

2 SHa 5/02

4 Ca 466/01 C

(Bamberg)

**Das Landesarbeitsgericht Nürnberg**

- Kammer 2 -

erlässt in dem Rechtsstreit

**A...**

- Klägerin u. Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:

**g e g e n**

**B...**

- Beklagte u. Antragsgegnerin -

Prozessbevollmächtigte:

**wegen** Kündigung

durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht **W e r n e r** ohne mündliche Verhandlung folgenden

**B e s c h l u s s :**

Das Prozesskostenhilfegesuch der Klägerin vom 23.07.2002 wird zurückgewiesen.

## Gründe:

### I.

Die Klägerin beabsichtigt die Einlegung der Berufung gegen ein am 17.01.2002 verkündetes Endurteil des Arbeitsgerichts Bayreuth - Kammer Coburg -, Az.: 4 Ca 466/01 C, das aufgrund mündlicher Verhandlung vom 15.01.2002 erging.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts Bamberg - Kammer Coburg - wurde beiden Parteien am 25.06.2002 zugestellt. In der Rechtsmittelbelehrung war u.a. angegeben, dass die Berufung innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung eingelegt werden kann und die Berufung innerhalb eines Monats nach Einlegung zu begründen ist.

Mit Schriftsatz vom 23.07.2002, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg eingegangen am 25.07.2002, beantragte die Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Gewährung von Prozesskostenhilfe und kündigte an, dass nach der Entscheidung über den Prozesskostenhilfeantrag gegen das bezeichnete Urteil das Rechtsmittel der Berufung eingelegt werde.

Die Beklagte, der Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt wurde, hat ausgeführt, die Klägerin habe die Frist zur Berufungseinlegung versäumt. Da das Urteil am 17.01.2002 verkündet worden sei, habe die Frist zur Einlegung der Berufung am 17.07.2002 geendet.

Die Klägerin hat mit weiterem Schriftsatz vom 21.08.2002 vorsorglich beantragt, ihr gegen die Versäumung der Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. "Trotz der bestehenden Büroanweisung in Ziffer 4. (BGH, NJW 1989, 1157), die Frist des § 66 Abs. 1 ArbGG bei Erhalt des Protokolls einzutragen", sei die Eintragung durch das langjährig geschulte und zuverlässige Hilfspersonal nicht vorgenommen und der Fristablauf auch nicht in der Akte vermerkt worden. Dieser Fehler sei der Antragstellerin nicht zuzurechnen. Die Wiedereinsetzung werde höchstvorsorglich beantragt. Nach § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG n.F. betrage die Frist für die Einlegung der Berufung unverändert einen Monat, die Neuregelung betreffe lediglich den Fristbeginn für die Berufungsbegründung. § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG finde nach wie vor Anwendung. Mit Ablauf der Fünfmonatsfrist beginne im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht die Berufungseinlegungsfrist, sondern wegen Fehlens der vorgeschriebenen Rechtsmittelbelehrung die Jahresfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG, der durch die Regelung des § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG n.F. nicht ausgehebelt werde. Aus der Kommentierung zu Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, 4. Auflage 2002, § 66 Rdnr. 15 ergebe sich, dass mit der Neufassung von § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG der Lauf der Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist spätestens beginne mit Ablauf von fünf Monaten ab der Verkündung der Entscheidung, allerdings nur dann, wenn bis zum diesem Zeitpunkt keine Zustellung des Urteils in vollständiger Form erfolgt sei. Der Beginn der Begründungsfrist sei unabhängig von der Einlegung des Rechtsmittels (a.a.O., Rdnr. 15 a). Im Übrigen wiesen die zitierten Autoren darauf hin, dass dem Gesetzgeber bekannt gewesen sei, dass bei Verkündung einer Entscheidung noch keine Rechtsmittelbelehrung erfolge. Der Gesetzgeber habe eine Unklarheit geschaffen, die unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien nicht

gelöst werden könne. Die Begrenzung auf einen Fünfmonatszeitraum solle sich nur auf die Fälle der nicht rechtzeitigen Zustellung des Urteils beziehen.

## II.

Die beantragte Prozesskostenhilfe war zu versagen, da die beabsichtigte Berufungseinlegung keine hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne des § 114 Abs. 1 ZPO hat.

