
Datum: 03.04.2007
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 19. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 Sa 2003/06
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2007:0403.19SA2003.06.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bielefeld, 5 Ca 1980/05
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 5 AZR 422/07 Rücknahme 15.01.2008, 5 AZR 744/07 Revision verworfen 03.12.2007
Schlagworte: Arbeitnehmereigenschaft von Interviewern
Normen: § 611 BGB, § 84 Abs. 1 S 2. HGB
Leitsätze:

1. Interviewer in Meinungsforschungsinstituten sind Arbeitnehmer, wenn sie in fachlicher, zeitlich und örtlicher Hinsicht weisungsbeunden sind.
2. Die Unselbständigkeit folgt insbesondere aus der Zurverfügungstellung von Apparat und Team und der Bindung an die Vorgaben des Meinungsforschungsinstituts.
3. Die Möglichkeit sich aus persönlichen Gründen in der Folgeweche nicht in den Dienstplan einzutragen, steht der zeitlichen Weisungsgebundenheit nicht entgegen, wenn eine Eintragung zu bestimmten Bedingungen (z.B. mindestens drei Schichten wöchentlich mit bestimmten Anfangs- und Endzeiten) erwartet wird.

Tenor:

Unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 05.12.2006 - 5 Ca 1980/05 - wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 09.06.2005 beendet worden ist.

Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin als Telefoninterviewerin in dem B3xxxxxxxxx Telefonstudio mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von zumindest 18 Stunden zu ansonsten unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Bestand eines Arbeitsverhältnisses und um dessen wirksame Beendigung.

Bei der Beklagten handelt es sich um ein Marktforschungsinstitut, das telefonische Datenerhebung und Datenverarbeitung in mehreren Telefonstudios in Deutschland, unter anderem auch in B2xxxxxxx, betreibt.

Die Klägerin ist als selbständige Rechtsanwältin in B2xxxxxxx tätig. Daneben führt sie seit dem 18.07.1997 in dem B3xxxxxxxxx Telefonstudio bei der Beklagten Telefoninterviews durch. Eine schriftliche Vereinbarung existiert nicht. Eine mit Schreiben vom 27.08.2001 von einer Rechtsvorgängerin der Beklagten vorlegte Rahmenvereinbarung hat die Klägerin nicht unterzeichnet. Die Klägerin war immer nur nachmittags tätig, weil sie vormittags ihrer Arbeit als Rechtsanwältin nachging.

Die Vergütung richtet sich nach der Anzahl der von ihr durchgeführten Interviews, worüber jeweils Aufstellungen zum Zwecke der Abrechnung erstellt wurden. Danach erhielt die Klägerin immer bezogen auf einzelne Interviews Honorare, Zuschläge und Aufwendungen in unterschiedlicher Höhe. So erhielt die Klägerin im Januar 2005 608,04 €, im Monat Februar 2005 388,99 € und im März 2005 393,40 €. Insgesamt erzielte die Klägerin in der letzten Zeit eine monatliche Vergütung von ca. 300,-- €. In den Abrechnungen ab 2004 wurden jeweils 1,-- € pro Tag des Tätigwerdens Miete für die Benutzung des Telefonstudioequipments "verrechnet". Hinsichtlich der Einzelheiten der Abrechnungen wird auf die Kopien in den Akten Blatt 127 ff. sowie 294 ff. verwiesen. Von den monatlichen Honoraren wurde keine Abzüge vorgenommen, vielmehr zahlte die Klägerin Sozialversicherungsbeiträge und Steuern selbst.

Die Klägerin war eingesetzt in sogenannten Business-to-Business-Studien, in denen Telefoninterviews montags bis freitags in der Zeit von 8.00 bis 17.00 Uhr stattfanden, weil die Gesprächspartner regelmäßig nur in dieser Zeit am Arbeitsplatz zu erreichen waren.

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten teilte der Klägerin und den anderen Interviewern mit Schreiben vom 13.01.1999 folgendes mit:

"Sehr geehrte Frau F1xxx,

wir möchten Sie auf sehr wichtige Regeln hinweisen, ohne die eine Zusammenarbeit des Telefonstudios mit Ihnen nicht funktionsfähig ist.

- Mindestens 3 Schichten pro Woche

10

Bitte tragen Sie sich wie vereinbart **mindestens dreimal** pro Woche ein. Montag bis Freitag zwei Schichten und eine Schicht am Wochenende. Leider halten sich immer noch viele Interviewer nicht an diese Vereinbarung, insbesondere was die Wochenendschichten betrifft. Wenn Sie in einer Woche ausnahmsweise nur weniger als diese drei Schichten arbeiten können, so geben Sie dies bitte immer bis zum Montag der betreffenden Woche beim Interviewertelefon bekannt.

