

Abschrift

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 370/12

3 Ca 941 b/12 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 13.11.2013

gez...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 13.11.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 24.10.2012 – 3 Ca 941 b/12 – abgeändert und die Klage abgewiesen. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen seit April 2002 ein Arbeitsverhältnis bestand und – wenn ja - ob die Beklagte es wirksam gekündigt hat.

Die Beklagte ist ein privates Nachhilfeinstitut für Schüler aller Klassenstufen mit ca. 1000 Standorten bundesweit, davon mehr als 30 in Schleswig-Holstein. Am von Frau P. geleiteten Standort R. werden zwei Lehrkräfte mit Arbeitsvertrag und etwa 28 mit freiem Mitarbeitervertrag beschäftigt.

Der Kläger unterrichtete seit Januar 1990 für die Beklagte an diesem Standort die Fächer Mathematik und Physik. Zunächst war er neben seinem Studium in wechselndem Umfang, seit Februar 2004 an vier Tagen mit 24 Stunden pro Woche und seit Mai 2011 an drei Tagen mit 18 Stunden pro Woche tätig. Der Kläger arbeitete zuletzt Dienstag bis Donnerstag jeweils von 14.00 bis 18.30 Uhr. Seiner Tätigkeit lag ein undatiertes Verträge zugrunde (Anlage B1 = Bl. 31 ff. der Akte). Danach war er als sog. Lehrbeauftragter beschäftigt. Laut der Präambel des Vertrags sind Lehrbeauftragte des Studienkreises freiberufliche Mitarbeiter. Unter A lautet der Vertrag auszugsweise:

- „1. Der Unterrichtende übernimmt als freier und selbständiger Mitarbeiter die Unterrichtung in Form von Nachhilfe für die vom Studienkreis vermittelten Schüler. Die Bindung an einen bestimmten Unterrichtsort bildet nur den äußeren Rahmen für die Verrichtung der eigentlichen Tätigkeit. Dem Lehrbeauftragten steht es frei, andere Orte zu wählen.
2. Bei der Wahrnehmung des Unterrichts unterliegt der Lehrbeauftragte keinen Weisungen.
3. In der Gestaltung der Tätigkeit ist der Unterrichtende frei, besonders im Hinblick auf die Unterrichtszeit. Im Interesse der Schüler sollten die mit diesem vereinbarten Stunden jedoch eingehalten werden. Die Unterrichtszeit wird nach den Wünschen des Unterrichtenden abgestimmt. Nach der gemeinsamen Festlegung der Unterrichtsstunden soll von Seiten des Unterrichtenden aus organisatorischen Gründen eine Umgestaltung nur mit Absprache der Schüler bzw. der Eltern erfolgen.
4. Bei der Durchdringung des Schulstoffes ist der Unterrichtende in didaktischer und methodischer Hinsicht völlig frei. Der Unterrichtende sagt zu, einen auf den Schüler bezogenen, individuellen Programmablauf zu erstellen.“

Nach A 8. steht es dem Lehrbeauftragten frei, eine Tätigkeit dieser oder ähnlicher Art auch für andere Auftraggeber auszuüben. Nach dem Vertrag muss der Lehrbeauftragte für die Abgabe von Steuern sowie Sozialversicherungsbeiträgen selbst Sorge tragen. Entsprechend erhielt der Kläger für seine Tätigkeit ein „Honorar“. Für jede geleistete Unterrichtsstunde zahlte die Beklagte zuletzt 13,50 EUR zuzüglich einer Vorbereitungspauschale von 15,00 EUR pro Tag.

Die Beklagte legte dem Kläger im Dezember 2011 einen neuen „Rahmenvertrag über freie Mitarbeit als Auftragnehmer“ (Anlage K2 = Bl. 12 ff. der Akte) vor. Obwohl der Kläger nicht bereit war, diesen Vertrag zu unterzeichnen, wurde er bis Anfang April weiterhin im Stundenplan der Beklagten eingeteilt. Mit Schreiben vom 12.04.2012 erteilte ihm die Beklagte Hausverbot. Mit Schreiben vom 28.06.2012 wurde ihm fristlos und fristgerecht gekündigt.

Für die Gestaltung des Nachhilfeunterrichts bei der Beklagten ist das „Lernkonzept des Studienkreises“ erarbeitet worden (Anlage K 9 = Bl. 130 ff. der Akte). Auch dem Kläger wurde dieses Konzept an die Hand gegeben. Ob eine Verpflichtung zur Umsetzung besteht, ist streitig. Unstreitig ist, dass die Lehrkräfte für jeden Schüler Biografien mit diversen Angaben auf einem von der Beklagten vorgegebenen Formular anlegen sollen. Außerdem müssen die Lehrkräfte mehrere Karteikarten zur Beurteilung des einzelnen Schülers nach dem Unterricht bzw. mindestens einmal monatlich ausfüllen. Weiterhin sind Förderpläne für die Schüler zu erstellen. Einmal monatlich ist ein Beurteilungsbogen für die Schüler auszufüllen. Die Durchführung dieser Vor- und Nachbereitungstätigkeiten wird von der Studienkreisleitung kontrolliert. Für alle Lehrer sind Gespräche mit den Eltern der Nachhilfeschüler vorgesehen und zwar sechs Wochen nach Beginn des Nachhilfeunterrichts und sodann halbjährlich. Ob die Lehrkräfte verpflichtet sind, diese Gespräche zu führen, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger hat gemeint, er sei zumindest seit April 2002 kein freier Mitarbeiter sondern Arbeitnehmer gewesen. Das folge aus der tatsächlichen Ausgestaltung seiner Tätigkeit und den Umständen, unter denen er sie erbracht habe. Er sei in erheblichem Umfang weisungsgebunden und in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen. Entgegen dem Vertrag von 1990 habe er seine Tätigkeit nicht weisungsfrei gestalten können. Den Nachhilfeunterricht habe er nach dem „Studienkreis-Lernkonzept“ durchführen müssen. Er sei verpflichtet gewesen, an den unstreitig zweimal jährlich stattfindenden Informationsveranstaltungen für die Lehrkräfte teilzunehmen. Auf diesen Veranstaltungen seien Neuerungen des Unterrichtskonzeptes vorgestellt worden.

Die Umsetzung des Unterrichts nach den Vorstellungen der Beklagten sei von dieser auch durch die Verpflichtung zur Dokumentation auf den genannten Formularen, Karteikarten, Beurteilungsbögen und Förderplänen kontrolliert worden. Der Aufwand an Vor- und Nachbereitungstätigkeiten sei für die Lehrkräfte erheblich.