### **A. Zur Rechtzeitigkeit des Prozesskostenhilfe-Antrags der Klägerin**

#### 1.

Wenn Prozesskostenhilfe für ein beabsichtigtes Rechtsmittel beantragt wird, ohne dass zugleich die Einlegung des Rechtsmittels erfolgt, so muss der Antragsteller sein Gesuch innerhalb der Rechtsmittelfrist einreichen (vgl. Zöller/Philippi, ZPO, 23. Aufl., § 119 Rdziff. 53 m.w.N.). Das Prozesskostenhilfegesuch muss also spätestens am letzten Tag der Frist zur Einlegung des Rechtsmittels gestellt werden (vgl. Musielak-Fischer, ZPO, 3. Aufl., § 117 Rdziff. 10 m.w.N.). Im Streitfall ist somit erheblich, ob die Klägerin, wie sie meint, ihr Prozesskostenhilfegesuch rechtzeitig, d.h. innerhalb der Frist für die Einlegung der Berufung gestellt hat.

#### 2.

Für das beabsichtigte Berufungsverfahren ist die neue Fassung des § 66 Abs. 1 ArbGG maßgeblich, da das Urteil aufgrund einer mündlichen Verhandlung im Jahr 2002 erging (§ 26 Ziff. 10 EGZPO).

#### 3.

Da das am 17.01.2002 verkündete Endurteil am 25.06.2002 den Parteien zugestellt wurde und damit nicht innerhalb von fünf Monaten seit der Verkündung, ist die Frist des § 66 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz ArbGG am 17.07.2002 abgelaufen. Der am 25.07.2002 beim Landesarbeitsgericht eingegangene Prozesskostenhilfeantrag ist nur dann nicht verspätet, wenn die Vorschrift des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG weiterhin anwendbar ist, wonach bei unterbliebener oder unrichtiger Rechtsmittelbelehrung das Rechtsmittel noch innerhalb eines Jahres eingelegt werden kann.

#### 4.

Ob die bisherige Rechtsprechung des BAG, wonach in Fällen einer Urteilszustellung nach Ablauf von fünf Monaten die Zwölfmonatsfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG hinzutrat und somit bis zum Ablauf von 17 Monaten Berufung eingelegt werden konnte (vgl. BAG vom 23.11.1994, AP Nr. 12 zu § 9 ArbGG, 1979) weiter einschlägig ist, ist nach Inkrafttreten der Reform des Zivilprozesses und der damit verbundenen Änderung des § 66 ArbGG umstritten. Schmidt/Schwab/Wildschütz (NZA 2002, S. 1217 f)

vertreten die Auffassung, dass die bisherige Rechtsprechung des BAG zur Siebzehnmonatsfrist nicht mehr aufrechterhalten werden könne und stellen dies hinsichtlich des Fristbeginns für die Berufungsbegründung dar. Sie kommen zu dem Ergebnis, dass die zweimonatige Begründungsfrist spätestens zu laufen beginnt mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. Dagegen vertreten Holthaus/Koch (RdA 2002, S. 150, 151) die Auffassung, dass bei nicht abgesetzten Urteilen der Arbeitsgerichte die Berufungsfrist weiterhin bis zu 17 Monaten betragen könne.

a)

Nach der alten Fassung des § 66 Abs. 1 ArbGG begannen die Berufungsfrist und die Frist für die Berufungsbegründung nicht gleichzeitig, vielmehr begann die Berufungsbegründungsfrist mit der Einlegung der Berufung. Nach der Neufassung des § 66 Abs. 1 ArbGG beginnen beide Fristen gleichzeitig mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. Germelmann betrachtet es als zweifelhaft, ob im Hinblick auf die Bindung der Berufungsbegründungsfrist an den Zeitpunkt der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils die bisherige Auffassung noch aufrechterhalten werden könne, wonach nach Ablauf der Fünfmonatsfrist des § 516 ZPO a.F. unmittelbar die Jahresfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG einsetzte (Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 4. Aufl., § 66 Rdziff. 15 a). Sowohl Germelmann als auch Holthaus/Koch weisen darauf hin, dass der Gesetzgeber durch die fehlende Anpassung des § 9 Abs. 5 ArbGG an die neue Regelung der Rechtsmittelfristen eine Unklarheit geschaffen habe, die unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien nicht gelöst werden könne. Holthaus/Koch führen an, dass im Gesetzgebungsverfahren von Länderseite unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BAG ausdrücklich eine Gesetzeskorrektur bezüglich des Verhältnisses der Rechtsmittelfrist des § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG n.F. zur Vorschrift des § 9 Abs. 5 ArbGG angeregt worden sei, diese Hinweise aber nicht aufgegriffen worden seien.