- Eintragungen allgemein

12

Tragen Sie Ihre komplette Schichtplanung bitte in einer laufenden Woche für die darauf folgende Woche ein. Wenn Sie, bedingt durch Urlaub, Studium, Krankheit, eine Woche oder länger nicht arbeiten können, geben Sie dies **immer** dem **Interviewertelefon** bekannt.

- Zuverlässigkeit

14

Eine Absage für eine Abend- oder eine Wochenendschicht kurz vor Schichtbeginn oder nachträglich können wir nicht mehr akzeptieren. Eine Absage der Abendschicht **nach 12.00 Uhr** werden wir ab sofort nicht mehr akzeptieren, diese Schicht zählt dann als unentschuldigst gefehlt.

- Anfangs- und Endzeiten

16

Wenn Sie sich für eine Schicht eingetragen haben, gehen wir davon aus, dass Sie die Schicht komplett belegen. Verspätungen oder vorzeitiges Verlassen sollten nicht vorkommen und können nur in Ausnahmefällen akzeptiert werden. Schichtende ist Mo – Fr um **21.15 Uhr!**

Bitte haben Sie dafür Verständnis, dass wir in Zukunft verstärkt auf die Einhaltung der oben angegebenen Punkte achten werden und wir bei Nichteinhaltung gezwungen sind, Sie nicht weiter einzusetzen.

Ihr E3xxx Telefonstudio"

19

Unter dem 09.05.2000 teilte eine Rechtsvorgängerin folgendes mit:

20

"Liebe Interviewerinnen,

21

viel hat sich getan in den ersten 4 Monaten des neuen Jahres. Im Januar wurde das Telefonstudio K2xx eröffnet, das Studio G2xxxxxxx arbeitet seit Anfang April. An dieser Stelle möchten wir unsere neuen Interviewerinnen einmal recht herzlich begrüßen.

22

In den nächsten Wochen können wir Ihnen sehr viele interessante und abwechslungsreiche Studien anbieten. Seit Anfang Mai läuft die Studie Kundenmonitor Deutschland, älteren Interviewern sicher noch als "Baro" gut bekannt, die umfangreichste Studie zum Thema Kundenorientierung in Deutschland, mit 40.000 bundesweit durchgeführten Interviews. Natürlich werden wir auch in den kommenden Monaten wieder Studien im Bereich der Automobilforschung (also FIAT, Citroen und Renault) durchführen. Darüber hinaus werden noch viele andere Studien beginnen.

23

Wir möchten Sie an dieser Stelle um Ihre tatkräftige Unterstützung in den kommenden Monaten bitten.

24

25

- Mindestens drei Schichten pro Woche

Bitte tragen Sie sich, wie vereinbart, mindestens dreimal pro Woche ein. Tragen Sie Ihre komplette Schichtplanung bitte möglichst schon zu Anfang einer laufenden Woche für die darauf folgende Woche (Beispiel: 20KW die Schichtplanung für die 21KW eintragen) ein. Wenn Sie in einer Woche weniger als drei Schichten arbeiten können, so geben Sie dies bitte immer bis spätestens Montag der betreffenden Woche beim Interviewertelefon bekannt.

- Eintragungen allgemein

27

Wenn Sie bedingt durch Urlaub, Studium, Krankheit oder aus anderen Gründen **eine Woche oder länger** nicht für uns tätig sein können, informieren Sie bitte **immer das Interviewertelefon**.

- Zuverlässigkeit

29

Es kann vorkommen, dass Sie eine Abend- oder Wochenendschicht kurzfristig absagen möchten oder müssen. Um eine Abendschicht sinnvoll planen zu können, möchten wir sie nochmals darauf hinweisen, das Interviewertelefon bis **spätestens 13 Uhr** des betreffenden Tages darüber zu informieren.

- Anfangs- und Endzeiten

31

Wenn Sie sich für eine Schicht eingetragen haben, gehen wir davon aus, dass Sie die Schicht komplett belegen. Verspätungen oder vorzeitiges Verlassen sollten nicht vorkommen und können nur in **Ausnahmefällen** akzeptiert werden. Schichtende ist Mo – Fr um **21.15 Uhr!**

Das Interviewertelefon ist für Sie von Montags bis Freitags in der Zeit von 9.00 – 17.00 Uhr zu erreichen. In der übrigen Zeit in ein Anrufbeantworter geschaltet."

