

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 1 Ta 129/12
2 Ca 1288 c/10 ArbG Neumünster

Verkündet am 11.12.2012

gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Beschluss

**Im Beschwerdeverfahren
mit den Beteiligten**

pp.

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein am 11.12.2012
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden

beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Neumünster vom 07.06.2012 - 2 Ca 1288 c/10 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

.....

Gründe

A) Die Parteien streiten im Beschwerdeverfahren über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten.

Die Klägerin war ab dem 01.04.1999 auf der Grundlage einer „Kooperationsvereinbarung“ (Bl. 29 - 31 d. A.) als Maklerin für die Beklagte, die Immobilienvermittlung betreibt, beschäftigt. Die Vergütung erfolgte auf Provisionsbasis, das Rechtsverhältnis wurde von den Parteien übereinstimmend als freie Mitarbeit beurteilt und entsprechend abgewickelt.

Ab dem 01.07.2001 bis zum 30.04.2002 bestand zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis. Dieses beendeten die Parteien einvernehmlich mündlich. Die Beklagte erteilte der Klägerin, von dieser nicht beanstandet, eine Meldung zur Sozialversicherung bis zum 30.04.2002. Die Parteien behandelten ihre fortbestehende Vertragsbeziehung nunmehr wieder als freie Mitarbeit. Daneben betrieb die Klägerin unter der Firma „K. K. Immobilien“ ein eigenes Büro als Immobilienmaklerin.

Mit Schreiben vom 27.11.2008 kündigte die Klägerin die „am 08.02.1999 und gültig werdende am 01.04.1999 geschlossene Kooperationsvereinbarung fristgemäß zum 01.03.2009“ (Bl. 17 d. A.).

Sie macht nunmehr im Wege der Stufenklage Auskunfts- und davon abhängig Provisionsansprüche sowie bezifferte Provisionsansprüche und einen bezifferten Anspruch auf „angemessene Vergütung“ geltend und hat folgende Anträge angekündigt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft über die in der Zeit vom 01.01.2007 bis zum 25.08.2009 verdienten Provisionen zu erteilen,
2. der Beklagte wird verurteilt, die sich aus der Auskunft ergebenden Positionen an die Klägerin zu zahlen,
3. der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.326,63 € nebst 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz auf 2.354,63 € seit dem 09.06.2010 sowie weitere 5 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz auf 972,-- € seit dem 04.05.2011 zu zahlen,
4. der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.104,-- € nebst Zinsen in Höhe von 15 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hierauf seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
5. der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 80.000,-- € brutto nebst 5 % Zinspunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hierauf seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisungsantrag angekündigt und die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten gerügt.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten sei eröffnet und hierzu vorgetragen:

Sie sei als Vertriebsleiterin mit der Aufgabe der Büroleitung in die Filiale der Beklagten in H. tätig gewesen und habe sich mit der Beratung und Unterstützung der Kunden und Mitarbeiter in allen Angelegenheiten rund um Immobilien, Finanzierung, Wertermittlung, Kunden- bzw. Geschäftsanbahnungen aller Art, Versicherungen, Kauf- und Mietverträge und alle damit in Verbindung stehende Verträge usw. Akquisi-

tion von Kunden und Mitarbeitern befasst. Ihre Aufgabe habe sich auch nach der formunwirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.04.2002 nicht geändert.

Sie habe einen festen Arbeitsplatz im Büro gehabt, dort habe sie auf Anordnung des Inhabers der Beklagten trotz im Übrigen gleitender Arbeitszeit täglich anwesend sein müssen. Sie sei zur Anwesenheit bei Dienstbesprechungen verpflichtet gewesen. Auf diesen habe der Inhaber der Beklagten „Direktiven“ erteilt, an die sie sich habe halten müssen. Den Ort und die Zeit der Dienstbesprechungen habe allein die Beklagte bestimmt. Ferner habe sie für die Beklagte zwei Arbeitnehmer eingestellt und den Arbeitnehmer F. abgemahnt, sie habe Visitenkarten der Beklagten gehabt und sei auf deren Internetseite noch mindestens bis August 2009 abgebildet gewesen. Die Beklagte habe auch das Unternehmerrisiko getragen.

Im Übrigen habe das Arbeitsverhältnis bereits mangels formwirksamer Beendigung über den 30.04.2002 hinaus bestanden. Es habe auch nur ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestanden, also nicht etwa ein Arbeitsvertrag neben der Kooperationsvereinbarung. Dass sie neben ihrer Tätigkeit für die Beklagte noch eine eigene Firma unterhalten habe, stehe der Annahme eines Arbeitsvertrags nicht entgegen.