Holthaus/Koch kommen zu dem Ergebnis, dass die in § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG n.F. enthaltene Regelung ausschließlich den Fristbeginn der Berufungs- und Berufungsbegründungsfrist bei zugestellten Entscheidungen der Arbeitsgerichte betreffe. Sie folgern dies daraus, dass bei Zustellung eines Urteils ohne Rechtsmittelbelehrung unzweifelhaft die Zwölfmonatsfrist gelte und jedes andere Ergebnis widersprüchlich wäre, weil sonst die Berufungsfrist bei nicht zugestellten Urteilen kürzer wäre als bei zugestellten Urteilen ohne bzw. mit unrichtiger Rechtsmittelbelehrung. Auch bestimme der Ablauf der Fünfmonatsfrist nur den Zeitpunkt des Fristbeginns, sage aber nichts über die Länge der Frist aus, die beginne. Die von Holthaus/Koch vorangestellte These, dass bei Zustellung eines Urteils ohne Rechtsmittelbelehrung unzweifelhaft die Zwölfmonatsfrist gelte, stellt eine Prämisse dar, die gerade den Kern des Rechtsproblems bildet und kann damit nicht als Lösungsansatz dienen.

b)

Zutreffend ist, dass die Regelung des § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG n.F. und die Vorschrift des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG sich widersprechen und nach Wortlaut und Inhalt unvereinbar erscheinen. Dabei stellt sich die Frage des Verhältnisses der Vorschrift des § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG n.F. zu § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG unterschiedlich, je nachdem, ob eine falsche oder keine Rechtsmittelbelehrung im Fall der Zustellung

des Urteils vor Ablauf der Fünfmonatsfrist erfolgte oder nach Ablauf der Fünfmonatsfrist und schließlich danach, was gilt, wenn keine Urteilszustellung erfolgte innerhalb des bisher von der Rechtsprechung des BAG angenommenen Siebzehnmonatszeitraums (vgl. z.B. BAG vom 23.11.1994 - 4 AZR 743/93 = AP Nr. 12 zu § 9 ArbGG 1979 sowie BAG vom 08.06.2000 - 2 AZR 584/99 = AP Nr. 21 zu § 66 ArbGG 1979), ferner bei Zustellung des Urteils zwischen fünf und sechs Monaten. Wenn Holthaus/Koch für die Anfechtbarkeit eines arbeitsgerichtlichen Urteils zwangsläufig eine Zeitspanne von 17 Monaten annehmen, weil sonst die Berufungsfrist bei nicht zugestellten Urteilen kürzer wäre als bei zugestellten Urteilen ohne bzw. unrichtiger Rechtsmittelbelehrung, so legen sie bei dieser Argumentation die Annahme zugrunde, dass in den angesprochenen unterschiedlichen Fallgestaltungen eine differenzierte Lösung nicht in Betracht kommt. Die von Holthaus/Koch angesprochenen unterschiedlichen Fallgestaltungen weisen zwar die Gemeinsamkeit auf, dass sie im Spannungsverhältnis zur neuen Vorschrift des § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG zum unveränderten § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG stehen, jedoch erscheint es zweifelhaft, ob die Fälle einer falschen Rechtsmittelbelehrung im Hinblick auf den Vertrauensschutz, der durch eine gerichtliche Rechtsmittelbelehrung entsteht, ebenso behandelt werden können, wie die Fälle einer unterbliebenen Rechtsmittelbelehrung oder einer Urteilszustellung erst nach Ablauf von fünf Monaten. Mit dem Vertrauensschutz, der durch eine unzutreffende Rechtsmittelbelehrung entsteht, hat sich das BAG in der zitierten Entscheidung vom 23.11.1994 näher auseinander gesetzt. Es hat in einem Fall, in dem die Zustellung eines Berufungsurteils nach 16 Monaten und 21 Tagen erfolgte, festgestellt, dass die Rechtsmittelbelehrung wegen der angegebenen Frist von einem Monat für die Revisionseinlegung zwar fehlerhaft gewesen sei, jedoch die Partei sich auf die unrichtige Belehrung habe verlassen können und die innerhalb eines Monats ab Zustellung des Berufungsurteils eingelegte Revision zulässig sei, obwohl der Siebzehnmonatszeitraum damit überschritten wurde. Das BAG hat ausgeführt, dass das Vertrauen auf eine längere Rechtsmittelfrist gerade vom Gericht hervorgerufen worden sei und dadurch einen besonderen Schutz genieße. Der Vertrauensschutz gelte unabhängig davon, ob sich die Belehrung an eine rechtskundige Person, insbesondere Rechtsanwalt, richte oder nicht. Im Fall der zweimaligen Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist stellt das BAG auf einen Vertrauensschutz auch dann nicht ab, wenn die zweimalige Verlängerung der Begründungsfrist insgesamt die an sich zulässige Dauer der Fristverlängerung von einem Monat nicht überschreitet (vgl. BAG vom 06.12.1994, Az. 1 ABR 34/94 = AP Nr. 7 zu § 66 ArbGG 1979 unter B I der Gründe). Sofern man hierin einen Wertungswiderspruch sehen wollte, so käme eine Auflösung dieses Wertungswiderspruchs nicht nur in der Richtung in Betracht, dass im Fall der fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung der Vertrauensschutz nicht mehr zu gewähren wäre, vielmehr käme auch in Betracht, den Vertrauensschutz auch bei einer zweiten Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist zu gewähren.