Entsprechend dem Inhalt dieser Schreiben wurde die Zeiteinteilung der Tätigkeit gehandhabt. Die Klägerin trug sich jeweils am Ende einer Woche für die nächste Woche wiederum ein. 34

Die Tätigkeit der Klägerin und der übrigen Interviewer sieht wie folgt aus: Nach vorheriger Festlegung, in welcher Studie er tätig werden soll, gelangt der Interviewer durch die Eingabe des Kürzels für die jeweilige Studie und die anschließende Eingabe der ihr zugeordneten Interviewernummer in das Computersystem der Beklagten in das Programm, in dem ihm eine Telefonnummer zusammen mit dem Unternehmensnamen und dem Namen des zu befragenden Ansprechpartners auf den Bildschirm aufgespielt wird. Ist der Interviewer nach meist mehreren Versuchen zu der befragenden Person gelangt, die alle Kriterien für die Teilnahme an dem zu führenden Interview erfüllt, so ist der Zielperson die Studie nach ihrem Inhalt, ihrem Sinn und Zweck und ihren Hintergründen sowie der voraussichtlichen Dauer der Befragung vorzustellen und zunächst deren grundsätzliche Teilnahmebereitschaft einzuholen. Da häufig Hauptinterviews nicht zu führen sind, da die Ansprechpartner aus zeitlichen Gründen nicht zu erreichen sind, werden Termine abgesprochen, an denen das Interview geführt werden kann. Der Termin der erneuten Kontaktaufnahme wird dann in das System der Beklagten eingespeist und damit der Telefonvorgang abgeschlossen. Das Interview wird sodann zu dem vereinbarten Termin von einem zu diesem Zeitpunkt freien Interviewer, der im Rahmen der Business-to- Business-Studie eingesetzt wird, begonnen bzw. fortgesetzt. 35

Im Anschluss daran bekommt der Interviewer unmittelbar eine neue Telefonnummer mit Angabe des Namens, der Adresse und der Telefonnummer des Unternehmens eingeblendet, in dem er erneut versucht, einen Interviewpartner zu erreichen, mit dem das Interview ad hoc durchgeführt oder ein Termin vereinbart werden kann. Nach Abrechnungen, die von der Beklagten erstellt werden, ist die Klägerin während eines Monats teilweise auch am gleichen Tag in mehreren Studien eingesetzt worden.

Bei der Abfassung der Fragen und der Reihenfolge der Fragen hat der jeweilige Interviewer keinen Gestaltungsspielraum, weil die zu führenden Interviews durch den einzuhaltenden, d.h. stringent vorzulesenden Fragebogen determiniert sind. Während der Tätigkeit wird die Klägerin von Mitarbeitern der Beklagten überwacht, indem sie sich auf die Telefonleitung schalten und die Einhaltung der von der Beklagten gegebenen Vorgaben überprüfen, ohne dass eine Mitteilung an die Interviewer erfolgt. 37

Jedenfalls bei den Rechtsvorgängerinnen der Beklagten beantragte die Klägerin die Bewilligung von Erholungsurlaub und erhielt sodann, ohne dass die Tätigkeit aufgenommen wurde, Urlaubsentgelt gezahlt. 38

Ohne den bei ihr gewählten Betriebsrat zu beteiligen, teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 09.06.2005 mit, dass ihr keine weiteren Aufträge erteilt würden und die Zusammenarbeit mit dem "heutigen Tage" beendet werde. Hilfsweise kündige man das Vertragsverhältnis zum nächst möglichen Zeitpunkt. Der Inhalt dieses Schreibens wird von beiden Parteien als außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung angesehen. 39

Grund für das Schreiben war, dass die Klägerin eine andere Interviewerin, die bei der Beklagten tätig war, anwaltlich in einem Verfahren gegen die Beklagte vertreten hatte. 40

Gegen diese Kündigung hat sich die Klägerin mit der beim Arbeitsgericht am 13.06.2006 eingegangenen Kündigungsschutzklage gewehrt. 41

Sie hat die Auffassung vertreten, dass zwischen ihr und der Beklagten ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, so dass das Arbeitsgericht zur Entscheidung über die außerordentliche und hilfsweise ordentliche Kündigung zuständig sei. Sie hat dazu weiter vorgetragen, dass die Interviewer zwar nach den durchgeführten Interviews bezahlt würden, jedoch die Vergütung von den Supervisoren auf einen entsprechenden Antrag immer so aufgestockt worden sei, dass ein Grundlohn von 7,-- € pro Stunde erreicht wurde. Die Kündigung sei unwirksam, der Betriebsrat zur Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden. 42

Die Klägerin hat beantragt, 43

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche und ordentliche Kündigung der Beklagten vom 09.06.2005, zugegangen am 10.06.2005, beendet worden ist, 44
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, 45

die Klage abzuweisen. 46

Sie hat die Auffassung vertreten, die Klägerin sei nicht als Arbeitnehmerin tätig geworden, sondern als freie Mitarbeiterin. Die Gewährung von bezahltem Urlaub sei ein Agreement 47

zwischen ihr und der Beklagten gewesen, aus dem keine Rückschlüsse auf den Status der Klägerin gezogen werden könnten. Im Übrigen seien die Kündigungen berechtigt gewesen.