Die Beklagte hat erwidert, die Klägerin sei als freie Mitarbeiterin tätig gewesen und hierzu vorgetragen:

Der Klägerin habe ein Arbeitsplatz zur Verfügung gestanden, der auch von anderen Arbeitnehmern genutzt worden sei. Eine Anwesenheitspflicht habe nicht bestanden, Ort und Zeitpunkt der Dienstbesprechungen seien jeweils mit der Klägerin abgestimmt worden. Die beiden genannten Arbeitnehmer habe ihr Inhaber, nicht die Klägerin, eingestellt. Die Abmahnung habe die Klägerin auf Bitten des Inhabers erteilt, weil dieser ortsabwesend gewesen sei. Die Klägerin habe auch eigene Visitenkarten gehabt und sei auch nicht als Arbeitnehmerin gekennzeichnet gewesen. Sie habe lediglich eine erfolgsabhängige Vergütung erhalten und hierfür Rechnungen erstellt. Die Rentenversicherung habe nach einer Prüfung des Status der Klägerin zuletzt festgestellt, diese sei keine Arbeitnehmerin gewesen.

Aufgrund des Umstandes, dass die Klägerin seit 2002 wie eine Selbständige agiert habe und dies zu keinem Zeitpunkt beanstandet habe, könne sie sich nicht darauf berufen, dass das Arbeitsverhältnis in der Vergangenheit nicht formwirksam beendet worden sei.

Das Arbeitsgericht hat durch Beschluss vom 07.06.2012 den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht Kiel verwiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, das Recht der Klägerin, sich auf die fehlende Wahrung der Form bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu berufen, sei verwirkt. Tatsachen dafür, dass die Klägerin als Vertriebsleiterin tätig gewesen sei, gebe es nicht. Da diese mit dem Inhaber der Beklagten liiert gewesen sei, dürfte sie als „Frau des Chefs“ angesehen worden sein. Die Klägerin selbst sei vom Fortbestand des Kooperationsvertrags ausgegangen. Wegen der weiteren Begründung des Arbeitsgerichts wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

Gegen diesen am 13.07.2012 zugestellten Beschluss hat die Klägerin am 27.07.2012 Beschwerde eingelegt und im Wesentlichen ihr Vorbringen aus erster Instanz wiederholt und zum Teil auch vertieft.

Das Arbeitsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Landesarbeitsgericht zur Entscheidung vorgelegt. Das Landesarbeitsgericht hat Beweis erhoben gemäß dem Beweisbeschluss vom 11.12.2012. Wegen des Inhalts dieses Beweisbeschlusses und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 11.12.2012 Bezug genommen. Wegen des weiteren Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Akte verwiesen.

B) Die gemäß den §§ 48 Abs. 1 ArbGG, 17 a Abs. 4 S. 3 GVG statthafte, form- und fristgemäß eingelegte und damit zulässige Beschwerde der Klägerin ist nicht begründet. Im Ergebnis zu Recht hat das Arbeitsgericht den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für nicht eröffnet angesehen und den Rechtsstreit an das zuständige Gericht des ordentlichen Rechtswegs verwiesen.

Gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 a ArbGG sind die Gerichte für Arbeitssachen ausschließlich zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis. An den Zuständigkeitsbegründenden Voraussetzungen fehlt es vorliegend. Die Klägerin hat nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen, dass sie Arbeitnehmerin der Beklagten gewesen ist.

I.

Entscheidungsgrundlage für die Bestimmung des zulässigen Rechtswegs ist im vorliegenden Fall allein der bewiesene Tatsachenvortrag der Klägerin zu ihrem Status.

