheidend sei, ob ein Arbeitsverhältnis vorliege. Schließlich habe die Beklagte bereits in dem Schreiben vom 12. Dezember 1974 den Kläger darauf hingewiesen, er sei freier Mitarbeiter, ohne daß der Kläger dem widersprochen habe; daran müsse er sich festhalten lassen.

2. Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht ein Rechtsschutzinteresse des Klägers für den Feststellungsantrag bejaht.

Soweit der Kläger die Feststellung begehrt, sein seit dem 1. Februar 1973 bestehendes Teilzeitarbeitsverhältnis sei durch die Schreiben der Beklagten vom 26. September und 13. Oktober 1980 nicht beendet worden, folgt ein Rechtsschutzinteresse des Klägers schon aus dem Erfordernis der Klageerhebung gemäß § 4 Satz 1 KSchG (vgl. Hueck, KSchG, 10. Aufl. 1980, § 4 Rz 8), sofern diese Schreiben als Kündigungserklärung auszulegen sind, verneinendenfalls aus dem Umstand, daß die Beklagte das Fortbestehen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses über den 31. Oktober 1980 hinaus bestreitet. Auch für die vom Kläger begehrte Feststellung, zwischen den Parteien hätte in der Vergangenheit ein Teilzeitarbeitsverhältnis vom 11. April 1968 bis zum 31. August 1971 bestanden, dürfte ein Rechtsschutzinteresse gegeben sein. Der Dritte Senat hat in seiner Entscheidung vom 29. Juli 1976 (- 3 AZR 7/75 - AP Nr. 41 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag, unter I 1 der Gründe) ausgeführt, das Rechtsschutzinteresse an der Feststellung des Bestehens eines Vollzeit- bzw.

Teilzeitarbeitsverhältnisses werde nicht dadurch berührt, daß die Arbeitnehmereigenschaft auch als Vorfrage von Leistungsklagen zu klären wäre. Nach dieser Entscheidung ist auch nicht erforderlich, daß von dem Kläger im einzelnen die Ansprüche bezeichnet werden, die ihm im Falle der Arbeitnehmereigenschaft erwachsen können. Es ist daher unschädlich, wenn der Kläger im Streitfall die Ansprüche, derer er sich für den Fall des Bestehens eines Vollzeit- bzw. Teilzeitarbeitsverhältnisses berührt, erst andeutungsweise vorgetragen hat.

3. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters sind zwar nicht frei von Rechtsfehlern, wie die Revision zu Recht rügt. Gleichwohl ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend zu der Auffassung gelangt, zwischen den Parteien habe ein Teilzeitarbeitsverhältnis nicht bestanden. Im einzelnen gilt folgendes:

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts, die er in dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil vom 13. Januar 1983 - 5 AZR 149/82 -, unter II 1 der Gründe, noch einmal zusammengefaßt hat, unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters (Dienstvertrag) durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils befindet. Arbeitnehmer ist danach derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Insoweit 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. Unselbständig und deshalb persönlich abhängig ist also der Mitarbeiter, dem dies nicht möglich ist. Zwar gilt diese Regelung unmittelbar nur für die Abgrenzung des selbständigen Handelsvertreters vom abhängig beschäftigten Handlungsgehilfen. Über diesen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält diese Bestimmung jedoch eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag zu beachten ist, zumal dies die einzige Norm ist, die hierfür



Kriterien enthält (vgl. dazu BAG 36, 77, 84 = AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu II 3 b der Gründe; BAG Urteil vom 17. Mai 1978 - 5 AZR 580/77 - AP Nr. 28 aaO, zu 1 der Gründe).

Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, daß ein Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Eine fachliche Weisungsgebundenheit tritt häufig hinzu; sie ist andererseits für Dienste höherer Art nicht immer typisch (vgl. BAG 30, 163, 168 f. = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu II 1 und 2 der Gründe).

Von diesen Rechtsgrundsätzen abzuweichen, besteht kein Anlaß. Zu beachten ist, daß bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit berücksichtigt werden muß, da es keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien gibt (vgl. BAG 30, 163, 169 = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter II 2 der Gründe). Es gibt auch kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muß, damit von persönlicher Abhängigkeit gesprochen werden kann, wie ebensowenig es ein Merkmal für die Abhängigkeit gibt, das sich nicht auch gelegentlich bei Selbständigen findet (vgl. BAG Urteil vom 23. April 1980 - 5 AZR 426/79 - AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter II 3 der Gründe). Es bedarf daher neben der Würdigung der Einzelumstände einer Gesamtbeurteilung, ob nach dem Vertragsinhalt und seiner praktischen Durchführung die ein Arbeitsverhältnis charakterisierende persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters gegeben ist (vgl. BAG 18, 87, 90 f. = AP Nr. 2 zu § 92 HGB, unter II der Gründe; BAG Urteil vom 3. Oktober 1975 - 5 AZR 445/74 - AP Nr. 17 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter I 2 b der Gründe).