Nachdem das Landesarbeitsgericht Hamm mit Beschluss vom 23.03.2006 den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für zulässig erklärt hat, hat das Arbeitsgericht mit Urteil vom 05.12.2006 die Klage abgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Kündigungsschutzklage könne schon deswegen keinen Erfolg haben, da die Klägerin keine Arbeitnehmerin gewesen sei, sondern selbständig. 48

Gegen das ihr am 18.12.2006 zugestellte und wegen der weiteren Einzelheiten in Bezug genommene Urteil hat die Klägerin am 22.12.2006 Berufung eingelegt und diese am 15.02.2007 begründet. 49

Sie hält dem angefochtenen Urteil entgegen, dass die Gesamtwürdigung aller Umstände ergebe, dass sie nicht als Selbständige tätig gewesen sei, sondern als Arbeitnehmerin und deswegen der Kündigungsschutzklage hätte stattgegeben werden müssen. Sie behauptet, sie hätte sich seit Anbeginn ihrer Tätigkeit jeweils für fünf Stunden als Telefoninterviewerin bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten und bei der Beklagten eingetragen und diese auch jeweils abgeleistet, wenn nicht Urlaub oder Feiertage dies verhindert hätten. 50

Sie beantragt, 51

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 05.12.2006 – 5 Ca 1980/05 – festzustellen, 52

1. dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche und ordentliche Kündigung der Beklagten vom 09.06.2005 beendet worden ist, 53
2. die Beklagte im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1) zu verurteilen, die Klägerin als Telefoninterviewerin in dem B3xxxxxxxxx Tonstudio mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von zumindest 18 Stunden zu ansonsten unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen. 54

Die Beklagte beantragt, 54

die Berufung zurückzuweisen. 55

Sie verteidigt das angefochtene Urteil, da die Klägerin nicht habe darlegen können, dass sie in einem Arbeitsverhältnis gestanden habe, jedenfalls aber dieses wirksam gekündigt sei. 56

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Protokolle Bezug genommen. 57

Entscheidungsgründe 58

Die Berufung ist zulässig und begründet. 59

I. 60

Die Berufung ist zulässig. Sie ist gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. c) ArbGG statthaft. Sie wurde auch form- und fristgerecht eingelegt sowie fristgerecht ordnungsgemäß begründet, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 529, 520 ZPO. 61

II. 62

63

Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung der Beklagten vom 09.06.2005 weder fristlos noch fristgerecht aufgelöst worden, so dass die Beklagte zur Weiterbeschäftigung verpflichtet ist.

1. Die Klägerin stand bei der Beklagten in einem Arbeitsverhältnis. 64

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (vgl. BAG, Beschluss vom 16.02.2000 - 5 AZB 71/99 - AP ArbGG 1979, § 2 Nr. 70; Beschluss vom 26.09.2002 – 5 AZB 19/01 – AP ArbGG 1979, § 2 Nr. 83; Urteil vom 25.05.2005 – 5 AZR 347/04 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 117). In dem auf den Austausch von Arbeitsleistungen und Vergütung gerichteten Dauerschuldverhältnis erbringt der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation. Dabei zeigt sich die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation insbesondere darin, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen (vgl. BAG, Urteil vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 74; Urteil vom 22.04.1998 – 5 AZR 342/07 – AP BGB, § 611 Rundfunk Nr. 26; Urteil vom 19.01.2000 – 5 AZR 644/98 – AP BGB, § 611 Rundfunk Nr. 33; Urteil vom 25.05.2005 – 5 AZR 347/04 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 117). Arbeitnehmer ist danach derjenige, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Demgegenüber ist selbständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dies ergibt sich aus § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB. Denn diese Vorschrift enthält über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus eine allgemeine gesetzliche Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag zu beachten ist (vgl. BAG, Urteil vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 74). Bei der Feststellung, welcher Vertragstyp jeweilig vorliegt, sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Maßgeblich ist dabei der wirkliche Geschäftsinhalt (vgl. BAG, Urteil vom 30.09.1998 – 5 AZR 653/97 – AP BGB, § 611 Nr. 103; Urteil vom 20.08.2003 – 5 AZR 610/02 – NZA 2004, S. 39; Urteil vom 25.05.2005 – 5 AZR 347/04 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 117). 65

b) Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin eine weisungsgebundene Tätigkeit als Arbeitnehmerin ausgeführt. 66

aa) Dabei geht die Kammer anders als die Beklagte nicht davon aus, dass hier zwei unterschiedliche Vertragsverhältnisse zu betrachten sind. Die Klägerin hat mit der Beklagten keinen Rahmenvertrag abgeschlossen, der der Ausfüllung und damit dem Abschluss weiterer auftragsbezogener Einzelverträge bedurfte (vgl. dazu BAG, Urteil vom 07.02.2007 - 5 AZR 270/06 -). Insbesondere hat die Klägerin auch den im Jahr 2001 vorgeschlagenen Rahmenvertrag nicht unterzeichnet. 67

bb) Die Klägerin war bei der inhaltlichen Ausgestaltung und Durchführung ihrer Arbeit einem Weisungsrecht der Beklagten unterworfen. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung und Durchführung hatte die Klägerin keinen Gestaltungsspielraum. Für die Tätigkeit war die Klägerin auf die Zurverfügungstellung des Arbeitsplatzes durch die Beklagte angewiesen. Denn diese hat in ihrem Telefonstudio in B2xxxxxxx nicht nur die jeweilige Studie benannt, sondern sowohl die Telekommunikationseinrichtungen als auch die Hardware und Software für die Durchführung von Telefoninterviews zur Verfügung gestellt. Damit konnte die Klägerin zunächst ihren Arbeitsort nicht selber wählen, sondern war in örtlicher Hinsicht weisungsgebunden. Daran ändert auch nichts, dass die Beklagte jedenfalls ab 2004 pro Tag 68

1,-- € Mietgebühr verrechnet hat, denn damit sollte offenbar nur nach außen die selbständige Tätigkeit dokumentiert werden.

cc) Aber auch in ihrer Tätigkeit als solcher war die Klägerin den Weisungen der Beklagten wie ein Arbeitnehmer unterworfen. Die Klägerin hatte keinen Einfluss darauf, welche Interviewpartner ihr jeweils zugewiesen wurden. Nach der Anmeldung erhielt die Klägerin eine Telefonnummer und weitere Daten zugeteilt, damit sie ihrer Interviewtätigkeit nachgehen konnte. Insofern hatte sie keine Auswahlmöglichkeit. Sie musste sich auch strikt an den Fragenkatalog halten, der von der Beklagten vorgegeben war. Dies ist schon aus methodischen Gründen notwendig, da nur vergleichbare Interviews auch valide Ergebnisse für die Meinungsforscher erzielen können. Diese methodische Bindung ist aber entgegen der Ansicht der Beklagten kein Umstand, der gegen die Unselbständigkeit der Klägerin spricht. Vielmehr hat das Bundesarbeitsgericht im gegenteiligen Fall, also bei nur gering ausgeprägter fachlicher Weisungsgebundenheit, eine Unselbständigkeit angenommen (vgl. BAG, Urteil vom 13.01.1983 – 5 AZR 149/82 – AP BGB, § 611 Nr. 42; Beschluss vom 30.10.1991 – 7 ABR 19/91 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 59). Dies ist auch sachgerecht, da die fachliche Weisungsgebundenheit für Dienste höherer Art nicht immer typisch ist, wie der Beispielsfall des Chefarztes zeigt (vgl. BAG, Urteil vom 24.10.1963 – 2 AZR 296/62 – AP BGB, § 611 Ärzte, Gehaltsansprüche Nr. 26).

dd) Neben dieser fachlichen Weisungsgebundenheit war die Klägerin auch in die arbeitsteilige Organisation der Beklagten eingebunden. So wurden die Interviews nicht zwingend von ihr zu Ende geführt, vielmehr war es durchaus nicht unüblich, dass ein Interviewer das Interview anbahnt und einen Termin abspricht, ein weiterer Mitarbeiter das Interview beginnt und ein dritter Interviewer es zu Ende führt. Auch in diesem Zusammenhang zeigt sich die persönliche Abhängigkeit hier auch darin, dass die Klägerin auf die Organisationsstruktur der Beklagten und das Team, das aus Supervisoren und weiteren Interviewern besteht, angewiesen ist (vgl. dazu BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 26). Zudem wurde die Klägerin in Ihrer Tätigkeit von der Beklagten im Rahmen eines silent auditing überwacht, was ebenfalls für Ihre Selbstständigkeit spricht. Denn umfassende Kontrollen müssen sich nur Arbeitnehmer, nicht aber Selbstständige gefallen lassen (vgl. BAG Urteil vom 15.12.1999 – 5 AZR 770/98 – NZA 2000, S. 481, 483; HWK-Thüsing, 2. Aufl. 2006, Vor § 611 BGB Rdnr. 44).

ee) Die Klägerin war auch in zeitlicher Hinsicht weisungsgebunden, weil sie insofern den Vorgaben der Beklagten unterlag. Dies zeigen die Schreiben vom 13.01.1999 und 09.05.2000. Danach hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten "sehr wichtige Regeln" aufgestellt, an die auch die Klägerin sich zu halten hatte, wie die Adressierung im Kopf des Schreibens vom 13.01.1999 zeigt. Danach sollte die Klägerin sich "wie vereinbart mindestens dreimal pro Woche" eintragen. Vorgegeben war weiter, dass die Klägerin in der Zeit von Montag bis Freitag zwei Schichten und eine Schicht am Wochenende ableistet. Sollte ausnahmsweise nur weniger als eine der drei Schichten absolviert werden können, so sollte dies bis zum Montag der betreffenden Woche beim Interviewertelefon bekannt gegeben werden. Daraus folgt, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten davon ausging, dass die Interviewer sich grundsätzlich für drei Schichten in der Woche eintragen. Offenbar wurde weiter davon ausgegangen, dass das Meinungsforschungsinstitut auf die Arbeitskraft der Klägerin auch in der Folgewoche rechnen kann. Denn die Beklagte verlangte von ihr einerseits die Mitteilung des kompletten Schichtplans für die Folgewoche und insbesondere auch Mitteilung darüber, wenn die Klägerin eine Woche oder länger bedingt durch Urlaub, Schulung und Krankheit nicht arbeiten kann. War einmal eine Eintragung in dem Schichtplan erfolgt, wurde eine Absage durch die Beklagte nicht mehr akzeptiert, sondern sollte als

"unentschuldigt gefehlt" zählen. Schließlich wurde in dem Schreiben vom 13.01.1999 darauf hingewiesen, dass der Eintrag für eine Schicht auch die komplette Belegung der Schicht bedeuten und Verspätungen und vorzeitiges Verlassen nicht vorkommen sollen und nur in Ausnahmefällen akzeptiert werden können. Für den Fall der Nichteinhaltung der Regeln wurde darauf hingewiesen, dass die Personen nicht weiter eingesetzt würden. Dem ist die Klägerin auch insoweit nachgekommen, als sie sich grundsätzlich außerhalb von Urlaub und Feiertagen für fünf Tage in der Woche bei der Beklagten in den Schichtplan jedenfalls für die Folgewoche eingetragen hatte. Dass die Beklagte dies in der letzten mündlichen Verhandlung bestritten hat, ist unbeachtlich und widersprüchlich. Zum einen hat die Beklagte nicht vorgetragen, wann dies nicht der Fall gewesen sein soll, hierzu wäre sie gemäß § 138 Abs. 1 und 4 ZPO verpflichtet gewesen. Zum anderen ergibt sich dies aus den von der Beklagten erstellten Abrechnungen, die nicht nur die einzelnen Tätigkeitsdaten wiedergeben, sondern auch daraus, dass die Beklagte z.B. im Monat April 2005 für 21 Tage Miete für die Benutzung des Telefonstudios angerechnet hat.

Gegen die zeitliche Weisungsgebundenheit der Klägerin spricht entgegen der Auffassung der 72
Beklagten nicht, dass die Klägerin auch nach den Schreiben der Rechtsvorgängerin der Beklagten berechtigt war, sich für die Folgewoche nicht einzutragen. Denn die Weisungsgebundenheit nach Ort und Zeit und in fachlicher Hinsicht ist für die Arbeitnehmereigenschaft nur ein Indiz, nicht aber ein bindendes Kriterium für die Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft (vgl. HWK-Thüsing, vor § 611 BGB, Rdnr. 45). Dadurch, dass die Rechtsvorgängerin der Beklagten davon ausging, dass die Klägerin auch in der Folgewoche jeweils zur Verfügung steht, wie das Schreiben vom 13.01.1999 anschaulich zeigt, verfügt die Beklagte dennoch ständig über die Arbeitsleistung der Klägerin (vgl. BAG, Urteil vom 30.11.1994 – 5 AZR 704/93 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 74). Bereits für die Mitarbeiter von Rundfunk und Fernsehen hat das Bundesarbeitsgericht angenommen, dass das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit deswegen erfüllt sein kann, weil sie darauf angewiesen sind, ihre Arbeitsleistung fremdnützig der Anstalt zur Verwertung nach deren Programmplanung zu überlassen und nicht wie ein Unternehmer nach selbst gesetzten Zielen unter eigener Verantwortung und mit eigenem Risiko am Markt verwerten zu können (vgl. BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 26). In ganz ähnlicher Weise wie auch die Rundfunkmitarbeiter ist auch die Klägerin als Interviewerin bei der Beklagten in die Arbeitsorganisation eingegliedert. Auch bei ihr liegt die spezifische persönliche Abhängigkeit darin, dass sie abhängig ist von Apparat und Team. Die technische Entwicklung hat neue Berufstypen entstehen lassen, die in unser Rechtssystem richtig einzuordnen sind (vgl. BAG, Urteil vom 15.03.1978 – 5 AZR 819/76 – AP BGB, § 611 Abhängigkeit Nr. 26). Deswegen haben sowohl das LSG NRW (Urteil vom 02.02.2006 – L 16 KR 253/04 – BeckRS 2006, 42, 667) als auch das Finanzgericht Köln (Urteil vom 06.12.2006 - 11 K 5825/04 -) angenommen, dass Interviewer als Unselbständige tätig werden.