Die Schulleitung stelle die 3 bis 5-köpfigen Schülergruppen zusammen, und zwar auf Grundlage der Unterrichtsaufträge und nach den Wünschen der Schüler. Er, der Kläger, habe auf die Zusammensetzung keinen Einfluss gehabt. Gemäß der Zusammensetzung der Gruppen seien auch die Unterrichtspläne durch die Studienkreisleitung erstellt worden. Somit habe der Kläger die Schüler und die Unterrichtszeiten nicht frei und selbstständig wählen können. Der Kläger hat behauptet, Einzelunterricht für Schüler sei ihm nicht angeboten worden. Er habe auch weder die Teilnahme an Intensivwochen noch die Unterrichtung von Grundschulern abgelehnt.

Da für 28 Honorarkräfte nur neun Räume zur Verfügung gestanden hätten, sei bereits vorgegeben gewesen, dass die Unterrichtszeiten durch die Beklagte organisiert und festgelegt werden mussten. Er, der Kläger, habe an den Elterngesprächen teilnehmen müssen. Auch die Elterngespräche innerhalb der Unterrichtszeiten seien nicht mit ihm abgestimmt worden.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien seit April 2002 ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger in der Niederlassung Rendsburg als Lehrkraft mit mindestens 18 Unterrichtsstunden wöchentlich zu beschäftigen;
3. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis weder durch die fristlose Kündigung noch durch die vorsorgliche fristgerechte Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 28.06.2012, zugegangen am 30.06.2012, aufgelöst ist.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, der Kläger sei sowohl nach dem zugrundeliegenden Vertrag wie auch nach der tatsächlichen Vertragsdurchführung freier Mitarbeiter gewesen. Das Vertragsverhältnis habe geendet. Aufgrund der Beendigung der Vertragsverhandlungen über den Vertragsentwurf vom Dezember 2011 sei das Dienstverhältnis bereits durch mündliche Kündigung zum 31.03.2012 beendet worden. Schriftlich habe die Beklagte das mit Schreiben vom 12.04.2012 bestätigt.

Nach dem Vertrag aus dem Jahre 1990 sei der Kläger hinsichtlich Ort, Zeit und Ausgestaltung seiner Tätigkeit frei und nicht weisungsgebunden. So sei seine Tätigkeit auch tatsächlich ausgestaltet worden.

Bei der Erteilung des Unterrichts sei der Kläger frei gewesen. Es habe hierzu keine Anweisungen seiner Vorgesetzten oder Kontrollen gegeben. Insbesondere fehlten verbindliche Rechtsvorschriften zur Unterrichtserteilung bzw. irgendwelche Vorgaben. Das Studienkreis-Lernkonzept und die dazu ergangenen Handreichungen seien unverbindlich. Der Kläger sei auch nicht wie ein Arbeitnehmer verpflichtet gewesen, nur für einen Auftraggeber zu arbeiten. Zwar habe der Kläger Karteikarten, Formulare, Förderpläne und dergleichen ausfüllen sollen. Das falle aber zeitlich nicht ins Gewicht. Auch sei der Kläger in der Gestaltung der Lage seiner Arbeitszeit frei gewesen. Denn diese sei nach seinen Wünschen abgestimmt worden. Der Kläger habe auch die Teilnahme an Intensivwochen und die Erteilung von Einzelunterricht abgelehnt und Grundschüler nicht unterrichten wollen. Die Teilnahme an den zweimal jährlich stattfindenden Informationsveranstaltungen sei freiwillig gewesen. Gleiches habe für die Teilnahme an Elterngesprächen gegolten. Dem Kläger habe es freigestanden, den Unterrichtsort anders zu wählen.

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen P., K. und P..

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Entgegen der vertraglichen Regelung sei der Kläger Arbeitnehmer. Zwar hätten die Parteien im Vertrag von 1990 vereinbart, dass der Kläger freier Mitarbeiter sein sollte.

Dieser Vertrag sei aber nach dem unstreitigen Vortrag und dem Ergebnis der Beweisaufnahme tatsächlich nicht so gelebt worden. Nach der tatsächlichen Durchführung des Vertrages sei der Kläger als Arbeitnehmer anzusehen. Entsprechend den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien sei der Kläger weitgehend weisungsabhängig gewesen, was Art und Weise der Durchführung des Unterrichts wie auch Ort und Zeit betreffe. Er sei zudem in die Organisation der Beklagten eingegliedert gewesen. Der Kläger sei bereits nicht frei gewesen, was die Methodik des Nachhilfeunterrichts angehe. Die Zeugen hätten bekundet, dass das „Studienkreis-Lernkonzept“ auf einer entsprechenden Informationsveranstaltung angesprochen worden sei. Die Lehrkräfte hätten es umsetzen müssen. Hintergrund sei die TÜV-Zertifizierung der Beklagten gewesen. Das Konzept habe nach außen hin verlässlich und gemäß den Standards der TÜV-Zertifizierung durchgeführt werden sollen.

Ein freies pädagogisches Arbeiten der Lehrbeauftragten sei damit unvereinbar. Selbst wenn nur ein „sanfter Druck“ durch die Leitung der Beklagten ausgeübt worden sein sollte, so hätten die Zeugen hierin keine unverbindliche Aufforderung gesehen. Auch die zweimal im Jahr stattfindenden Informationsveranstaltungen für die Lehrkräfte dienten offenbar der Standardisierung von Inhalten und Methoden. Das Arbeitsergebnis des Klägers sei kontrolliert worden. Um den Erfolg auf dem Nachhilfemarkt zu gewährleisten, sei es erforderlich, den Fortschritt der Schüler zu dokumentieren und zu kontrollieren. Dazu hätten Karteikarten zur Beurteilung der Schüler, Förderpläne, Beurteilungsbögen und Schülerbiografien geschrieben werden müssen. Selbst wenn diese Vor- und Nachbereitungstätigkeiten zeitlich nicht ins Gewicht fielen, sprächen sie dafür, dass der Kläger seine Tätigkeit nicht frei gestalten konnte. Übereinstimmend hätten die Zeugen ausgesagt, dass die Studienkreisleitung darauf bestanden habe, dass die Karten ausgefüllt werden. Die Zeugen hätten ferner bestätigt, dass die Studienkreisleitung die Zusammensetzung der Schülergruppen vorgegeben habe. Von einer bloßen Vermittlung an den Kläger könne keine Rede sein.

Hinsichtlich der Unterrichtszeit mögen Vereinbarungen getroffen worden sein. Angesichts des Zwangs, die verschiedenen Gruppen nach Ort und Zeit einzuplanen, sei der Kläger jedoch nicht völlig frei in der Wahl seiner Arbeitszeit gewesen. Zudem seien ihm Elterngespräche vorgegeben worden.

Dass auch die Fortbildungen nicht wirklich freiwillig gewesen seien, ergebe sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 11.10.2011.

Die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis nicht wirksam gekündigt. Mit Schreiben vom 12.04.2012 sei keine Kündigung, sondern (nur) ein Hausverbot erklärt worden. Für die außerordentliche Kündigung vom 28.06.2012 fehle ein wichtiger Grund gemäß § 626 Abs. 1 BGB. Die Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs sei keine Verletzung des Hausverbotes. Auch für die ordentliche Kündigung liege kein sozial rechtfertigender Grund im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG vor.