b) Wie die Revision zu Recht rügt, ist das Landesarbeitsgericht von diesen Rechtsgrundsätzen abgewichen, denn es hat ausgeführt, eine persönliche Abhängigkeit sei nur dann begründet, wenn der Dienstverpflichtete zumindest ständiger Dienstbereitschaft unterliege. Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, daß das Vorliegen ständiger Dienstbereitschaft zwar ein gewichtiges

Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft sein kann (vgl. BAG Urteil vom 9. März 1977 - 5 AZR 110/76 - AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter 2 b der Gründe), aber umgekehrt das Fehlen ständiger Dienstbereitschaft nicht dagegen sprechen muß, da ein Arbeitsverhältnis auch vorliegen kann - nämlich als Teilzeitarbeitsverhältnis -, wenn die Arbeitskraft nur in geringem zeitlichen Umfang zur Erbringung weisungsgebundener Arbeit zur Verfügung gestellt wird (vgl. BAG Urteil vom 14. Februar 1974 - 5 AZR 298/73 - AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter II 3 a der Gründe; BAG Urteil vom 16. März 1972 - 5 AZR 460/71 - AP Nr. 10 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten). Im Streitfall beruft sich der Kläger ausdrücklich auf das Vorliegen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses mit Ausnahme des Zeitraumes vom 1. September 1971 bis zum 31. Januar 1973, so daß die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers nicht schon wegen fehlender ständiger Dienstbereitschaft verneint werden kann.

c) Entgegen der Auffassung der Revision beruht das angefochtene Urteil aber weder auf diesem Rechtsfehler noch auf der vom Landesarbeitsgericht abstrakt formulierten Auffassung, § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB enthalte ein typisches und allgemein anwendbares Abgrenzungsmerkmal. Vielmehr hat das Landesarbeitsgericht eine persönliche Abhängigkeit des Klägers verneint, da er nach dem Inhalt der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen und deren praktischer Durchführung an eine bestimmte Arbeitszeit nicht gebunden gewesen sei (vgl. S. 13 des landesarbeitsgerichtlichen Urteils). Daß der Kläger darüber hinaus hinsichtlich des zeitlichen Umfangs und des Ortes der zu erbringenden Dienstleistungen nicht an die Weisungen der Beklagten gebunden gewesen ist, ergibt sich aus den Verhandlungen zwischen den Parteien, die dann zu dem unter dem 12. Januar 1970 abgeschlossenen Vertrag geführt haben. Insbesondere mit der in diesem Vertrag getroffenen Vergütungsabrede ist dem Wunsch des Klägers Rechnung getragen worden, seine Dienstleistungen für die Beklagte in zeitlicher wie örtlicher Hinsicht weisungsfrei erbringen zu können. Das Landesarbeitsgericht hat daher den Inhalt dieses Vertrages zutreffend dahingehend gewürdigt, er weise keine Merkmale auf, die auf die Annahme eines Arbeitsverhältnisses schließen ließen. Wenn das Landesarbeitsgericht



auch für die vorangegangene Vereinbarung vom 11. April 1968 zu diesem Ergebnis gelangt ist, so ist diese auch vom Kläger nicht angegriffene Würdigung revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Schon nach dieser Rahmenvereinbarung ist der Kläger hinsichtlich der Arbeitszeit nicht an die Weisungen der Beklagten gebunden gewesen, sondern es hat jeweils einer Vereinbarung zwischen den Parteien bedurft, an welchen Tagen der Kläger seine Tätigkeit im Betrieb der Beklagten ausüben sollte.

Soweit die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe das in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB enthaltene typische Abgrenzungsmerkmal nicht generalisierend auch für Mitarbeiter, die in eine betriebliche Organisation eingegliedert seien, anwenden dürfen, so ist die von ihr geltend gemachte Abweichung des Landesarbeitsgerichts von der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts BAG 36, 77, 84 = AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter II 3 b der Gründe, streitunerheblich, denn der Kläger hat selbst nicht behauptet, in die betriebliche Organisation der Beklagten eingegliedert gewesen zu sein. Im übrigen hat der Fünfte Senat in seiner neueren Entscheidung vom 13. Januar 1983, aaO, ohne Einschränkung § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB als typisches Abgrenzungsmerkmal angesehen. Ebensowenig divergieren die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Bestimmung der Arbeitszeit mit dem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 23. April 1980 - 5 AZR 426/79 - AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter II 3 der Gründe, da dort allein von der Bestimmung des Arbeitsortes die Rede ist. Die weitere von der Revision angezogene Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 3. Oktober 1975 - 5 AZR 427/74 - AP Nr. 16 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter II 1 der Gründe, befaßt sich ebenfalls nicht mit der Bestimmung der Arbeitszeit, sondern mit dem Verhältnis von persönlicher Abhängigkeit und fachlicher Weisungsgebundenheit. Liegt aber eine Divergenz überhaupt nicht vor, so kann die angefochtene Entscheidung auch nicht auf einer Divergenz beruhen.