Im Übrigen besteht hinsichtlich der Rechtsqualität ein Unterschied zwischen der Jahresfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG und der Frist für die Berufungseinlegung sowie der Frist für die Berufungsbegründung gemäß § 66 ArbGG. Die Berufungsfrist ist eine Notfrist, auch wenn sich nach der Neufassung dies nicht mehr durch eine direkte Anwendbarkeit des § 517 ZPO ergibt. Der Gesetzgeber hat insoweit keine Abweichung vom zivilprozessualen Verfahren beabsichtigt, weshalb beim Fehlen einer entsprechenden Regelung in § 66 Abs. 1 ArbGG eine unabsichtliche Auslassung anzunehmen ist (vgl. Germelmann in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge, ArbGG, 4. Aufl., § 66 Rz. 5). Die Berufungsbegründungsfrist ist zwar keine Notfrist (vgl. Germelmann, a.a.O., Rz. 16), jedoch behandelt das Gesetz in § 233 ZPO die Berufungsbegründungsfrist insoweit wie eine Notfrist, als auch bei Versäumung der Frist zur Berufungsbegründung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ebenso mög-

lich ist wie bei Versäumung einer Notfrist. Die Jahresfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG ist hingegen keine Notfrist und gegen ihre Versäumung kann auch keine Wiedereinsetzung gemäß § 233 ZPO erfolgen. Das BAG hat dementsprechend im Fall einer Urteilszustellung kurz vor Ablauf der Siebzehnmonatsfrist und der Rechtsmittelbelehrung mit der üblichen Einmonatsfrist entschieden, dass die Revisionsfrist nicht vor dem angegebenen Zeitpunkt - ein Monat nach Zustellung des Urteils - abläuft und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 233 ZPO wegen Versäumung der Revisionsfrist nicht geprüft. Da die Frist zur Einlegung der Berufung gemäß § 66 Abs. 1 Satz 1 ArbGG als Notfrist zu betrachten ist (vgl. Germelmann, a.a.O.), ist bei unverschuldeter Versäumung dieser Frist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, die bei aktenkundigen und die Wiedereinsetzung rechtfertigenden Tatsachen auch von Amts wegen erfolgen kann (vgl. Thomas-Putzo, ZPO, 23. Aufl., § 236 Rz. 9 m.w.N.).

5.

