

BUNDEsarbeitsgericht



10 AZR 499/11

3 Sa 579/10
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
29. August 2012

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. August 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht

Schmitz-Scholemann und Reinfelder sowie den ehrenamtlichen Richter Simon und die ehrenamtliche Richterin Fieback für Recht erkannt:

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 20. Mai 2011 - 3 Sa 579/10 - wird zurückgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Klägerin macht die Unwirksamkeit einer nach ihrer Auffassung ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung geltend. Dabei steht die Frage im Vordergrund, ob die Parteien in einem Arbeitsverhältnis standen. 1

Der Beklagte ist eine kirchliche Einrichtung und im Bereich der Stadt C und Umland Träger der Telefonseelsorge. Die Klägerin war für den Beklagten auf der Grundlage von schriftlichen „Beauftragungen“ vom 26. April 2002 und 22. April 2005 seit April 2002 ehrenamtlich als Telefonseelsorgerin im Umfang von zehn Stunden im Monat tätig. Sie erhielt hierfür zuletzt eine monatliche Aufwandsentschädigung in Höhe von 30,00 Euro. 2

Für die Tätigkeit eines ehrenamtlichen Mitarbeiters in der Telefonseelsorge bedarf es einer Ausbildung gemäß der Rahmenordnung für die Aus- und Fortbildung ehrenamtlicher Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Telefonseelsorge und der Offenen Tür. Beim Beklagten gilt eine Dienstordnung. Darin ist ua. Folgendes bestimmt: 3

„3. Dienstumfang

Ziel für jede TS [Telefonseelsorge] ist die Absicherung eines 24-Stunden-Dienstes.

Dies ist kurzfristig in C noch nicht erreichbar. Aber gemeinsam und abgestimmt mit anderen sächsischen TS-Stellen ist eine ununterbrochene Erreichbarkeit der TS gewährleistet.

Um diese Erreichbarkeit abzusichern und auszubauen, ist von jedem Ehrenamtlichen eine Dienstbereitschaft von monatlich ca. 10 Stunden erforderlich, das entspricht zwei bis drei Abenddiensten oder einem Nachtdienst.

Eine regelmäßige Beteiligung der MitarbeiterInnen in diesem Umfang wird erwartet. Eine zeitweise Entlastung vom normalen Dienst ist in Absprache mit dem TS-Leiter möglich.

Zum Dienstumfang zählt weiterhin die Teilnahme an der monatlichen Fallbesprechung in einer Kleingruppe.

4. Verhinderung und Vertretung im TS-Dienst

- 4.1. Können MitarbeiterInnen aus zwingenden Gründen einen geplanten Dienst nicht wahrnehmen, sind sie verpflichtet, selbst eine Vertretung zu organisieren. Ist ihnen das nicht möglich, so sind die hauptamtlichen TS-Mitarbeiter zu informieren und um Unterstützung zu bitten.

...

5. Umgang mit ankommenden Anrufen

- 5.1. Anrufe sind spätestens nach dem 3. Rufzeichen entgegen zu nehmen, um eventuelle Rufweiterleitungen zu vermeiden.
- 5.2. Alle ankommenden Anrufe sind statistisch zu erfassen (Dienstbuch, Statistikblatt, evtl. später PC). Für Aufleger und kurze Scherzanrufe ist kein Statistikblatt auszufüllen, sie sind - wie auch Sperrungen (Call Guard) - durch einen Strich in der entsprechenden Dienstbuchspalte als Anzahl festzuhalten.
- 5.3. Bei jedem Verlassen des Dienstzimmers ist der Hörer des Seelsorge-Telefons neben das Gerät zu legen. Das gilt auch bei Dienstende, wenn (planmäßig) keine Ablösung erfolgt.

6. Erhaltung und Vertiefung der Beratungskompetenz

Zur Erhaltung und Vertiefung der Beratungskompetenz sind die Reflexion über das Beratungsgeschehen und Impulse aus Bildungsveranstaltungen unerlässlich. Deshalb wird folgendes von jedem TS-Mitarbeiter erwartet:

- 6.1. Über jedes Beratungsgespräch sind nach einem vorgegebenen Raster kurze Notizen (auf das Statistikblatt) niederzuschreiben.
- 6.2. Die Teilnahme an der monatlichen Fallbesprechung ist verpflichtend. Dabei sollte jeder wenigstens einmal im Jahr ein Gespräch vorstellen.
Der Leiter der Fallbesprechung (ersatzweise das TS-

Büro) ist vorher zu informieren, wenn ein Gruppenmitglied nicht an einer Fallbesprechung teilnehmen kann.