1. Hinsichtlich der Entscheidungsgrundlagen für die Prüfung der Rechtswegzuständigkeit unterscheidet das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung nach Fallgruppen. Kann die vor dem Arbeitsgericht in einer bürgerlich rechtlichen Streitigkeit erhobene Klage nur dann Erfolg haben, wenn der Kläger Arbeitnehmer ist (sog. Sic-Non-Fall), so reicht die bloße Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer, zur Bejahung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit aus. Ist der Kläger kein Arbeitnehmer, so ist die Klage als unbegründet abzuweisen. Kommen dagegen für einen Anspruch sowohl arbeitsrechtliche als auch bürgerlich rechtliche Anspruchsgrundlagen in Betracht (sog. Aut-Aut-Fälle und Et-Et-Fälle), so kann die bloße Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer, die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit nicht begründen (BAG, Beschluss vom 31.08.1998 - 5 AZB 21/98 - Juris, Rn 10). Richtigerweise ist sowohl in den Et-Et als auch in den Aut-Aut-Fällen Beweis zu erheben (BAG vom 30.08.1993 - 2 AZB 6/93 -; LAG Köln vom 01.08.2001 - 11 Ta 130/01 -; Schwab/Weth, ArbGG, 2004, § 2, Rn 218), da nur dies der gesetzlichen Zuständigkeitsverteilung entspricht. Die Arbeitsgerichte sind nur zuständig zur Entscheidung von Klagen von Arbeitnehmern. Ausnahmen von diesem Grundsatz, die in den Sic-non-Fällen aus rein prozessökonomischen Gründen gemacht werden, sind in den anderen beiden Fallgruppen nicht zuzulassen. Insbesondere genügt nicht allein der schlüssige Vortrag des Klägers, er sei Arbeitnehmer, da sonst entgegen der gesetzli-

chen Zuständigkeitsverteilung die Arbeitsgerichte auch über Fälle entscheiden müssten, in denen tatsächlich keine Arbeitnehmereigenschaft vorliegt.

2. Vorliegend liegt ein sogenannter Aut-aut-Fall im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor.

In den Aut-aut-Fällen macht der Kläger einen Anspruch geltend, der entweder auf eine arbeitsrechtliche oder auf eine bürgerlich rechtliche Grundlage gestützt werden kann, die sich aber gegenseitig ausschließen. Typisches Beispiel ist die Klage auf Zahlung einer Vergütung aus einem Rechtsverhältnis, das der Kläger für ein Arbeitsverhältnis, der Beklagte dagegen für ein freies Mitarbeiterverhältnis hält. In beiden Fällen kann der Anspruch begründet sein, aber es kann nur eine Anspruchsgrundlage (Arbeitsverhältnis oder anderes Rechtsverhältnis) eingreifen, und nur bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses haben die Arbeitsgerichte über die Klage zu entscheiden (Schwab/Weth, § 2, Rn 217).

Die Klägerin macht Auskunfts- und Zahlungsansprüche, die nur aufgrund arbeitsvertraglicher oder dienstvertraglicher Grundlage bestehen können, geltend. Das gilt auch für den Antrag zu 5., für den als Anspruchsgrundlage ersichtlich nur § 612 BGB in Betracht kommt. Diese Vorschrift gilt sowohl für Arbeitnehmer als auch für Dienstnehmer (Palandt, 69. Aufl., § 612 BGB, Rn 2).

3. Eine Klärung des Status der Klägerin im Wege der Beweisaufnahme war vorliegend auch nicht deswegen entbehrlich, weil die Klägerin als arbeitnehmerähnlich anzusehen ist und die Arbeitsgerichte deswegen in jedem Fall nach § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG zur Entscheidung über den Rechtsstreit berufen sind.

Arbeitnehmerähnliche Personen sind in der Regel wegen ihrer fehlenden oder gegenüber Arbeitnehmern geringeren Weisungsgebundenheit, oft auch wegen fehlender oder weniger intensiver Eingliederung in eine betriebliche Organisation nicht in dem Maße persönlich abhängig wie Arbeitnehmer. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. wirtschaftlichen Unselbständigkeit. Außerdem muss der wirtschaftlich Abhängige seiner sozialen Stel-

lung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein. Dafür sind die gesamten Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung maßgeblich. Eine entsprechende Schutzbedürftigkeit wird angenommen, wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreicht, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkommt oder die geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar sind (Germelmann, Komm. zum Arbeitsgerichtsgesetz, 7. Aufl., § 5, Rn 34 m. z. Nachw. z. Rechtsprechung).

Die Klägerin hat zu einer bestehenden wirtschaftlichen Abhängigkeit von der Beklagten nichts vorgetragen und selbst keine Tatsachen dargelegt, die darauf schließen lassen, dass sie arbeitnehmerähnlich beschäftigt gewesen sei. Die Klägerin besaß unstreitig ein eigenes Immobilienbüro. Die Aufgaben eines Immobilienmaklers sind nach ihrer sozialen Typik auch nicht zwingend mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar. Sie können ebenso gut im Rahmen einer freien Mitarbeit erledigt werden. Wirtschaftliche Kennzahlen die auf eine arbeitnehmerähnliche wirtschaftliche Abhängigkeit schließen lassen, sind nicht ersichtlich.

II.

Die Klägerin hat nicht nachweisen können, dass sie als Arbeitnehmerin für die Beklagte tätig gewesen ist. Nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme sprechen vielmehr die Gesamtumstände eher gegen eine Tätigkeit als Arbeitnehmerin. Jedenfalls hat die Klägerin nicht zur Überzeugung des Gerichts bewiesen, dass sie Arbeitnehmerin war.

1. Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters 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 Weisungs-

recht 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. 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, Urt. v. 20.01.2010 - 5 AZR 106/09 - Juris, Rn 18).

2. Berücksichtigt man danach zunächst die schriftlich zwischen den Parteien geschlossene „Kooperationsvereinbarung“ vom 15.01.1999 (Bl. 29 - 31 d. A.), so ist ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht begründet worden. Die Kooperationsvereinbarung legt kein Weisungsrecht der Beklagten im Sinne des Direktionsrechts des Arbeitgebers fest, sondern enthält ausschließlich allgemeine Vereinbarungen zur Geschäftsabwicklung, zu Gemeinschaftsgeschäften und zur Provision.

Verhaltenspflichten wie einen Arbeitnehmer treffen den Vertragspartner in der Kooperationsvereinbarung nicht.

3. Auch aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergibt sich nicht, dass die Klägerin Arbeitnehmerin der Beklagten gewesen ist.

Das Ergebnis der Beweisaufnahme und insbesondere die Aussagen der Zeugen belegen nicht in ausreichendem Maße, dass der Inhaber der Beklagten gegenüber der Klägerin ein Weisungsrecht nach Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit sowie nach deren Inhalt und Durchführung ausgeübt hat, wie es einem Arbeitgeber im Rahmen der Ausübung seines Direktionsrechts nach § 106 Abs. 1 GewO zukommt.

a) Die Klägerin unterlag keinem arbeitgeberähnlichen Weisungsrecht hinsichtlich Zeit und Dauer ihrer Tätigkeit.

Allerdings haben alle 3 Zeugen bestätigt, dass für alle Anwesenden, auch die Klägerin, eine Pflicht zur Teilnahme an den regelmäßig einmal in der Woche stattfindenden Dienstbesprechungen bestand. Die Anordnung, an einem bestimmten Wochentag an einer Besprechung teilzunehmen, stellt jedoch noch keinen so gravierenden Eingriff dar, dass sie mit dem Status eines Selbständigen unvereinbar wäre. Selbst bei einer wöchentlichen Anwesenheitspflicht in einer Geschäftsstelle von vier Stunden besteht schon quantitativ keine zeitliche Bindung, die die Arbeitnehmereigenschaft begründen könnte (vgl. LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 16.02.2012 - 11 Sa 534/11 - Juris, Rn 71 m. Nachw. z. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts).

Eine über die Anwesenheit an Dienstbesprechungen hinausgehende durch Weisungen der Beklagten begründete Anwesenheitspflicht der Klägerin haben die Zeugen hingegen nicht bekundet.

So hat der Zeuge B.-D. ausgeführt, er könne nicht sagen, ob die Klägerin jeden Tag in H. anwesend gewesen sei, könne sich das aber vorstellen, da er praktisch auch jeden Tag habe anwesend sein müssen. Die Zeugin P. hat insoweit ausgeführt, es seien alle verpflichtet gewesen da zu sein. Sie erinnerte sich an eine wortwörtliche Anweisung nicht mehr, sondern nur daran, dass das Büro habe besetzt sein müssen. Unstreitig ist ferner, dass Mitarbeiter, die nicht im Büro waren, dies auf einer Anwesenheitstafel festhielten. Der Zeuge F. hat ausgeführt, die Klägerin sei zu bestimmten Zeiten im Büro gewesen, wobei diese Zeiten auch variiert hätten. Die Klägerin selbst hat schließlich in ihrer Befragung angegeben, es sei so gewesen, dass das Büro nie habe unbesetzt sein dürfen. Das deckt sich inhaltlich mit dem, was die Zeugen B.-D. und P. erklärt haben.

Eine Ausübung des Direktionsrechts der Beklagten dahingehend, dass die Klägerin - oder die weiteren Zeugen - angewiesen wurden, zu bestimmten Zeiten im Büro zu sein, belegen diese Aussagen nicht. Der Umstand, dass die Beklagte dafür Sorge trägt, dass ihr Büro während der Öffnungszeiten besetzt zu sein hat, gibt noch nicht einzelnen Mitarbeitern Arbeitszeiten vor. Vielmehr legt es nur einen allgemeinen Rahmen fest, innerhalb der die Anwesenheitszeiten der Mitarbeiter koordiniert wer-

den müssen. Unstreitig gab es in H. auch als Arbeitnehmer beschäftigte Mitarbeiter der Beklagten, denen Arbeitszeiten vorgegeben waren. Der von der Klägerin und den Zeugen B.-D. und P. empfundene Zwang, anwesend zu sein oder - über die Anwesenheitstafel - über ihre Nichtanwesenheit Rechenschaft abzulegen begründet noch keine von der Beklagten ausgehende Festlegung von Arbeitszeiten wie durch einen Arbeitgeber.

Der Zeuge B.-D. hat darüber hinaus ausgeführt, bei der Terminsfestlegung sei er keinen Einschränkungen unterlegen. Die Zeugin P. hat den Vortrag der Beklagten bestätigt, wonach sie etwa wegen der Betreuung ihres Enkels an bestimmten Tagen auch gar nicht im Büro anwesend gewesen sei. Hierzu hat sie sich nicht etwa auf entsprechende Absprachen mit der Beklagten bezogen, sondern erklärt, dann sei sie nicht im Büro gewesen. Auch hat die Zeugin P. angegeben selbständig Urlaub genommen zu haben und konnte sich an irgendwelche Genehmigungen durch den Inhaber der Beklagten nicht erinnern.

b) Auch die Ausübung des Direktionsrechts im Hinblick auf Inhalt und Durchführung der Tätigkeiten der Klägerin durch die Beklagte ist nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen. Die Klägerin hat insoweit auf die in den Dienstbesprechungen ihr und ihren Arbeitskollegen erteilten „Direktiven“ hingewiesen. Tatsächlich haben die Zeugenaussagen entsprechende Direktiven im Sinne einer Direktionsrechtsausübung durch die Beklagte nicht belegen können.

Der Zeuge B.-D. hat ausgeführt, in den Dienstbesprechungen sei regelmäßig erörtert worden, was „wir zu tun haben“, es seien Listen und Umsatzberichte vorgelegt und erörtert worden, was in der Zukunft gemacht werden solle. Auf Nachfrage hat er den Inhalt der Dienstbesprechung als vergleichbar mit Zielgesprächen oder Zielvereinbarungen in einem umsatzorientierten Unternehmen angegeben. Es seien eigene Vorstellungen, Ideen und Planungen entwickelt worden, vorgestellt worden und Vorschläge gemacht worden. Ein Vorschlag sei gemeinsam besprochen und über ihn sei gemeinsam entschieden worden. Das Letztentscheidungsrecht habe der Inhaber der Beklagten gehabt. Die Zeugin P. hat auf Befragen angegeben, in den Dienstbesprechungen sei eine Abfrage nach dem Stand der Tätigkeiten gemacht worden. Die

Frage, ob der Inhaber der Beklagten Anweisungen gegeben habe, wie die Mitarbeiter sich zu verhalten hätten, hat die Zeugin gerade nicht bejaht, sondern vielmehr erklärt, der Inhaber der Beklagten habe mit Rat und Tat zur Seite gestanden. Das ist gerade nicht die Ausübung des Direktionsrechts. Auch auf die Frage des Gerichts ob die Zeugin sich daran erinnern könne, dass ihr anlässlich einer Dienstbesprechung gesagt worden sei, sie solle ein bestimmtes Objekt aufsuchen oder zu einer bestimmten Zeit irgendwo sein, also typische Anweisungen eines Arbeitgebers, die von einem Direktionsrecht gedeckt sind, hat die Zeugin dies gerade nicht bestätigt. Hieran konnte sie sich nicht erinnern.

Das ist dem Gericht generell bei den Aussagen der Zeugen B.-D. und P. aufgefallen. Auf Fragen nach konkreten Einzelfällen, fielen den Zeugen keine konkreten Sachverhalte ein. Geschildert wurde vielmehr ein allgemeiner Eindruck. Dieser ließ sich jedoch bei konkreten Nachfragen nicht verfestigen. So hat der Zeuge B.-D. ausgeführt, er habe tägliche Anweisungen oder Erledigungsaufträge bekommen, was sich auf den ersten Blick wie eine besonders enge Führung eines Arbeitnehmers anhört. Bei Nachfragen stellte sich jedoch heraus, dass diese Aufträge auch delegiert werden konnten an andere Mitarbeiter und dass bei Nichterledigung der Aufträge die Angelegenheit im Gespräch mit dem Inhaber der Beklagten geklärt wurde, ohne dass es jemals zu etwas mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen vergleichbarem gekommen wäre.

c) Dass die Klägerin im Büro der Beklagten in H. nach der Aussage aller Zeugen tatsächlich einen festen Büroarbeitsplatz hatte, führt noch nicht dazu, dass sie zur Arbeitnehmerin der Beklagten wird. Sämtliche Zeugen haben bestätigt, dass die Klägerin, wenn sie anwesend war, immer an einem bestimmten Arbeitsplatz gesessen hat. Dieser Umstand vermag bei einer Gesamtschau die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nicht zu begründen.

d) Soweit die Klägerin ihre Arbeitnehmereigenschaft mit den ihr überlassenen Visitenkarten, dem Internetauftritt der Beklagten oder dem Umstand zu begründen versucht, dass sie kein Unternehmerrisiko getragen hat, sind diese Anhaltspunkte nicht schlüssig, um die fehlende Eigenschaft als freier Mitarbeiter zu belegen. Entschei-

dend ist auch nicht, ob der Klägerin Mitarbeiter unterstellt waren, sie diese eingestellt oder abgemahnt hat, sondern ob sie einem Weisungsrecht der Beklagten unterlag.

III.

Die Klägerin ist auch nicht deswegen als Arbeitnehmerin anzusehen, weil der zwischen den Parteien in der Zeit vom 01.07.2001 bis 30.04.2002 bestehende Arbeitsvertrag nicht formwirksam beendet worden ist. Auf die mangelnde Form der Beendigung kann sich die Klägerin nach Treu und Glauben nicht berufen, § 242 BGB.

Entgegen der Auffassung der Klägerin in der Beschwerdebegründung hat sich die Beklagte bereits in erster Instanz darauf bezogen, dass die Berufung der Klägerin auf die mangelnde Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien treuwidrig ist (S. 5 d. Schriftsatzes vom 19.07.2011, Bl. 44 d. A.).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann die Berufung auf einen Formmangel ausnahmsweise gegen Treu und Glauben verstoßen. Grundsätzlich ist die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form zu beachten. Wenn die Formvorschriften des bürgerlichen Rechts nicht ausgehöhlt werden sollen, kann ein Formmangel nur ausnahmsweise nach § 242 BGB als unbeachtlich angesehen werden. Das kann unter dem Gesichtspunkt des Verbots widersprüchlichen Verhaltens dann der Fall sein, wenn der Erklärungsgegner einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und der Erklärende sich mit der Berufung auf den Formmangel zu eigenem vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzt (BAG, Urt. v. 16.09.2004 - 2 AZR 659/03 -, juris, Rn 18).

Nach diesen Grundsätzen verhält sich die Klägerin, wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat, treuwidrig. Sie kann sich nach mehr als 7 Jahren Fortsetzung des ehemaligen Arbeitsverhältnisses als freies Mitarbeiterverhältnis nunmehr nicht mehr auf die mangelnde Form der Beendigung berufen. Die Klägerin hat sich nicht nur gegen die im April 2002 erteilte Meldebescheinigung zur Sozialversicherung nicht

gewehrt. Aus dieser konnte sie bereits das hinreichend ersehen, was zwischen den Parteien auch nie streitig war, dass nämlich das Arbeitsverhältnis wieder beendet war. Die Klägerin hat dann dieses Rechtsverhältnis über 7 Jahre auf Basis einer selbständigen Tätigkeit fortgeführt und etwa durch das regelmäßige Schreiben von Rechnungen zum Ausdruck gebracht, dass sie dies auch so wolle. Die Klägerin kann auch nicht mit ihrer Argumentation gehört werden, sie sei rechtlich unbedarft gewesen, die rechtliche Natur des die Parteien verbindende Vertrags sei ihr nicht bewusst gewesen. Die Parteien verband bereits ein Arbeitsverhältnis. Sie haben sich einvernehmlich darauf verständigt, dieses in ein Anstellungsverhältnis als freie Mitarbeiterin umzuwandeln. Wenn sie sich nach nunmehr 7 Jahren allein auf die mangelnde Form beruft, um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu begründen, verhält sie sich damit widersprüchlich.

IV.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens, über die im Rechtswegverfahren eine gesonderte Entscheidung zu ergehen hat (Zöller, § 17 b GVG, Rn 4). Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht ersichtlich.

gez. ...