Mit Schmidt/Schwab/Wildschütz, a.a.O., und Germelmann, a.a.O., ist davon auszugehen, dass die Jahresfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG für das Berufungsverfahren nicht mehr anwendbar ist. Der Gesetzgeber kannte sowohl die Rechtsprechung des BAG zur früheren Rechtslage als auch den Widerspruch der Neufassung des Gesetzes zu der Vorschrift des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG, wie sich aus der Anregung der Länder im Gesetzgebungsverfahren mit dem Ziel einer Gesetzeskorrektur ergibt. Bei dieser Normenkollision zwischen einem älteren und einem jüngeren Gesetz ist ein objektivierter Wille des Gesetzgebers zugrunde zu legen und anzunehmen, dass das später erlassene Gesetz dem älteren vorgeht (*lex posterior derogat legi priori*). Dies entspricht auch dem beabsichtigten Zweck, die Zahl der Wiedereinsetzungsgesuche durch eine klare Fristenregelung zurückzudrängen, worauf Germelmann, a.a.O., verweist, der hierzu ausführt, der Gesetzgeber habe die Neufassung des § 66 Abs. 1 Satz 2 ArbGG der Neuregelung in § 520 Abs. 2 ZPO nachgebildet, weshalb auch auf deren Motive zurückgegriffen werden könne. Zutreffend ist auch der Hinweis von Germelmann, a.a.O., dass der Vorschrift des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG weiterhin ein Anwendungsbereich verbleibt, nämlich für die sonstigen - Ausnahme Revisionsfrist § 74 Abs. 1 ArbGG - Entscheidungen, die mit einem befristeten Rechtsmittel angegriffen werden können (vgl. nunmehr Beschluss des BAG vom 26.09.2002, 5 AZB 15/02, wonach die Beschwerdefrist gemäß § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG ein Jahr seit Zustellung der Entscheidung beträgt, wenn die Rechtsmittelbelehrung nicht der geänderten Rechtslage, d.h. den Anforderungen des § 575 Abs. 1 und 2 ZPO entspricht).

6.

Im Streitfall war die Rechtsmittelbelehrung des Arbeitsgerichts unzutreffend. Die Zustellung des Urteils erfolgte nach Ablauf der Fünfmonatsfrist, aber noch vor Ablauf der sich daran anschließenden Einmonatsfrist. Für diese Fallgestaltung hat das BAG unter Hinweis auf die Rechtslage im Zivilprozess bereits in der Entscheidung vom 23.11.1994 (a.a.O.) festgestellt, dass dort die Zustellung eines vollständigen Urteils nach fünf Monaten, aber noch vor Ablauf der einmonatigen Revisionsfrist nicht zu einer Verlängerung der insgesamt sechs Monate betragenden Frist führe. Im angezogenen Fall erfolgte die Zustellung des LAG-Urteils kurz vor Ablauf der Siebzehnmonatsfrist, so dass die Rechtsmittelbelehrung hätte lauten müssen, dass die Revi-

sion innerhalb von 17 Monaten seit Verkündung bzw. bis zum 24.09.1993 (Ablauf der Siebzehnmonatsfrist) einzulegen ist (Urteil vom 23.11.1994, a.a.O., unter A II der Gründe). Entsprechend hätte im Streitfall die Rechtsmittelbelehrung des Arbeitsgerichts lauten müssen, dass die Berufung innerhalb von sechs Monaten seit Verkündung des Urteils bzw. bis zum 17.07.2002 einzulegen ist. Mit der angezogenen BAG-Entscheidung ist allerdings zu berücksichtigen, dass wegen des aufgrund der falschen Rechtsmittelbelehrung zu gewährenden Vertrauensschutzes die Einlegung der Berufung noch bis zum Ablauf der angegebenen Frist, nämlich bis zum 25.07.2002 möglich war, wobei entscheidend ist, dass die Zustellung und die falsche Rechtsmittelbelehrung innerhalb der Sechsmonatsfrist erfolgte. Andernfalls wäre Rechtskraft eingetreten und hätte durch eine falsche Belehrung eine bereits abgelaufene Rechtsmittelfrist nicht erneut zu laufen begonnen (vgl. BAG vom 06.08.1997, 2 AZB 17/97 = AP Nr. 8 zu § 516 ZPO). Nach der Auffassung von Holthaus/Koch käme es nicht auf einen Vertrauensschutz der Klägerin an, da nach deren Auffassung sich die Zwölfmonatsfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG angeschlossen hätte.

Nach alledem war der Prozesskostenhilfe-Antrag der Klägerin wirksam gestellt, da er innerhalb des Zeitraums gestellt wurde, in dem noch die Berufungseinlegung möglich war, wobei über die hier vorsorglich beantragte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht im Prozesskostenhilfe-Verfahren, sondern im beabsichtigten Berufungsverfahren zu entscheiden ist.

## **B. Zur Erfolgsaussicht der beabsichtigten Berufung**

Die beabsichtigte Berufung der Klägerin hat keine hinreichende Erfolgsaussicht im Sinn des § 114 ZPO.

1.