- 6.3. Einmal jährlich sollte jeder an einer anderen Weiterbildungsveranstaltung teilnehmen, die die Beratungskompetenz fördert. Hierfür können auch Weiterbildungen der Stadtmission C genutzt werden.“

Neben der Dienstordnung hat der Beklagte einen Leitfaden „Stichworte zum TS-Dienst“ herausgegeben. Darin sind ua. Hinweise zum Umgang mit sogenannten Auflegern, Scherz- und Schweigeanrufen sowie Suizidankündigungen enthalten. Für die Erfassung und Dokumentation haben die Mitarbeiter einen vom Beklagten bereitgestellten Vordruck zu verwenden.

4

Der Seelsorgedienst war in einer Wohnung zu leisten, die der Beklagte zu diesem Zweck angemietet hat. Jeweils im Vormonat legte der Beklagte Dienstpläne für den Folgemonat aus, in die sich die ehrenamtlichen Mitarbeiter eintrugen. Dabei bestand die Möglichkeit, sich im Zeitraum von 8:00 bis 24:00 Uhr für Vier-Stunden-Dienste in der Zeit von 8:00 bis 12:00 Uhr, 12:00 bis 16:00 Uhr, 16:00 bis 20:00 Uhr oder 20:00 bis 24:00 Uhr einzutragen oder an Wochenenden für Acht-Stunden-Dienste in der Zeit von 0:00 bis 8:00 Uhr. Für die zeitliche Lage der Supervision durften die Mitarbeiter Vorschläge unterbreiten. Da eine Vielzahl von Mitarbeitern an der Supervision teilnahm, wurde der Termin letztlich vom jeweiligen Supervisor bestimmt.

5

Leiter der Telefonseelsorge war der hauptamtlich tätige Mitarbeiter Herr D, der bei kurzfristigen Ausfällen oder schwer zu besetzenden Dienstzeiten auch den Dienst am Telefon versah.

6

Am 22. Januar 2010 entband Herr D die Klägerin mündlich von ihrem Dienst. Nach Abgabe der Schlüssel musste die Klägerin die Räumlichkeiten der Telefonseelsorge umgehend verlassen. Gründe hierfür hat der Beklagte nicht mitgeteilt.

7

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, zwischen den Parteien habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. Sie habe ihre vertraglichen Leistungen in persönlicher Abhängigkeit zum Beklagten erbracht. Auf die Frage der wirtschaftlichen

8

Abhängigkeit komme es für ein Arbeitsverhältnis nicht an. Die Entbindung vom Dienst im Januar 2010 sei als fristlose Kündigung anzusehen und bereits mangels Schriftform unwirksam. Des Weiteren lägen auch keine Kündigungsgründe vor.

Die Klägerin hat beantragt

9

1. festzustellen, dass die Kündigung des Beklagten vom 22. Januar 2010 das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst hat,
2. den Beklagten zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens als Telefonseelsorgerin auf Basis von zehn Stunden pro Monat unentgeltlich weiterzubeschäftigen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Klägerin sei als ehrenamtliche Mitarbeiterin keine Arbeitnehmerin gewesen, da sie sowohl ihre Tätigkeit als auch ihre Arbeitszeit im Wesentlichen habe frei gestalten können.

10

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

11

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen.

12

I. Die Klage ist unbegründet. Die Klägerin stand nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Beklagten.

13

1. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (*BAG 14. März 2007 - 5 AZR 499/06 - Rn. 13 mwN, AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 10*).