Ohne Erfolg ist ferner die Rüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe entgegen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei der Statusbeurteilung allein oder vorrangig auf das Vorbringen und den Willen des Dienstverpflichteten abgestellt, hingegen die praktische Durchführung des Vertragsver-

hältnisses für unbeachtlich erachtet. Zwar hat das Landesarbeitsgericht mißverständlich ausgeführt, allein das Vorbringen und der erklärte Wille des Klägers stünden der Annahme eines Arbeitsverhältnisses entgegen. Das Landesarbeitsgericht hat aber die praktische Durchführung des Vertragsverhältnisses nicht für unerheblich erachtet, vielmehr, wie bereits oben ausgeführt, eine Übereinstimmung von Vertragsinhalt und praktischer Durchführung ausdrücklich festgestellt. Da der Kläger eine vom Vertragsinhalt abweichende Durchführung nicht behauptet hat, bestand daher für das Landesarbeitsgericht auch keine Veranlassung für die von der Revision vermißte nähere Prüfung der praktischen Durchführung des Vertragsverhältnisses. Bezeichnenderweise hat auch die Revision die Nichtberücksichtigung dahingehender Tatsachenbehauptungen durch das Landesarbeitsgericht nicht gerügt. Entgegen der Auffassung der Revision ergibt auch die lohnsteuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Klägers wie die eines Arbeitnehmers nicht, zwischen den Parteien sei tatsächlich ein Arbeitsverhältnis durchgeführt worden. Es handelt sich lediglich um ein formelles Indiz der Arbeitnehmereigenschaft, das allein noch nicht auf die praktische Durchführung eines Arbeitsverhältnisses schließen läßt (vgl. auch BAG Urteil vom 16. August 1977 - 5 AZR 290/76 AP Nr. 23 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter I 1 b, dd der Gründe).

d) Vergeblich rügt auch die Revision, das Landesarbeitsgericht habe zu Unrecht ein Weisungsrecht der Beklagten gegenüber dem Kläger verneint. Denn die Ausführungen der Revision ergeben lediglich, daß der Kläger möglicherweise in fachlicher Hinsicht im Rahmen der von ihm bearbeiteten Angelegenheit "Brandschaden O", nicht aber hinsichtlich der Bestimmung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes einem Weisungsrecht der Beklagten unterlegen hat. Wie aber trotz fehlender fachlicher Weisungsgebundenheit ein Arbeitsverhältnis gegeben sein kann (vgl. BAG 30, 163, 168 f. = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu II 2 der Gründe; BAG 11, 225, 227 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte, Gehaltsansprüche, unter II der Gründe) - in diesen Fällen lag aber die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation vor -, so ergibt umgekehrt die Bindung an inhaltliche



bzw. fachliche Weisungen noch nicht, daß der insoweit Weisungsunterworfenen ein Arbeitnehmer sein muß (vgl. BAG 18, 87, 94 = AP Nr. 2 zu § 92 HGB, zu II 3 b der Gründe). Denn die Bindung an sachbezogene Weisungen kann auch bei selbständiger Tätigkeit gegeben sein (z. B. § 645 Abs. 1, § 665 BGB; näher Rosenfelder, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters, Berlin 1982, S. 66). Es kann daher unterstellt werden, der Kläger sei bei Bearbeitung der Prozeßangelegenheit "Brandschaden O" nicht völlig weisungsfrei gewesen, da aus diesem Umstand noch nicht das Vorliegen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses zwischen den Parteien folgt. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht habe § 139 ZPO verletzt, ist daher jedenfalls unbegründet.

Soweit die Revision ferner geltend macht, der Kläger sei zur Wahrnehmung der Gerichtstermine verpflichtet gewesen, war der Kläger zwar hinsichtlich der Bestimmung des Arbeitsortes und der Arbeitszeit nicht frei. Auch § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB verlangt aber nur eine im wesentlichen freie Gestaltung der Tätigkeit, so daß die vorliegende Einschränkung, die auch im Rahmen selbständiger Anwaltstätigkeit gegeben ist, noch nicht zu einer persönlichen Abhängigkeit wie in einem Arbeitsverhältnis führt.

e) Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, daß der Kläger nach dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen und deren praktischer Durchführung nicht in die betriebliche Organisation der Beklagten eingegliedert und bei der Bestimmung seiner Arbeitszeit und seines Arbeitsortes im wesentlichen frei war. Alle diese Umstände sprechen dagegen, der Kläger habe die von ihm geschuldeten Dienstleistungen in persönlicher Abhängigkeit erbracht. Auch unter Berücksichtigung der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit, die Beklagte bzw. deren Anwalt im Rahmen des gegen sie geführten Schadenersatzprozesses vor allem in technischen Fragen zu unterstützen, kann nicht davon ausgegangen werden, eine im wesentlichen freie Bestimmung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes sei, wie beispielsweise bei einem vor Ort recherchierenden Journalisten, von der Natur der Sache her geboten gewesen (vgl. BAG Urteil vom 23. April 1980 - 5 AZR 426/79 - AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit, unter II 3 der Gründe). Die weitgehend fehlende persönliche

Abhängigkeit des Klägers ergab sich daher nicht aus der Eigenart der von ihm ausgeübten Tätigkeit, sondern trug der Interessenlage des Klägers Rechnung, neben seiner Tätigkeit für die Beklagte sein Studium fortsetzen zu können.

Sprechen alle wesentlichen Umstände gegen eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers, für die lediglich seine steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung angeführt werden kann, so beruft sich der Kläger vergeblich auf die Rechtsprechung des Fünften Senats des Bundesarbeitsgerichts, daß der Wille der Parteien, ein Arbeitsverhältnis oder ein freies Mitarbeiterverhältnis gewollt zu haben, dann ausschlaggebend sein kann, wenn nach den objektiven Gegebenheiten ebensoviele Gründe für die eine wie die andere Vertragsform sprechen (vgl. BAG Urteil vom 14. Februar 1974 - 5 AZR 298/73 - AP Nr. 12 zu § 612a BGB Abhängigkeit, unter III 1 der Gründe, mit Nachweisen der früheren Rechtsprechung). Da im Streitfall eine solche "Pattsituation" nicht gegeben ist, kann offenbleiben, ob nicht auch in diesen Fällen der Qualifizierungswille der Parteien gegenüber der tatsächlichen Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zurücktreten muß (vgl. Rosenfelder, aaO, S. 150 ff.). Unbegründet ist daher auch die Verfahrensrüge der Revision, das Landesarbeitsgericht habe den unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers nicht berücksichtigt, er habe bei seinen Verhandlungen mit der Beklagten vereinbart, als Arbeitnehmer tätig zu werden. Ebenfalls dahingestellt bleiben kann, ob der von der Revision angegriffenen Hilfsbegründung des Landesarbeitsgerichts gefolgt werden kann, der Kläger könne sich auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses auch deswegen nicht berufen, weil er der vor der Beklagten mit Schreiben vom 12. Dezember 1974 geäußerten Rechtsauffassung, der Kläger sei bei ihr als freier Mitarbeiter tätig, nicht entgegengetreten sei.

f) Schließlich kann dahinstehen, ob eine freie Mitarbeiter-tätigkeit des Klägers gegen die §§ 1, 6 RBERG verstoßen hat und nur bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses eine Verletzung dieses Gesetzes zu verneinen ist. Denn aus der Möglichkeit eines Gesetzesverstosses im Falle einer Beschäftigung des Klägers als freier Mitarbeiter kann noch nicht hergeleitet werden, die Parteien hätten ein Arbeitsverhältnis vereinbart und



praktiziert. Dies gilt entsprechend, soweit die Revision sich auf die Vorschrift des § 11 Abs. 2 SchwbG beruft.

4. Da der Kläger nur geltend gemacht hat, sein Teilzeitarbeitsverhältnis mit der Beklagten sei durch die Schreiben der Beklagten vom 26. September 1980 und 13. Oktober 1980 nicht beendet worden, sondern habe über den 31. Oktober 1980 hinaus fortbestanden, kann offenbleiben, ob die Beklagte das zum damaligen Zeitpunkt bestehende freie Mitarbeiterverhältnis zwischen den Parteien im Hinblick auf § 5 Abs. 1 Satz 1 des Vertrages vom 12. Januar 1970 durch Kündigung zum 31. Oktober 1980 beenden konnte.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Roeper

Dr. Becker

Dr. Steckhan

Deckert

Dr. Blaeser