Die Klägerin hat ausgeführt, dass sie wie schon in der 1. Instanz beantragen will, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 24.01.2001 zum 30.06.2001 nicht beendet worden sei sowie festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Kündigungen oder Beendigungstatbestände ende, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 30.06.2001 fortbestehe und schließlich die Beklagte zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen. Mit diesen Anträgen soll Streitgegenstand nicht nur die Frage sein, ob das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien durch die von der Beklagten erklärte Kündigung beendet worden ist, vielmehr soll Streitgegenstand auch sein, ob das Vertragsverhältnis ein Arbeitsverhältnis ist. Damit setzt die beantragte Feststellung voraus, dass im Zeitpunkt der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand, andernfalls ist der Antrag schon deshalb unbegründet (BAG vom 19.12.2000, 5 AZB 16/00 = AP Nr. 2 zu § 2 ArbGG 1979 "Zuständigkeitsprüfung" unter Hinweis auf BAG AP Nr. 10 zu § 35 GmbHG).

2.

Das Arbeitsgericht hat zutreffend festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis nicht bestand.

Arbeitnehmer ist insbesondere der Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. BAG vom 26.05.1999, 5 AZR 469/98 = AP Nr. 104 zu § 611 BGB "Abhängigkeit" unter Hinweis auf § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB). Das BAG weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart und der Organisation der zu leistenden Tätigkeit abhängt, wobei manche Tätigkeiten sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines anderen Rechtsverhältnisses erbracht werden können, andere regelmäßig nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Dabei kommt es auf eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles an. Handelt es sich bei der ausgeübten Tätigkeit um eine Tätigkeit, die ganz überwiegend außerhalb des Betriebs ausgeübt wird, kommt es für die Abgrenzung von vorneherein nicht auf eine Eingliederung gerade in den Betrieb an (BAG, a.a.O., unter III der Gründe unter Hinweis auf BAG vom 17.05.1978 = AP Nr. 28 zu § 611 BGB "Abhängigkeit").

3.

Hinsichtlich des erforderlichen Vortrags des zur Dienstleistung Verpflichteten, der in einer Statusklage die Arbeitnehmereigenschaft für sich reklamiert, ergeben sich nach der Rechtsprechung des BAG eine Reihe von bestimmten Anforderungen:

a)

Darlegungs- und beweisbelastet für die tatsächlichen Behauptungen, auf die die Arbeitnehmereigenschaft gestützt wird, ist der Dienstnehmer (BAG vom 05.12.1999, 5 AZR 169/99 = AP Nr. 12 zu § 84 HGB zu B II 2 a, bb der Gründe).

b)

Hinsichtlich vorgetragener Weisungen des Dienstberechtigten ist zu differenzieren, ob die Weisung die "Gestaltung" der Tätigkeit oder den Inhalt der geschuldeten Tätigkeit betrifft, da der Inhalt der geschuldeten Tätigkeit auch gegenüber Selbständigen vorgegeben werden kann (vgl. BAG vom 05.12.1999, a.a.O., unter B II 2 b, cc der Gründe).

c)

Hinsichtlich des Umfangs der Tätigkeiten, die der zur Dienstleistung Verpflichtete zur Begründung des Arbeitnehmerstatus anführt, kommt es darauf an, ob eine rechtliche Verpflichtung zur Erbringung der angesprochenen Tätigkeiten besteht (vgl. BAG vom 05.12.1999, a.a.O., zu B II 2 a, aa der Gründe).

d)

Die vom Dienstnehmer behauptete Weisungsabhängigkeit ist substantiiert vorzutragen. Bestreitet der Dienstberechtigte eine vom Dienstverpflichteten bestimmte An-

weisung, so ist der bestrittene Vortrag unsubstantiiert, wenn nicht dargelegt wird, wann welche Anweisungen erteilt hat (BAG vom 30.09.1998, 5 AZR 563/97 = AP Nr. 103 zu § 611 BGB "Anhängigkeit" unter IV 3 a der Gründe).

4.