14

- a) 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; BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 - zu I der Gründe mwN, BAGE 115, 1). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an. 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 15. Februar 2012 - 10 AZR 301/10 - Rn. 13, NZA 2012, 731; 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rn. 19 mwN, AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 16 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 15). 15
- b) Mit dem Arbeitsverhältnis ist typischerweise die Vereinbarung oder jedenfalls die berechtigte Erwartung einer angemessenen Gegenleistung für die versprochenen Dienste verbunden, wie aus §§ 611, 612 BGB hervorgeht (vgl. HWK/Thüsing 5. Aufl. BGB vor § 611 Rn. 10, § 612 Rn. 8; ErfK/Preis 12. Aufl. § 611 BGB Rn. 20 f.; BAG 11. Dezember 2003 - 2 AZR 667/02 - zu B III 2 c der Gründe, BAGE 109, 87). Wesen des Arbeitsverhältnisses ist der Austausch von Arbeit und Lohn. Der dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrag ist ein gegenseitiger Vertrag (§ 611 BGB). Ob eine berechtigte Vergütungserwartung besteht, richtet sich nach der Art der Arbeit und nach den Umständen, unter denen sie geleistet wird (§ 612 Abs. 1 BGB). Auch wenn die Erwerbsabsicht keine notwendige Bedingung für die Arbeitnehmereigenschaft ist, spricht ihr Fehlen doch im Rahmen einer Gesamtwürdigung gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses. Denn typischerweise verfolgt ein Arbeitnehmer das Ziel, für seine Arbeit ein Entgelt zu erhalten. Dass neben diesem materiellen Interes- 16

se oftmals auch immaterielle Interessen eine Rolle spielen, schließt nicht aus, die Erwerbsabsicht als wesentliches Merkmal zur Abgrenzung von Tätigkeiten heranzuziehen, die vorwiegend auf ideellen Beweggründen beruhen (*BAG 26. September 2002 - 5 AZB 19/01 - zu B II 4 a der Gründe, BAGE 103, 20; vgl. auch 28. Juli 1999 - 4 AZR 192/98 - zu 1 a aa der Gründe, BAGE 92, 140*). Es ist gerade die durch die Entgeltlichkeit vermittelte Funktion der Sicherung wirtschaftlicher Existenz des Arbeitnehmers, die Gegenstand des grundrechtlichen Schutzes nach Art. 12 Abs. 1 GG ist (*BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - zu B I 3 b aa der Gründe, BVerfGE 97, 169*).

c) Dienste können auch im Rahmen eines Auftrags verrichtet werden. 17
Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen (§ 662 BGB). Der Auftrag hat mit dem Arbeitsverhältnis gemein, dass der Beauftragte im Zweifel in Person zu leisten hat (§ 664 BGB) und Weisungen des Auftraggebers unterliegt (§ 665 BGB). Allerdings bezieht sich das Weisungsrecht des Auftraggebers, anders als das Direktionsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO, regelmäßig auf einen bestimmten Auftrag und ist in seinen Rechtswirkungen auch deshalb begrenzt, weil die Tätigkeit des Beauftragten nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zu einer für sie zu zahlenden Vergütung steht. Das Auftragsverhältnis unterscheidet sich vom Arbeitsverhältnis durch die Unentgeltlichkeit der zu erbringenden Dienste (*vgl. HWK/Thüsing BGB vor § 611 Rn. 10; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 20 f.; MünchKommBGB/Seiler 5. Aufl. BGB § 662 Rn. 25, der allerdings die Tauglichkeit der Entgeltlichkeit als Abgrenzungsmerkmal bezweifelt; ebenso MÜKoBGB/Müller-Glöge 6. Aufl. BGB § 611 Rn. 34*) und durch die jederzeit für beide Seiten bestehende Möglichkeit grundloser Beendigung (§ 671 BGB). Jedenfalls zeigt § 662 BGB, dass dem Gesetz die unentgeltliche Leistung von Diensten nicht schon um ihrer Unentgeltlichkeit willen fremd ist. Außerdem weisen einige gesetzliche Vorschriften darauf hin, dass weisungsgebundene Tätigkeiten, die Gegenstand eines Arbeitsvertrags sein können, auch ehrenamtlich ausgeübt werden können (*vgl. zB § 11 Abs. 1 BWahlG*). Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, dass Dienste in persönlicher Abhängigkeit ausschließlich aufgrund eines Arbeitsverhältnisses

erbracht werden können (*BAG 6. Juli 1995 - 5 AZB 9/93 - zu B I 2 b der Gründe, BAGE 80, 256*).

d) Indes darf - wie die Begründung vereinsrechtlicher Arbeitspflichten (*BAG 6. Juli 1995 - 5 AZB 9/93 - zu B I 2 b der Gründe, BAGE 80, 256*) - auch die Beauftragung zu ehrenamtlicher Tätigkeit nicht zur Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen führen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann ein Rechtsgeschäft gegen §§ 134, 138 BGB verstoßen, wenn es sich als Umgehung zwingender Rechtsnormen darstellt (*BAG 26. September 2002 - 5 AZB 19/01 - zu B II 1 der Gründe, BAGE 103, 20*). 18