Gegen das ihr am 22.11.2012 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 22.11.2012 Berufung eingelegt. Die Berufungsbegründungsfrist wurde antragsgemäß bis zum 22.02.2013 verlängert. An diesem Tag übermittelten die Prozessbevollmächtigten der Beklagten 22 Seiten per Telefax an das Landesarbeitsgericht (Transaktionsbericht, Anlage B 12 = Bl. 263 der Akte). Am 26.02.2013 ging die zweiundzwanzigseitige Berufungsbegründung im Original beim Landesarbeitsgericht ein. Zuvor war keine Berufungsbegründung zur Akte gelangt. Mit am 07.03.2013 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat die Beklagte Wiedereinsetzung in die abgelaufene Berufungsbegründungsfrist beantragt.

Die Beklagte behauptet, ihre Prozessbevollmächtigten hätten die Berufungsbegründung fristgerecht per Telefax übersandt, was der Sendebericht belege. Falls der Schriftsatz nicht auffindbar sei, müsse Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist gewährt werden. Denn dann sei davon auszugehen, dass das Telefax nicht ausgedruckt oder im Gericht verlorengegangen sei.

Die Beklagte meint, das Arbeitsgericht habe der Klage zu Unrecht stattgegeben. Dabei habe es Teile des Parteivortrags und der Beweisaufnahme nicht bzw. unzutreffend berücksichtigt. Außerschulisch tätige Lehrkräfte – wie hier der Kläger – würden regelmäßig als freie Mitarbeiter beschäftigt. Sie seien nur dann Arbeitnehmer, wenn die Parteien das vereinbart haben oder wenn im Einzelfall festzustellende Umstände vorliegen, aus denen auf den für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderlichen Grad der persönlichen Abhängigkeit geschlossen werden könne.

Die stärkere Einbindung in das (allgemeinbildende) Schul- und Ausbildungssystem bedinge eine größere persönliche Abhängigkeit des Lehrers vom Unterrichtsträger. Außerschulischer Unterricht ohne Schulzwang, ohne das Ziel eines Abschlusses und ohne Erziehungsauftrag belasse Lehrkräften dagegen sämtlichen Gestaltungsspielraum, so dass sie als Honorarkraft beauftragt werden könnten. Zwischen der Tätigkeit des Klägers und der eines Lehrers an einer allgemeinbildenden Schule bestünden erhebliche Unterschiede. Der Kläger sei eher mit einem Volkshochschuldozenten vergleichbar.

Die Beklagte meint, die Vorgabe eines zeitlichen Rahmens für den zu leistenden Auftrag stehe einer Honorartätigkeit nicht entgegen. Im vorliegenden Fall fehle sogar solch eine Vorgabe. Der Arbeitsvertrag sehe Weisungsfreiheit besonders im Hinblick auf die Unterrichtszeit vor. Diese werde mit dem Unterrichtenden abgestimmt. Der zeitliche Rahmen sei nur vorgeschlagen und vom Auftragnehmer, dem Kläger, akzeptiert worden. Dabei sei das vom Kläger angebotene Zeitfenster von der Studienkreisleitung berücksichtigt worden. Unschädlich sei, wenn die Auftraggeberin aufgrund organisatorischer Zwänge und Abläufe interessiert sei, ihre Planung durchzuführen. Sie, die Beklagte, habe dem Kläger gegen seinen Willen keine bestimmten Unterrichtszeiten zuweisen können. Vielmehr habe der Kläger vorgegeben, mindestens 4 Unterrichtsstunden pro Arbeitstag unterrichten zu wollen, damit sich der Fahraufwand lohne. Es seien jeweils saisonale Absprachen getroffen worden. Der Kläger habe die Wochentage, Zeiten und ggf. Ausweichtermine mitgeteilt. Die Unterrichtstage hätten sich im Laufe der Tätigkeit geändert.

Der Kläger habe Termine verlegt (15.04. auf 11.04.2011) oder abgesagt (15., 22.10.2010, 19., 20. und 27.04.2011). Auf eigenen Wunsch habe der Kläger in den Herbst- und Osterferien auch vormittags unterrichtet. Dagegen habe er es abgelehnt, in den Sommerferien zu unterrichten. An Samstagen habe der Kläger nur nach Absprache gearbeitet. Die Bindung an vereinbarte Tage und stundenplanmäßig festgelegte Unterrichtszeit spreche hier für freie Mitarbeit. Dass das Zeitfenster sich auf nachmittägliche Stunden bezogen habe, sei dem Inhalt des Auftrags – Nachhilfeunterricht für Schüler – geschuldet.

Anders als vom Arbeitsgericht angenommen, sprächen die Elterngespräche gegen eine zeitliche Bindung des Klägers. Zu den Gesprächen habe die Zeugin P. bekundet, dass sie die Termine mit den Eltern koordiniere. Lehrkräfte verweigerten im Einzelfall die Teilnahme, so dass die Leitung das Gespräch allein führe. Eine Weigerung sei folgenlos. Dem Kläger habe die Teilnahme also frei gestanden. Auf der anderen Seite könnten Lehrkräfte selbständig Elterngespräche organisieren und führen, wie die weiteren Zeugen bestätigt hätten.

Richtigerweise hätte das Arbeitsgericht den Zeugenaussagen entnehmen müssen, dass den Honorarkräften die Schülergruppen nicht fest vorgegeben werden. Die Leitung steuere nur die Auftragsvergabe. Die Nachhilfelehrer könnten Schüler in eine andere Gruppe aufnehmen oder ablehnen. Das könnten sogar die fest angestellten Mitarbeiter. Neue Schüler würden zunächst zum Probeunterricht zugeteilt. Danach habe der Kläger die weitere Unterrichtung ablehnen können und von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. In diesem Fall sei der Schüler in einer anderen Gruppe unterrichtet worden. Dass der Kläger überwiegend ältere Schüler unterrichtet habe, gehe auf seine Vorgaben und Wünsche zurück.

Die den Lehrbeauftragten überlassenen Unterlagen zum Lernkonzept belegten die Weisungsabhängigkeit nicht. Das Konzept sei als schriftliche Handreichung zu verstehen und biete lediglich eine grobe Orientierung. Es regle nur grundsätzliche Fragen und betone stets die Verantwortung des Unterrichtenden. Das Konzept sei mit einem detaillierten Lehrplan nicht vergleichbar. Trotz der aufgeführten Inhalte und Methoden sei der Kläger bei der Gestaltung des Unterrichts frei gewesen.

Bei dem Konzept handele es sich um keine Anweisung, wie die Beweisaufnahme ergeben habe. Der Zeuge P. habe bekundet, dass er das Konzept nicht streng umsetze und den Unterricht so gestalte, wie er es für richtig halte. Der Zeuge K. habe zur Verbindlichkeit des Konzepts nichts gesagt, sondern von Diskussionen auf der Informationsveranstaltung berichtet. Zu der Informationsveranstaltung über das Konzept sei nicht aufgefordert, sondern eingeladen worden. Der Kläger habe die Lehrmittel frei wählen können.

Die Beklagte habe lediglich allgemeine Lehrbücher angeschafft. Das decke sich mit der vertraglichen Regelung, wonach die Unterrichtserteilung in didaktischer und methodischer Hinsicht weisungsfrei ist. Zu konkreten Weisungen habe der Kläger nichts vorgetragen. Die Weisungsgebundenheit des Zeugen K. sei für die Beurteilung des Klägers nicht maßgebend, da der Zeuge fest angestellt sei.

Sie, die Beklagte, kontrolliere die Arbeitsergebnisse nicht. Eine Aufsichtstätigkeit finde nicht statt. Die zu erstellenden Dokumente (Karteikarten, Förderpläne, Beurteilungsbögen, Schülerbiographien) dienten nur der Überprüfung der Förderungswilligkeit und der Zuverlässigkeit der Beklagten als Nachhilfeeinrichterin. Dabei gehe es um Qualitätssicherung für die TÜV-Zertifizierung. Unabhängig davon sei die Kontrolle der ordnungsgemäßen Erfüllung der geschuldeten Leistung kein Zeichen eines Arbeitsvertrags. Schließlich nehme die Führung der Dokumente nur wenige Minuten täglich in Anspruch, diene der pädagogischen Koordinierung und sei Bestandteil des Auftrags. Zwischen der Beklagten und ihren Schülern bestehe nur eine lockere Verbindung. Die Verträge könnten einfach und ohne Begründung gelöst werden.

Die Nachhilfetätigkeit verfolge kein feststehendes, nachprüfbares Ziel. Ausweislich des Lernkonzepts gehe es darum, dass die Schüler mehr Verantwortung für ihre Lernerfolge übernehmen. Damit werde ein anderes Lehrziel verfolgt, als im staatlichen Schul- und Ausbildungsbetrieb. Dem Kläger komme als Nachhilfelehrer keine umfassende Erziehungsaufgabe zu, was ihn vom Lehrer an einer allgemeinbildenden Schule unterscheide.

Das Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters sei wirksam gekündigt worden. Die Kündigungsschutzklage sei mangels Arbeitnehmereigenschaft unbegründet.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel, Az. 3 Ca. 941 b/12, vom 24.10.2012 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger meint, die Beklagte habe den Sachverhalt und die Zeugenaussagen anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zutreffend gewürdigt.

Die Tätigkeit eines Nachhilfelehrers sei mit der eines Volkshochschuldozenten nicht vergleichbar. Ein Nachhilfelehrer müsse sich eng an den jeweiligen Lehrstoff der ihm zugewiesenen Schüler anpassen.

Der Kläger behauptet, die Unterrichtsstunden seien nicht nach seinen Vorgaben und Wünschen, sondern einseitig von der Studienkreisleitung festgelegt worden, und zwar im Frühjahr für das folgende Schuljahr. Die Beklagte habe die Wochentage (Dienstag bis Donnerstag) und den Zeitrahmen (14 bis 18.30 Uhr) vorgegeben. Davon habe der Kläger durch die wöchentliche Unterrichtsplanung erfahren. Für ihn sei es bei den angestammten Unterrichtstagen und Zeiten geblieben. Den 4. Unterrichtstag (Freitag) des Klägers habe die Studienkreisleitung im Schuljahr 2010/11 etwa 5 Wochen vor Schuljahresende trotz Intervention des Klägers ersatzlos gestrichen.

Er, der Kläger, habe die Unterrichtsstunden nicht auf einen anderen Tag oder eine andere Tageszeit verlegen können. Sein im Jahr 2008 geäußelter Wunsch, an denselben Tagen wie ein Kollege zu arbeiten, sei abgelehnt worden, um für die ganze Woche ein vollständiges Mathematikangebot zu gewährleisten. Im Jahr 2009 sei ihm selbst eine geringfügige Änderung der Unterrichtszeiten verweigert worden.

An Samstagen habe der Kläger nie unterrichtet und sei auch nicht angefragt worden. Die Unterrichtszeiten in den Oster- und Herbstferien habe der Kläger mit dem Deutschlehrer abgestimmt. Die endgültige Stundenplanung habe die Studienkreisleitung vorgenommen. Der Ferienunterricht habe sich nach dem Bedarf der Schüler gerichtet. Die Studienkreisleitung lege Gesprächstermine für Elterngespräche fest.

Der Zeuge K. habe weiter bestätigt, dass die Studienkreisleiterin die Schülergruppen zusammenstelle und die Gruppen den Lehrbeauftragten zuordne. Probentermine, Terminänderungen aufgrund von Schülerwünschen und Zusatztermine lege die Studienkreisleitung fest. Der Kläger habe keinen Einfluss auf die Terminvergabe an die Schüler und damit die Zusammensetzung der Gruppen gehabt. Er habe nur seine fachliche Einschätzung äußern können. Hinsichtlich des Schülers einer dänischen Schule habe er nach dem Probeunterricht wegen der Sprachproblematik Einzelunterricht empfohlen. Die Studienkreisleitung habe den

Gruppenunterrichtsplatz dann anderweitig besetzt. Selbst bei Bedenken habe der Kläger keine Schüler ablehnen können.

Die Zuteilung habe sich nach den Fähigkeiten der Lehrkräfte gerichtet. Der Kläger sei – anders als andere Lehrkräfte - aufgrund seines Studiums in der Lage, Oberstufenschüler zu unterrichten. Den Einsatz in jüngeren Klassenstufen habe er nicht abgelehnt.

Die Zeugen P. und K. hätten erklärt, dass die Beklagte das Lernkonzept auf der Informationsveranstaltung so vorgestellt habe, dass es für die Teilnehmer eher verbindlich sein sollte. Die Studienkreisleiterin habe die Lehrkräfte angehalten, die Karteikarten nach Unterrichtsende auszufüllen. Diese Unterlagen dienten u.a. dazu, den Unterrichtserfolg der Schüler zu dokumentieren und zu überprüfen.

Der Kläger habe die ihm zugeteilten Schüler nicht woanders unterrichten dürfen. Die Beklagte stelle heraus, dass die Schüler stets von derselben Lehrkraft im selben Raum zu verlässlich gleichen Zeiten unterrichtet würden. Am Unterrichtsraum des Klägers habe sein Name gestanden.

Die Berufungskammer hat im Termin am 13.11.2013 Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen P., P. und K.. Wegen der Beweisbeschlüsse und der Aussagen der Zeugen wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Entscheidungsgründe

A. Die gemäß § 64 Abs. 2 c) ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist frist- und formgerecht eingelegt worden.

Zwar ist die Berufungsbegründung der Beklagten erst nach Ablauf der bis zum 22.02.2013 verlängerten Berufungsbegründungsfrist, nämlich am 26.02.2013 zur Akte gelangt. Der Beklagten war aber auf ihren rechtzeitig (§ 234 Abs. 1 und 2 ZPO) gestellten Antrag hin, nach § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Denn sie war ohne ihr Verschulden verhindert, die Notfrist für die Berufungsbegründung einzuhalten.

Sie hat durch Vorlage des Transaktionsberichts (Anlage B 12 = Bl. 263 der Akte) und einer eidesstattlichen Versicherung (Anlage B 13 = Bl. 264 f. der Akte) glaubhaft gemacht, dass sie innerhalb der Frist, nämlich am 22.11.2013 um 22.42 Uhr, einen 22-seitigen Schriftsatz an die Telefaxnummer des Landesarbeitsgerichts gesandt hat. Das Faxjournal des Landesarbeitsgerichts weist ebenfalls den Eingang eines 22-seitigen Schriftsatzes aus, der vom Telefaxgerät der Prozessbevollmächtigten der Beklagten gesendet worden ist. Danach ist davon auszugehen, dass die Beklagte alles getan hat, um die Berufung fristgemäß zu begründen und dass der übersandte Schriftsatz aus nicht von ihr zu verantwortenden Gründen nicht fristgerecht zur Akte gelangt ist. Fehler, die ihre Ursache nicht in dem Faxgerät der Parteien bzw. ihrer Prozessbevollmächtigten haben, sind dem Gericht zuzurechnen mit der Folge der Wiedereinsetzung der Partei in den vorigen Stand (BVerfG 01.08.1996 – 1 BvR 121/95 -).

B. Die Berufung der Beklagten hat Erfolg. Das Arbeitsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben.

I. Die Feststellungsklage ist zulässig. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse (§ 256 Abs. 1 ZPO) daran, dass das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses alsbald festgestellt werde (BAG 20.01.2010 – 5 AZR 106/09 –). Trotz der auch für einen zurückliegenden Zeitraum begehrten Feststellung ist der Antrag nicht auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses gerichtet. Nach dem Antrag ist der Zeitraum nicht abgeschlossen, sondern in zeitlicher Hinsicht offen. Wenn sich – wie hier - die gegenwärtigen tatsächlichen Umstände seit Vertragsbeginn nicht geändert haben, bedarf es keines gesonderten Feststellungsinteresses für einen zurückreichenden Antrag (BAG 09.07.2003 – 5 AZR 595/02 –).

II. Die Statusklage ist unbegründet. Der Kläger ist nicht seit April 2002 Arbeitnehmer der Beklagten. Seine Kündigungsschutzklage hat deshalb ebenfalls keinen Erfolg. Der Kläger ist mit der Beklagten nicht durch ein unbefristetes Arbeitsverhältnis verbunden, aus dem heraus er Beschäftigung verlangen könnte.

1. Das Bundesarbeitsgericht hat zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers folgende Grundsätze aufgestellt:

a) Die Rechtsverhältnisse unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgebend (BAG 20.05.2009 – 5 AZR 31/08 –; 17.04.2013 – 10 AZR 272/12 -).

b) Diese Grundsätze gelten auch für Unterrichtstätigkeiten. Entscheidend ist, wie intensiv die Lehrkraft in den Unterrichtsbetrieb eingebunden ist, in welchem Umfang sie den Unterrichtsinhalt, die Art und Weise der Unterrichtserteilung, ihre Arbeitszeit und die sonstigen Umstände der Dienstleistung mitgestaltet und inwieweit sie zu Nebenarbeiten herangezogen werden kann. Wer an einer allgemeinbildenden Schule unterrichtet, ist in der Regel Arbeitnehmer, auch wenn er seinen Beruf nebenberuflich ausübt. Dagegen können etwa Volkshochschuldozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten, oder Lehrkräfte, die nur Zusatzunterricht erteilen, als freie Mitarbeiter beschäftigt werden (BAG 20.01.2010 – 5 AZR 106/09 –; 15.02.2012 – 10 AZR 301/10 -).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen lässt sich die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers nicht begründen. Der Kläger wäre nur dann Arbeitnehmer, wenn die Parteien dies vereinbart hätten – was nicht der Fall ist – oder im Einzelfall festzustellende Umstände vorlägen, aus denen sich ergibt, dass der für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderliche Grad der persönlichen Abhängigkeit gegeben ist. Nach dem unstreitigen Vortrag und dem Ergebnis der Beweisaufnahme kann nicht festgestellt werden, dass der Kläger bei seiner Unterrichtstätigkeit zur Leistungsweisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet war.

a) Die Beklagte weist zunächst zutreffend darauf hin, dass die Tätigkeit des Klägers durchaus Ähnlichkeiten mit der eines Dozenten einer Volkshochschule aufweist. Denn hier wie dort ist charakteristisch, dass die Verbindung der Schüler oder Kursteilnehmer zum Unterrichtsträger deutlich lockerer ist als an einer allgemeinbildenden Schule, etwa weil kein Schulzwang besteht und sich die Schüler leicht von der Schule lösen können und es regelmäßig keine förmlichen Abschlüsse gibt. An dem Unterricht des Klägers nehmen zwar Kinder und Jugendliche teil, die an sich der Schulpflicht unterliegen. Diese Pflicht erstreckt sich aber nicht auf den am Nachmittag in der Nachhilfeeinrichtung der Beklagten erteilten Unterricht. Die Nachhilfe ist gänzlich freiwillig. Sie begleitet den Unterricht an der allgemeinbildenden Schule, unterliegt jedoch nicht der staatlichen Schulaufsicht, Gesetzen, Verordnungen oder sonstigen staatlichen Vorschriften. Dieser Unterricht hat zum Ziel, dass die Schüler weniger Probleme auf der allgemeinbildenden Schule haben. Ziel ist es dagegen nicht, einen bestimmten Abschluss oder einen festgelegten Bildungsstandard zu erlangen. Der Kläger ist bei seiner Tätigkeit auch nicht dem Erziehungsauftrag der allgemeinbildenden Schule unterworfen. Der Inhalt der Arbeitspflicht des Klägers wird daher nicht durch einen gesetzlichen Rahmen gestaltet.

b) Für die Einordnung des Vertrags aus dem Jahr 1990 ist nicht entscheidend, dass die Parteien ihre Rechtsbeziehung nicht ausdrücklich als Arbeitsvertrag bezeichnet haben. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kommt es

nicht darauf an, wie die Parteien das Vertragsverhältnis bezeichnen (seit BAG 08.06.1967 – 5 AZR 461/66 – BAGE 19, 324).

Die Bezeichnung des Klägers in der Präambel des Vertrags als „Lehrbeauftragter“ und „freiberuflicher“ sowie in A 1. als „freier und selbständiger Mitarbeiter“ steht der Annahme eines Arbeitsverhältnisses deshalb nicht entgegen. Nicht entscheidend ist ferner, dass der Kläger nach A 6. des Vertrags für die Abgabe von Steuern sowie Sozialversicherungsbeiträgen Sorge zu tragen hat. Die Art der Vergütung spielt schon deshalb keine nennenswerte Rolle, weil entscheidend die Eigenart der Dienstleistung ist, nicht aber die Abwicklung der Entgeltzahlung (so schon BAG 30.10.1991 – 7 ABR 19/91 –).

c) Gegen die Arbeitnehmereigenschaft spricht die geringe zeitliche und organisatorische Einordnung des Klägers in den Unterrichtsbetrieb. Die ein Arbeitsverhältnis kennzeichnende Einordnung ergibt sich weder durch das mit dem Vertrag von 1990 geknüpfte rechtliche Band, noch aus der tatsächlichen Gestaltung der Arbeitsbeziehung.

aa) Typisch für ein Arbeitsverhältnis ist es, dass der Arbeitgeber innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verfügen kann. Weisungsabhängigkeit in zeitlicher Hinsicht ist danach gegeben, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder wenn der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird, ihm also die Arbeitszeiten letztlich „zugewiesen“ werden (BAG 15.02.2012 – 10 AZR 301/10 - 09.06.2010 – 5 AZR 332/09 –; 20.05.2009 – 5 AZR 31/08 –). Die ständige Dienstbereitschaft kann sich sowohl aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen der Parteien als auch aus der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen ergeben. Insofern stellt die Einteilung eines Mitarbeiters in Stundenpläne ohne vorherige Absprache ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft dar (BAG 15.02.2012 – 10 AZR 301/10 -; 14.03.2007 – 5 AZR 499/06 –). Ist die Dienstleistung dagegen bereits durch den Vertrag zeitlich festgelegt, schränkt dies die Dispositionsmöglichkeit des Dienstherrn ein und verschafft der Lehrkraft eine sichere Entscheidungsgrundlage, die ihr eine anderweitige Verfügung über ihre Arbeitskraft ermöglicht. Entscheidend für die Beurteilung der arbeitszeitbezogenen Weisungsabhängigkeit ist also die Frage, wer über die Lage der geschuldeten Arbeitszeit, insbesondere über die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Tage entscheidet.

bb) Nach A 3. des Vertrags war der Kläger in der Gestaltung der Tätigkeit frei, insbesondere im Hinblick auf die Unterrichtszeit. Im Interesse der Schüler sollten die mit diesen vereinbarten Stunden jedoch eingehalten werden. Die Unterrichtszeit wiederum war nach den Wünschen des Unterrichtenden, also des Klägers, abzustimmen, wobei nach der gemeinsamen Festlegung der Unterrichtsstunden von Seiten des Unterrichtenden aus organisatorischen Gründen eine Umgestaltung nur mit Absprache der Schüler bzw. Eltern erfolgen sollte. Aufgrund der vertraglichen Regelung konnte die Beklagte dem Kläger keine Arbeitszeiten vorgeben. Vielmehr waren die Unterrichtszeiten zu vereinbaren bzw. nach den Wünschen des Klägers abzustimmen.

Gemäß A 5. Abs. 3 war vereinbart, dass in der Weihnachtswoche und den Sommerferien kein Unterricht stattfindet, anders als in den anderen Ferien. Auch diese Regelung schränkte die Dispositionsmöglichkeiten der Beklagten ein, denn zu den genannten Zeiten durfte sie den Kläger nicht heranziehen.

cc) Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme wich die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung nicht wesentlich von den Vorgaben aus dem Vertrag von 1990 ab.

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe ihm die Unterrichtstage und die Unterrichtszeiten einseitig vorgegeben. Änderungswünsche seinerseits seien nicht berücksichtigt worden. Dagegen hat die Beklagte behauptet, die Unterrichtszeiten seien mit dem Kläger abgestimmt worden. Der Kläger habe Wochentage, Zeiten und ggf. Ausweichtermine mitgeteilt. Ferner habe er verlangt, mindestens vier Stunden pro Arbeitstag unterrichten zu können.

Nach Vernehmung der Zeugen P., K. und P. ist die Berufungskammer davon überzeugt, dass der Kläger erheblichen Einfluss auf die Lage seiner Arbeitszeit hatte.

Weder sind ihm die Unterrichtstage vorgegeben worden, noch bestand die Möglichkeit, ihn außerhalb vereinbarter Zeiten zur Arbeitsleistung heranzuziehen. Seine anderslautenden Behauptungen hat er nicht beweisen können. Die Zeugin P. hat zur Stundenplangestaltung ausgesagt, dass sie die Lehrbeauftragten fragt, an welchen Tagen sie Zeit haben. Die Unterrichtstage werden dann verabredet. Die Zeugin hat weiter bekundet, dass Veränderungen im Laufe des Schuljahres, wie die Gründung oder Auflösung von Schülergruppen, immer mit der Lehrkraft besprochen werden und die Lehrkraft Einflussmöglichkeiten hat. Es sei immer möglich, Unterrichtstage zu verschieben, z. B. an Stelle der Tage Dienstag bis Donnerstag die Tage Mittwoch bis Freitag zu arbeiten. In dem Fall werden nach Aussage der Zeugin mit den betreuten Schülern andere Termine vereinbart. Beispielfhaft hat die Zeugin geschildert, dass sie im Jahr 2011 mit dem Kläger verabredet hat, dass er nicht mehr am Freitag arbeitet. Alternativ hätten auch einzelne Gruppen an mehreren Unterrichtstagen gestrichen werden können. Sie sei aber in dem Fall mit dem Kläger übereingekommen, den Freitag als Unterrichtstag komplett zu streichen. Als die Schülerzahlen wieder angestiegen seien, hat die Zeugin nach ihrer Aussage den Kläger gefragt, ob er wieder am Freitag arbeiten will. Das habe der Kläger jedoch abgelehnt. Ergänzend hat die Zeugin ausgesagt, dass dann, wenn der Kläger erklärt hätte, dass er den Freitag nicht unterrichten kann, dafür aber den Montag, sie den Montag als Unterrichtstag eingerichtet hätte.

Die Aussage der Zeugin P. belegt, dass der Kläger entgegen seinen Behauptungen sehr wohl darauf Einfluss nehmen konnte, an welchen Tagen er unterrichtet. Hinzu kommt, dass sein Wunsch, an seinen Unterrichtstagen jeweils mindestens vier Stunden regulären Unterricht zu erteilen, von der Beklagten erfüllt worden ist. Die Zeugin P. hat ausgesagt, dass eine solche Verabredung auf Wunsch des Klägers getroffen worden ist, weil er den Fahrtkosten- und Zeitaufwand reduzieren wollte. Hinzu kommt, dass die Beklagte den Kläger zu weiteren Unterrichtstätigkeiten, sei es Einzelunterricht oder Unterricht in den Sommerferien gegen seinen Willen nicht heranziehen konnte. Die Zeugin P. hat bestätigt, dass Einzelunterricht nur nach Rücksprache mit der Lehrkraft, also mit ihrem Einverständnis, angeboten wird. Der Kläger sei zum Einzelunterricht die letzten ein/zwei Jahre nicht mehr bereit gewesen, obwohl ihm solcher Unterricht vier bis fünfmal angeboten worden sei.

Zum Unterricht im Rahmen der in den Sommerferien durchgeführten Intensivwoche sei der Kläger gleichfalls nicht bereit gewesen. Für die weitgehende Freiheit des Klägers bei der Arbeitszeitgestaltung spricht ferner, dass sogar außerhalb der unterrichtsfreien Zeit Urlaube mit Lehrkräften vereinbart wurden. Obwohl in den Frühjahrsferien grundsätzlich Unterricht bei der Beklagten stattfindet, war der Kläger nach Aussage der Zeugin P. im Jahr 2011 in den Frühjahrsferien nicht da und stand nicht zur Verfügung. Nach Aussage der Zeugin P. hat der Kläger mitgeteilt, wenn er an seinen Unterrichtstagen verhindert war. In diesen Fällen ist zunächst versucht worden, den Unterricht zu verlegen, so dass der Kläger ihn an anderen Tagen erteilen konnte. Das zeigt, dass es selbst bei vereinbartem Unterricht noch Gestaltungsmöglichkeiten seitens des Klägers gab.

Nach dem von der Zeugin P. überzeugend vermittelten Bild beruhten die Unterrichtszeiten auf Absprachen zwischen ihr und dem Kläger. Seine Wünsche hinsichtlich der Arbeitstage und der Anzahl der am jeweiligen Arbeitstag zu leistenden Stunden wurden von der Beklagten berücksichtigt. Änderten sich die Umstände, so hat die Beklagte nicht einseitig andere Arbeitszeiten angewiesen, sondern stets das Gespräch und die Vereinbarung gesucht. Zu Arbeitsleistungen außerhalb der vereinbarten regulären Unterrichte konnte die Beklagte den Kläger nicht heranziehen.

Die Aussage der Zeugin P. ist glaubhaft. Als Studienkreisleitung war es ihre Aufgabe, mit den Lehrkräften, so auch mit dem Kläger, die Unterrichtsstunden festzulegen. Sie konnte deshalb aus erster Hand über die Abläufe berichten. Die Berufungskammer hält die Zeugin auch für glaubwürdig. Widersprüche in ihrer Aussage haben sich nicht ergeben. Sie hat deutlich gemacht, an welche Vorgänge sie sich erinnern kann und an welche nicht. Zwar ist sie nach wie vor in leitender Position bei der Beklagten beschäftigt; es ist aber nicht erkennbar, dass sie eine Gefälligkeitsaussage machen oder den Kläger schädigen wollte. Die Zeugin hat auf die Fragen des Gerichts ruhig geantwortet und sich durch Nachfragen nicht verunsichern lassen. Anhaltspunkte dafür, dass sie die Unwahrheit gesagt hat, konnte die Berufungskammer nicht ausmachen.

Die Aussagen der Zeugen K. und P. ändern an dem Beweisergebnis nichts. Ihre Aussagen zum Einfluss des Klägers auf die Festlegung der Unterrichtstage und Unterrichtszeiten waren unergiebig. Sie konnten zu den den Kläger betreffenden Vorgängen keine Angaben machen.

dd) Der Umstand, dass nicht der Kläger, sondern regelmäßig die Studienkreisleitung die Elterngespräche terminiert hat, zieht keine wesentliche Bindung hinsichtlich der Arbeitszeit nach sich. Denn diese Gespräche fanden in der Regel während der Unterrichtszeit statt und führten zu keiner weiteren Inanspruchnahme der Zeit des Klägers.

ee) Auch die sonstige Einbindung des Klägers in die Arbeitsorganisation war nur schwach ausgeprägt.

(1) Nach A 1. des Vertrags werden die Nachhilfeschüler von der Beklagten dem Unterrichtenden vermittelt. Das bedeutet zunächst, dass sich der Kläger die Schüler nicht aussuchen konnte. Dennoch hatte er einen gewissen Einfluss auf die Zusammensetzung der Schülergruppen.

In der Praxis war es so, dass die Studienkreisleitung dem Kläger Schüler zum Probeunterricht zuwies. Die neuen Schüler wurden also bestehenden Lerngruppen zugeordnet. Das hat der Zeuge K. im Rahmen der erstinstanzlichen Beweisaufnahme bestätigt. Er hat ausgesagt, die Studienkreisleiterin stelle die Schülergruppen zusammen und ordne sie den Lehrbeauftragten zu. Ob der Schüler in der Lerngruppe blieb, hing aber auch vom Kläger ab. Der Kläger selbst hat eingeräumt, dass er nach dem Probeunterricht seine fachliche Einschätzung äußern konnte. Hinsichtlich des Schülers W. hatte er nach dem Probeunterricht wegen der Sprachproblematik auch Einzelunterricht empfohlen. Dieser Schüler ist fortan nicht mehr in seiner Gruppe unterrichtet worden. Das belegt, dass die Beklagte auf sachliche Einwendungen des Klägers Rücksicht genommen hat. Ob er ggf. ohne einen Grund zu nennen, Schüler ablehnen konnte, ist dagegen nicht entscheidend.

(2) Laut Vertrag aus dem Jahr 1990 unterlag der Kläger keinen Weisungen bei der Wahrnehmung des Unterrichts (A. 2.). Bei der Durchdringung des Schulstoffs sollte er in didaktischer und methodischer Hinsicht völlig frei sein, jedoch für jeden Schüler einen individuellen Programmablauf erstellen.

Die Berufungskammer übersieht nicht, dass das Lernkonzept, das den Lehrkräften im Rahmen einer Informationsveranstaltung vorgestellt und an die Hand gegeben worden ist, didaktische und methodische Hinweise enthält. Selbst wenn der Kläger dieses Konzept als verbindlich ansehen durfte, ist festzuhalten, dass es keine starren Vorgaben für die Durchführung des Unterrichts enthält. In weiten Strecken erläutert es nur die Hintergründe der Nachhilfe und gibt pädagogische Anregungen. So werden die Unterrichtsphasen „Begrüßung“, „Lernzielvereinbarung“, „Erarbeitung“, „Sicherung“, „Reflektion“ und „Verabschiedung“ beschrieben. Es wird im Einzelnen ausgeführt, was passiert und wer was macht, worauf besonders zu achten ist und welche Prinzipien zum Tragen kommen. Auch werden die eingesetzten Materialien genannt. Vielfach geht die Beschreibung nicht über Stichworte hinaus oder beschränkt sich auf Empfehlungen.

Entscheidend ist, dass der Kläger ungeachtet dieser Vorgaben bei der inhaltlichen Gestaltung des Unterrichts im Wesentlichen frei war. In der Praxis gab es keine detaillierte Regelung der Unterrichtsinhalte. Einschlägige Ausbildungs- oder Prüfungsordnungen existieren für die Nachhilfeerteilung nicht. Konkrete Anweisungen der Beklagten zu den Unterrichtsinhalten hat der Kläger nicht behauptet. Der Unterrichtsinhalt ergab sich vielmehr aus den Lernbedürfnissen der Schüler. Dass der Kläger bei der Gestaltung des Unterrichtsinhalts im Wesentlichen frei war, wird dadurch belegt, dass die Beklagte ihm die Unterrichtsmaterialien nicht vorgegeben hat. Zwar hält die Beklagte Lehrmaterial bereit, und zwar die Schulbücher, die auf den Schulen im Einzugsbereich Verwendung finden, sowie eigene Unterrichtsmaterialien. Der Kläger war aber nicht verpflichtet, letztere einzusetzen. Er konnte auch die Schulbücher heranziehen und hat dies nach eigener Aussage getan.

Er hat in der Berufungsverhandlung erklärt, dass er sich im Wesentlichen an den Büchern orientiert hat, die die Schüler in ihrer Schule benutzt haben.

d) Leistungskontrollen durch Klausuren, wie sie an allgemeinbildenden Schulen üblich sind, musste der Kläger nicht durchführen. Auch gab es keine Schulkonferenzen. Entsprechende Nebenarbeiten fielen nicht an. Die Teilnahme an Elterngesprächen, selbst wenn sie mit dem Kläger als verpflichtend angesehen wird, fällt bei der Beurteilung nicht ins Gewicht. Diese Gespräche fanden nach übereinstimmender Darstellung der Zeugin P., des Zeugen P. und des Klägers regelmäßig in der Unterrichtszeit statt. Eine zusätzliche Inanspruchnahme des Klägers außerhalb des Unterrichts war mit den Elterngesprächen also nicht verbunden. Hinzu kommt, dass solche Gespräche nach der Erklärung des Klägers im Termin am 12.06.2013 nur etwa alle zwei Wochen anfielen und zwischen 10 und 15 Minuten dauerten. Darin liegt keine erhebliche Beanspruchung durch Nebenarbeiten. Gleiches gilt für den Besuch der zweimal im Jahr stattfindenden Informationsveranstaltungen. Diese Veranstaltungen, zu denen die Beklagte eingeladen und die der Kläger als verpflichtend angesehen hat, nehmen sich im Verhältnis zum Unterrichtsdeputat des Klägers gering aus. Entsprechendes gilt für den zeitlichen Aufwand, der mit dem Führen der Karteikarten und sonstigen Unterlagen für die Schüler verbunden war. Der Zeuge K. hat den Aufwand mit 1,5 Minuten pro Schüler und Tag beschrieben, der Zeuge P. mit 30 Sekunden pro Schüler und Tag zzgl. des mit dem Schreiben von Entwicklungsberichten verbundenen Aufwands. Bei sechs Unterrichtsstunden pro Tag bedeutet dies bei drei Lerngruppen von bis zu fünf Schülern einen Aufwand von unter einer halben Stunde täglich.

e) Der Kläger unterlag keiner vergleichbaren Unterrichtskontrolle wie Lehrkräfte an allgemeinbildenden Schulen. Eine wesentliche Kontrolle der Tätigkeit des Klägers zum Zwecke einer gestaltenden Einflussnahme lässt sich nicht feststellen. Regelmäßige Unterrichtsbesuche durch die Studienkreisleitung fanden nicht statt, ebenso wenig Überprüfungen im Unterricht. Die Pflicht, die o.g. Karteikarten zu führen, diente weniger der Kontrolle der Leistungen des Klägers, sondern mehr der Schüler.

f) Nach A 8. des Vertrags durfte der Kläger „eine Tätigkeit dieser oder ähnlicher Art auch für andere Auftragsgeber ausüben“. Er konnte seine restliche (Arbeits-)zeit anderweitig verwenden. Es fehlen Anhaltspunkte dafür, warum der Kläger an seinen unterrichtsfreien Tagen (Montag und später auch Freitag) nicht tatsächlich für Dritte arbeiten und seine Arbeitskraft verwerten konnte.

g) Für die Statusbeurteilung ist nicht bedeutsam, dass der Unterricht in Räumlichkeiten des Beklagten stattfand. Im pädagogischen Bereich ist es typisch, dass auch freie Mitarbeiter ihre Tätigkeit nur in den zur Verfügung gestellten Räumen verrichten können und damit an einen bestimmten Ort gebunden sind. Diese Bindung besagt nichts über eine persönliche Abhängigkeit (BAG 09.03.2005 – 5 AZR 493/04 -). Die Beklagte hat jedenfalls kein Recht für sich in Anspruch genommen, den Kläger an anderen von ihm zu bestimmenden Orten oder an anderen Standorten einzusetzen.

h) Nach allem ist trotz einiger für den Arbeitnehmerstatus sprechenden Argumente (Lernkonzept, Ausfüllen von Karteikarten usw.) davon auszugehen, dass der Kläger seit April 2002 seine Dienstleistung als freier Mitarbeiter erbracht hat. Die vorgenommene Gesamtwürdigung aller Umstände zwingt zu diesem Ergebnis, insbesondere unter Berücksichtigung der weitgehenden Freiheit des Klägers bei der Arbeitszeitgestaltung und seiner fehlenden organisatorischen Einbindung. Der Kläger mag zwar wirtschaftlich abhängig von der Beklagten gewesen sein. Das ist aber unerheblich für den beanspruchten Status als Arbeitnehmer.

3. Die Kündigungsschutzklage des Klägers ist schon deshalb als unbegründet abzuweisen, weil ihm die Arbeitnehmereigenschaft fehlt (BAG, 18.12.1996 – 5 AZB 25/96 – Rn. 40, BAGE 85, 46).

4. Da zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis besteht, kann der Kläger keine Weiterbeschäftigung als Arbeitnehmer verlangen.

C. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Anlass, die Revision zuzulassen, besteht nicht. Es handelt sich um eine Entscheidung, die auf der Beurteilung des Einzelfalls beruht, nämlich auf den konkreten Verhältnissen am Standort der Beklagten in R. . Es ist auch nicht erkennbar, dass sich im Bundesgebiet andere Lehrkräfte von Nachhilfeinstituten einer Arbeitnehmereigenschaft berühren. Es wäre im Übrigen unerheblich, denn die Beurteilung, ob ein Vertragsverhältnis als freie Mitarbeit oder als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist, richtet sich stets nach dem tatsächlichen Vollzug im Einzelfall. Diese tatsächliche Ausgestaltung kann je nach Nachhilfeinstitut, aber auch nach Standort, unterschiedlich sein. Angesichts der hier getroffenen Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung des konkreten Vortrags der Parteien bezogen auf die Verhältnisse am Standort R. , liegt ein Rechtsstreit von grundsätzlicher Bedeutung nicht vor. Das Berufungsgericht hat lediglich den Einzelfall im Rahmen der bekannten und feststehenden Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur typisierenden Betrachtung von Unterrichtstätigkeiten geprüft.