Nach den unter 2) und 3) dargestellten Grundsätzen ergibt eine Gesamtwürdigung der Umstände, dass die Klägerin nicht als Arbeitnehmerin tätig geworden ist.

a)

Der für die Beurteilung des Status maßgebliche wirkliche Geschäftsinhalt ergibt sich regelmäßig aus den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und deren tatsächliche Durchführung (BAG vom 05.12.1999, a.a.O., zu B II 1 der Gründe). Im Streitfall haben die Parteien während des zehnjährigen Vertragsverhältnisses schriftliche Vereinbarungen nicht getroffen, so dass näher ausformulierte, konkrete und ausdrücklich getroffene Vereinbarungen nicht herangezogen werden können. Die Klägerin arbeitet ausschließlich zu Hause und ist seit Beginn ihrer Tätigkeit für die Beklagte als Heimarbeiterin behandelt worden. Die Klägerin bestreitet auch nicht mehr, dass sie bereits seit 1991 in der Liste der Heimarbeiter der Beklagten geführt wird. In der Heimarbeitsliste nach § 6 Heimarbeitsgesetz hat die Beklagte die Klägerin in der Meldung für das 2. Halbjahr 1991 unter der Nummer 45 als Heimarbeiterin gemeldet (Bl. 59 d.A.).

Die Klägerin stützt sich auf eine Eingliederung in den Produktionsprozess der Beklagten. Diese habe die Reihenfolge der zu bearbeitenden Teile bestimmt, ebenso den Abgabetermin und fachliche Weisungen erteilt. Es habe täglich Telefonkontakte gegeben, um die fachlichen Seiten beispielsweise der Verpackung bzw. auch der Nachbesserungsarbeiten durchzusprechen, wobei diese Gespräche mit einem Herrn Z... geführt worden seien. Diese von der Klägerin angeführten Umstände betreffen inhaltliche Bestimmungen der durchzuführenden Arbeiten und stellen kein wesentliches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis dar. Das BAG hat in der auch von der Klägerin zitierten Entscheidung vom 27.03.1991, 5 AZR 194/90 AP Nr. 53 zu § 611 BGB "Abhängigkeit" ausgeführt, zeitliche Vorgaben oder die Verpflichtung, bestimmte Termine für die Erledigung der übertragenen Aufgaben einzuhalten, seien kein wesentliches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis. Auch im Rahmen von Dienst- oder Werkverträgen könnten von dem Dienstberechtigten oder dem Besteller Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden, ohne dass daraus eine zeitliche Weisungsabhängigkeit folge, wie sie für das Arbeitsverhältnis kennzeichnend sei. Das BAG hat in dem angezogenen Fall eines Verlagsmitarbeiters weiter ausgeführt, es bedeute ebenfalls noch keine Eingliederung in den Betrieb der Beklagten mit der Rechtsfolge der persönlichen Abhängigkeit, wenn der Kläger bei der technischen Abwicklung der Herstellung seiner Beiträge auf bestimmte Mitarbeiter der Beklagten (Korrespondenz, Korrektur) und auf entsprechende Einrichtungen angewiesen war. Als maßgeblich ist anzusehen, dass der Arbeitgeber innerhalb eines bestimmten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung des Mitarbeiters verfügen kann. Die Klägerin, die selbst vorgetragen hat, allein aufgrund der familiären Situation sei sie nicht in den Betrieb der Beklagten gekommen, um zu arbeiten, sondern habe von zu Hause aus gearbeitet, bringt nicht etwa vor, ihr seien bestimmten Tageszeiten vorgegeben gewesen, zu welchen sie die gelieferten Teile zu bearbeiten gehabt habe. Dass sie