2. Gemessen an diesen Grundsätzen ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, dass die Klägerin nicht Arbeitnehmerin des Beklagten war, nicht zu beanstanden. 19

a) Die Klägerin unterlag keinem arbeitsrechtlichen Direktionsrecht. Der Beklagte ordnete den Einsatz der Klägerin nicht an. Das auftragsrechtliche Weisungsrecht hätte solche Anordnungen auch nicht gedeckt. Die Klägerin erhielt vom Beklagten keine Weisung, zu bestimmten Zeiten Telefondienst zu leisten. Sie war auch frei zu entscheiden, ob sie sich überhaupt in die Dienstpläne eintragen wollte. Allerdings wurde von ihr erwartet, dass sie im Monat zehn Stunden zum Telefondienst bereit stand. Ferner war sie an Weisungen des Beklagten gebunden, was die inhaltliche Gestaltung ihrer Beratungsaufgabe betrifft. Sie hatte die Dienstordnung für die Telefonseelsorge zu beachten, nach ins Einzelne gehender Vorschrift Gesprächsvermerke anhand eines Formblatts zu erstellen und die in den „Stichworten zum TS-Dienst“ enthaltenen Vorgaben zu beachten. Diese Umstände waren aber im Streitfall nicht Ausdruck eines von dem Beklagten in Anspruch genommenen arbeitsvertraglichen Direktionsrechts, sondern hielten sich in den für den Auftrag typischen, auf die Erledigung des jeweiligen Auftrags bezogenen Grenzen des Weisungsrechts nach § 665 BGB. Den Inhalt ihrer Telefongespräche hatte allein die Klägerin zu verantworten. 20

- b) Jedenfalls spricht entscheidend gegen die Arbeitnehmereigenschaft der Klägerin, dass sie die Tätigkeit unentgeltlich und ohne Vergütungserwartung als ehrenamtliche karitative Arbeit leistete. Den karitativen und unentgeltlichen Charakter ihrer Tätigkeit zieht die Klägerin selbst nicht in Zweifel. Ihre Tätigkeit hat sie nicht in der Erwartung einer Gegenleistung erbracht. Sie beansprucht auch mit der Klage keine Vergütung für das von ihr entfaltete seelsorgerische Wirken. Dieses sollte nicht, auch nicht teilweise, der Sicherung oder Verbesserung ihrer wirtschaftlichen Existenz dienen. Das Anliegen der Klägerin galt dem freiwilligen und unentgeltlichen Einsatz für die Sorgen und Nöte der rat- und trostbedürftigen Anrufer. Es war Ausdruck einer religiös begründeten inneren Haltung gegenüber dem Gemeinwohl und gegenüber ihren Mitmenschen. Diesem unentgeltlichen und ehrenamtlichen Charakter entsprach es, dass die Parteien in der Vereinbarung über die „Beauftragung“ der Klägerin die Beendigung ihrer Zusammenarbeit entsprechend den Vorschriften des Auftragsrechts geregelt haben, wonach es keiner Kündigung bedarf. Außerdem war jederzeitiger Widerruf möglich. Auch für die Kündigung der Klägerin war keine Frist vorgeschrieben, vielmehr wurde ihr - entsprechend § 671 Abs. 2 BGB - lediglich empfohlen, ihren Wunsch „wenigstens drei Monate vorher“ mitzuteilen. Unter diesen Umständen wäre die Erwartung einer Vergütung für die Tätigkeit auch nicht berechtigt gewesen. 21
- c) Anhaltspunkte für eine Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Vorschriften sind nicht erkennbar. Dass Tätigkeiten der vorliegenden karitativen und seelsorgerischen Art ohne Entgelt geleistet werden können, zeigt die vielfältige Anerkennung dieser Beschäftigungsformen durch den Gesetzgeber. So gelten etwa nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient, sondern vorwiegend durch Beweggründe karitativer oder religiöser Art bestimmt ist, nicht als Arbeitnehmer. 22
3. Über die Frage, welchen rechtlichen Begrenzungen die Beendigung eines Auftrags nach § 671 BGB unterliegt und ob der Beklagte seinen eigenen Ansprüchen an den Umgang mit ehrenamtlichen Mitarbeitern gerecht geworden ist, hatte der Senat nicht zu entscheiden. 23

II. Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen der Klägerin nach § 97 24
Abs. 1 ZPO zur Last.

Mikosch

W. Reinfelder

Schmitz-Scholemann

Simon

Fieback