ff) Als Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft ist schließlich hier die Tatsache zu 73
berücksichtigen, dass die Klägerin bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten Urlaub beantragt hat und dieser Urlaub auch bewilligt und vergütet worden ist. Dass die Beklagte die Klägerin als arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des § 2 Abs. 2 BUrlG angesehen hat, ergibt sich aus dem Vorbringen der Beklagten nicht.

2. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht beendet. Denn die 74
Kündigung ist gemäß § 102 BetrVG unwirksam. Nach dieser Vorschrift ist vor jeder Kündigung der Betriebsrat zu hören. Hier ist der bei der Beklagten gewählte Betriebsrat – aus der Sicht der Beklagten konsequent - zur Kündigung nicht angehört worden.

3. Der Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten auf Fortbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen ergibt sich aus den §§ 611, 613, 242 BGB i.V.m. Artikel 1, 2 Abs. 1 GG.

Nach der zutreffenden Rechtsprechung des Großen Senats des BAG (AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14) kann der gekündigte Arbeitnehmer die arbeitsvertragsgemäße Beschäftigung über den Zeitpunkt des Zugangs der streitbefangenen Kündigung hinaus verlangen, wenn diese unwirksam ist und überwiegende schutzwerte Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen. 76

In Fällen wie hier, wo die Kündigungen, wie unter I. der Gründe festgestellt, rechtsunwirksam sind, überwiegt in aller Regel das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers. In einer solchen Situation ist es die Aufgabe des Arbeitgebers, zusätzliche Umstände darzulegen, aus denen sich im Einzelfall ein fortdauerndes vorrangiges Interesse ergibt, den Arbeitnehmer trotzdem nicht zu beschäftigen (BAG AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14, Bl. 13 R f.). 77

III. 78

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. 79

Die Berufungskammer hat die Revision gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen. 80

Gerretz	Hermann	Voßler
---------	---------	--------

 81

Gr./Br. 82

19 Sa 2003/06 5 Ca 1980/05 Arbeitsgericht Bielefeld		
---	--	--

 83

Landesarbeitsgericht Hamm 84

Beschluss 85

In Sachen 86

hat die 19. Kammer des Landesarbeitsgerichts **H a m m** 87

durch den Direktor des Arbeitsgerichts Gerretz als Vorsitzende 88

sowie die ehrenamtlichen Richter Hermann und Voßler 89

ohne mündliche Verhandlung am 21.08.2007 90

beschlossen: 91

Der Tatbestand des Urteils vom 03.04.2007 wird gem. § 320 ZPO wie folgt berichtigt: 92

Auf Seite 3 des Urteils werden in Zeile 2 die Worte "300 EUR" durch "500 EUR" ersetzt. 93

94

Auf Seite 7 des Urteils werden in der viertletzten Zeile die Worte "für fünf Stunden" durch "für 5 Schichten wöchentlich" ersetzt.

G r ü n d e 95

I. 96

Die Klägerin hat mit ihrem beim Berufungsgericht am 27. Juni 2007 eingegangenen Antrag auf Berichtigung des Tatbestands des ihr am 15.06.2007 zugestellten Urteils die im Beschlusstenor aufgenommene Berichtigung des Tatbestands beantragt und dazu ausgeführt, ihre monatliche Vergütung sei unrichtig mit "300 EUR" angegeben worden. Tatsächlich habe sich die Vergütung in den letzten drei Monaten ihrer Beschäftigung auf durchschnittlich 496 EUR belaufen. 97

Ferner ergebe sich aus dem Protokoll der Sitzung vom 03.04.2007, dass von ihr streitig vorgetragen worden sei, sie habe sich jeweils für 5 wöchentliche Schichten bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten eingetragen. Die Angabe von 5 Stunden beruhe daher auf einem Schreibfehler. Die Höhe der von ihr eingeforderten Vergütung sei nicht streitig gewesen. Ein Bestreiten würde gegen § 138 Abs. 4 ZPO verstoßen, da sich die Vergütungshöhe aus den von der Beklagten selbst erstellten Abrechnungen ergeben würde. 98

Die Beklagte trägt vor, der von der Klägerin geschilderte Sachverhalt sei insgesamt streitig. Deren Angaben im Schriftsatz, mit dem sie die Tatbestandsberichtigung geltend mache, seien im Wesentlichen unzutreffend. Es sei streitig, dass und ob die Klägerin eine monatliche oder etwa durchschnittliche Vergütung erhalte. Einheitliche Arbeitszeiten, etwa von "jeweils 20 Stunden" oder "5 Stunden" wöchentlich habe es nicht gegeben. Die Beklagte ist der Auffassung, eine rechtsirrigte Willensbildung des Gerichts könne – außer in den Fällen von Rechenfehlern oder offenbaren Unrichtigkeiten - nicht über § 319 ZPO beseitigt werden. 99

II. 100

Der innerhalb der nach Zustellung des Urteils gem. § 320 Abs. 2 ZPO laufenden zweiwöchigen Antragsfrist erhobene und insgesamt zulässige Antrag auf Berichtigung des Tatbestands ist begründet. Das Landesarbeitsgericht konnte über den Antrag auf Berichtigung des Urteils trotz des Umstands entscheiden, dass der am Urteil mitwirkende damalige Kammervorsitzende der Kammer nun nicht mehr vorsitzt. In diesen Fällen ist die Entscheidung über den Antrag auf Berichtigung des Tatbestands nach § 320 ZPO alleine von den ehrenamtlichen Richtern zu treffen, die das Urteil gefällt haben (Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 320 Rdnr. 12; ArbG Hanau, Beschl. v.20.07.1995, 3 Ca 312/94, BB 1996, 539). 101

Der Antrag auf Berichtigung des Tatbestands ist begründet. Denn der Tatbestand des Urteils enthält Unrichtigkeiten i.S.d. § 320 Abs. 1 ZPO. 102

Unrichtig ist er zunächst, soweit es die Darstellung des streitigen Sachvortrags der Klägerin im Tatbestand des Urteils anbelangt, sie habe sich für jeweils "fünf Stunden" als Telefoninterviewerin bei der Rechtsvorgängerin eingetragen. Aus dem Protokoll vom 03.04.2007 ergibt sich nämlich, dass die Klägerin erklärt hat, sie sei regelmäßig für "fünf Tage in der Woche" eingetragen gewesen. Zu Recht macht die Klägerin die Aufnahme der Berichtigung nicht im Wege einer vorrangigen (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 26. Aufl., § 320 Rdnr. 3) Berichtigung offensichtlicher Unrichtigkeiten nach § 319 ZPO geltend, sondern im Wege einer Tatbestandsberichtigung nach § 320 ZPO. Es handelt sich nicht um eine offenbare, für jeden ersichtliche Unrichtigkeit, die nach § 319 ZPO zu berichtigen wäre. Denn 103

die bisherige Darstellung im Tatbestand des Urteils würde auch dann Sinn machen, wenn es bei der vom Berufungsgericht aufgenommenen Darstellung im Tatbestand bliebe. Es handelt sich damit um eine sonstige Unrichtigkeit, die über § 320 ZPO zu berichtigen ist.

Ferner war dem Antrag stattzugeben, die Worte "300 EUR" durch "500 EUR" auf Seite 3 Zeile 104 2 zu ersetzen. Das Gericht wollte hier auf einen Durchschnittswert der in den letzten Monaten gezahlten Vergütungen an die Klägerin abstellen. Der Durchschnittswert beläuft sich allerdings nicht auf "300 EUR", sondern auf "500 EUR". Dieser Wert wurde im Übrigen auch im erstinstanzlichen Urteil zum Zwecke der Streitwertberechnung berücksichtigt. Auch hier handelt es sich nicht um eine offensichtliche Unrichtigkeit i.S.d. § 319 ZPO, sondern um eine sonstige, nicht ohne weiteres ersichtliche Unrichtigkeit i.S.d. § 320 ZPO.

Hermann Hermann Voßler 105

für den verhinderten 106

DirArbG Gerretz 107