auf ihren Verdienst aus der Tätigkeit für die Beklagte angewiesen war, spricht nicht etwa gegen ein Heimarbeitsverhältnis, dies ist vielmehr geradezu typisch. Das BAG hat in der Entscheidung vom 03.04.1990, 3 AZR 258/88, AP Nr. 11 zu § 2 HAG bei der Abgrenzung eines Heimarbeitsverhältnisses zu einer selbständig unternehmerischen Tätigkeit ausgeführt, falls die von der beklagten Partei behauptete Freiheit der Näherinnen, Aufträge und vorgegebene Preise abzulehnen, nur auf dem Papier gestanden hätte, dann wäre dies ein starkes Indiz für eine abhängige Lohnarbeit. Je mehr Umstände für eine tatsächliche Abhängigkeit der Näherinnen sprechen würden, umso eher sei die Annahme eines tatsächlich praktizierten Heimarbeitsverhältnisses gerechtfertigt. Soweit die Klägerin vorbringt, der Urlaub habe nicht frei gewählt werden können, er habe immer mit Herrn Z... abgesprochen werden müssen, so spricht dies nicht für ein Arbeitsverhältnis. Auch im Heimarbeitsverhältnis ist insbesondere bei Terminarbeiten eine Absprache zwischen dem Auftraggeber und dem Beschäftigten erforderlich. Schmidt/Kobersky/Tiemann/Wascher, Heimarbeitsgesetz, Anhang zu § 19 Rz. 105 verweisen darauf, dass die Vorschrift des § 7 Abs. 1 BUrlG es erfordere, die Urlaubszeiten zusammen mit dem Auftraggeber bzw. Zwischenmeister genau festzulegen, da die Anwendung des § 7 Abs. 1 BUrlG nach § 12 BUrlG für den Heimarbeiter nicht ausgenommen sei. Sei die Urlaubszeit einmal vereinbart, so bedürfe es zu ihrer Verlegung einer besonderen einvernehmlichen Abmachung. Soweit die Klägerin vorbringt, ein bereits vereinbarter Urlaub sei einmal und zwar Ende 2000/Anfang 2001 auf ausdrückliche Anordnung von Herrn Z... unterbrochen worden, so prägt dieser Einzelfall nicht das Vertragsverhältnis, abgesehen davon, dass eine rechtliche Verpflichtung zum Abbruch des Urlaubs nicht ersichtlich ist. Eine Gesamtwürdigung der Umstände im Streitfall ergibt, dass eine hinreichende Erfolgsaussicht für die beabsichtigte Berufung der Klägerin nicht besteht, da die von der Klägerin beantragten Feststellungen voraussetzen, dass im Zeitpunkt der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien tatsächlich bestanden hat (BAG vom 19.12.2000, a.a.O.). Dahinstehen kann, ob die Klägerin etwa sich widersprüchlich verhält, wenn sie zehn Jahre lang die Durchführung des nach dem HAG gemeldeten und überwachten Vertragsverhältnisses als Heimarbeitsverhältnis akzeptiert, das auch der Betriebsrat als solches angesehen hat, und nun nach der Kündigung das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geltend macht.

5.

Auf die sonstigen von der Klägerin vorgebrachten Gesichtspunkte, die einer Wirksamkeit der Kündigung entgegenstehen könnten, kommt es im Hinblick darauf, dass ihre Anträge voraussetzen, dass zum Kündigungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, nicht mehr an (vgl. BAG vom 19.12.2000, 5 AZB 16/00, a.a.O.). Soweit die Klägerin auf das Verbot einer mittelbaren Benachteiligung eines Arbeitnehmers wegen seines Geschlechts oder wegen des gebotenen Mindestschutzes für Arbeitnehmer, die nicht dem Kündigungsschutzgesetz unterliegen, abstellt, so ist darauf hinzuweisen, dass auch diese Einwendungen ein Arbeitsverhältnis voraussetzen, das nicht anzunehmen ist. Die von der Klägerin zitierte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 27.01.1998, 1 BvL 22/93 = AP Nr. 18 zu § 23 KSchG 1969, ist ebenfalls auf Arbeitnehmer bezogen (B I der Gründe).

Auch auf das Vorbringen der Klägerin, der Betriebsrat sei zur Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden, kommt es nicht an, da die Rechtsverfolgung nur dann Aussicht auf Erfolg haben könnte, wenn zum Kündigungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis anzunehmen wäre. Im Übrigen ist der Auffassung des Arbeitsgerichts zu-

zustimmen, dass aus einer detaillierten Stellungnahme des Betriebsrats auch geschlossen werden kann, dass der Betriebsrat Kenntnis von den Kündigungsgründen hatte, die er in seiner Stellungnahme ausdrücklich anspricht. Im Übrigen genügt eine pauschale Angabe des Arbeitgebers, wenn der Betriebsrat bereits den erforderlichen Kenntnisstand hat (vgl. BAG AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 "Krankheit").

Der Prozesskostenhilfe-Antrag der Klägerin war somit zurückzuweisen, da eine hinreichende Erfolgsaussicht nicht besteht.

### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diese Entscheidung ist kein Rechtsmittel gegeben. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde bestand keine Veranlassung (§ 78 Satz 2 ArbGG; § 574 Abs. 1 ZPO). Die Frage der Anwendbarkeit der Jahresfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG ist zwar von grundsätzlicher Bedeutung, die Klägerin ist jedoch insoweit nicht beschwert, da das Prozesskostenhilfe-Gesuch als rechtzeitig angesehen wurde. Hinsichtlich der Beurteilung der Erfolgsaussicht der Berufung waren keine neuen, von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts noch nicht geklärten Fragen grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden.

Nürnberg, den 28. Oktober 2002

Der Vorsitzende:

Werner, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht