

Fälle zum Arbeitsrecht

Individualarbeitsrecht

von

Pascal Croset und Roman Kroke

unter Mitwirkung von Ingo Bleicher und Arendt Gast

2. Auflage 2005

Fall 9:	Die lieben Kollegen Außerordentliche Kündigung, § 626 I BGB; Heilung eines Verstoßes gegen § 102 I BetrVG durch nachträgliche Anhörung; Fristberechnung, § 102 II BetrVG; Entbehrlichkeit einer Abmahnung; leitender Angestellter, § 5 III BetrVG; quasinegatorischer Unterlassungsanspruch/Anspruch auf Widerruf, §§ 12, 862, 1004 BGB analog; Beschwerderecht, § 84 I BetrVG; Entgeltanspruch bei Zurückbehaltung der Arbeitsleistung, §§ 615, 273 BGB	135
Fall 10:	Kalte Kündigung Schadensersatzanspruch bei veranlasster Eigenkündigung des AN, § 628 II BGB; wichtiger Grund, § 626 II BGB; Verletzung des APR, Art. 2 I, 1 I GG, durch sog. Mobbing-Handlungen; Arbeitnehmer als „Verbraucher“ i.S.d. § 13 BGB; Zinsanspruch, § 288 I, II BGB; Anhörungs- und Erörterungsrecht des AN, § 82 BetrVG; Beschwerderecht des AN, § 84 BetrVG; Einsicht in die Personalakte, § 83 BetrVG; Berichtigungsansprüche des AN in Bezug auf die Personalakte; Erhaltung des Lohnanspruchs, §§ 20 II 2, 39 III, 44 I 2 BetrVG analog	162
Fall 11:	Weniger ist mehr Modifikation eines Arbeitsvertrags nach § 8 V 2, 3 TzBfG; wirksames Verlangen des AN nach Arbeitszeitverringerung, § 8 I, II TzBfG; Berechnung der Ankündigungsfrist aus § 8 II 1 TzBfG, §§ 187 ff. BGB analog; wirksame Ablehnung des Arbeitgebers nach § 8 V 2, 3 TzBfG; Anspruch des AN auf Abgabe der Zustimmungserklärung, § 8 IV TzBfG; betrieblicher Grund im Sinne des § 8 IV 1 TzBfG	180
Fall 12:	Arbeit auf Zeit Befristeter Arbeitsvertrag, § 3 I TzBfG; Zulässigkeit der Befristung, § 14 TzBfG; Folgen unwirksamer Befristung, § 16 TzBfG; Zulässigkeit und Begründetheit der Entfristungsklage, § 17 TzBfG; wirksamer Abschluss eines Arbeitsvertrags	195
Fall 13:	Wer den Schaden hat ... Haftungsbegrenzung im Arbeitsverhältnis bei Schädigung des AG, von Arbeitskollegen und betriebsfremden Dritten; „pVV“ des AV; Anspruch auf Schadensersatz aus § 280 I BGB; Anwendbarkeit des neuen Schuldrechts, Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB; Beweislastregelung des § 619a BGB; Organisationsverschulden des Arbeitgebers, § 254 BGB; Haftungsfreistellungsanspruch, §§ 257, 670 BGB; Haftungsausschluss nach § 105 I SGB VII	210
Fall 14:	Ferien auf dem Bauernhof Voraussetzungen eines Betriebs(-teil)übergangs, § 613a BGB; Begriff des Betriebs und des Betriebsteils im Rahmen von § 613 a I 1 BGB; Annahmeverzug des Arbeitgebers, § 615 BGB; Widerrufsrecht nach § 613a VI 1 BGB; Unterrichtung nach § 613a V BGB; Verwirkung des Widerspruchsrechts; besonderer Kündigungsschutz nach § 613a IV 1 BGB; Betriebsbedingte Kündigung, § 1 II 1 Var. 3 KSchG	230

Anspruch auf Urlaubsgewährung, § 1 BUrlG; Erlöschen wegen Zeitablaufs, § 7 III S. 1 BUrlG; Übertragung des Urlaubs, § 7 III S. 2 BUrlG; endgültiges Erlöschen des Urlaubsanspruchs, § 7 III S. 3 BUrlG; Urlaubersatzanspruch, §§ 280 I, III, 283, 287 S. 2, 249 I BGB; Anspruch auf Urlaubsgeld; Zugang der Kündigung bei Urlaubsabwesenheit des AN; Antrag auf nachträgliche Klagezulassung, § 5 KSchG; Selbstbeurlaubungsrecht des AN; Anspruch auf Urlaubsabgeltung, § 7 IV BUrlG

Fall 1: Der Kurierdienst

Sachverhalt:

Kathrin Kugler (K) betreibt in München einen Paket- und Kurierdienst. Sie lässt die von Kunden aufgegebenen Pakete teils durch festangestellte Kurierfahrer, teils durch selbstständige Fuhrunternehmer zu den Empfängern befördern.

Appel (A) hat mit der K im Jahre 1998 einen Fuhrunternehmer-Rahmen-Vertrag abgeschlossen, in dem geregelt ist, dass A für K als selbstständiger Fuhrunternehmer tätig und kein Arbeitsverhältnis zu K begründet wird. Die Vergütung des A bemisst sich anhand der für die Kuriertätigkeit zurückgelegten Kilometer sowie der Anzahl der zu übermittelnden Sendungen. Des Weiteren ist im Rahmen-Vertrag bestimmt, dass die K für A keine Sozialversicherungsbeiträge abführt und A weder ein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall noch Urlaub zusteht. Der Rahmen-Vertrag ist mit einer Frist von einem Monat mündlich oder schriftlich kündbar.

A ist verpflichtet, die Dienstkleidung der K zu tragen, und führt die Fahrten mit seinem eigenen Lieferwagen aus, welcher das Logo der K trägt. Ferner muss sich A von Montag bis Freitag von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr zur Verfügung der K halten. Dabei ist die K nicht verpflichtet, ihm Aufträge anzubieten. A hat aber jeden Kurierauftrag anzunehmen. Für den Fall, dass A eine Kurierfahrt ohne wichtigen Grund (Krankheit, Tod naher Angehöriger, usw.) ablehnt, wird laut Rahmen-Vertrag ferner eine Vertragsstrafe fällig. Außerdem ist er verpflichtet, sich bei der Verrichtung seiner Arbeit genau an die „Verhaltensanweisung Kuriertätigkeit“ der K zu halten. Diese schreibt dem A unter anderem vor, dass sein Fahrzeug vor jeder Kurierfahrt neu betankt werden muss und es sich bei der Ausführung der Frachtaufträge in einem technisch und optisch einwandfreien Zustand zu befinden hat, insbesondere auch einfache Blech- und Lackschäden unverzüglich zu beseitigen sind. Weiterhin wird A untersagt, seine Aufträge durch Dritte ausführen zu lassen.

In einem Anruf am 10. November 2004 erklärt K dem A, dass zurzeit Auftragsmangel herrsche. Daher müsse man sich von einigen Fahrern trennen. Ein Blick in seine Personalakte habe ergeben, dass er mehrmals Pakete verspätet ausgeliefert habe. Er solle sich daher darauf einstellen, dass ihm demnächst gekündigt werde. Daraufhin entgegnet A, dass er nicht einfach entlassen werden könne. Schließlich sei er arbeitsrechtlich als Arbeitnehmer einzustufen und genieße daher speziellen Kündigungsschutz. Außerdem folge seine Arbeitnehmereigenschaft schon daraus, dass die aus der Tätigkeit für ihn fließende Vergütung seine wirtschaftliche Existenzgrundlage darstelle. K merkt dazu an, dass A seinen Anstellungsvertrag nicht sorgfältig gelesen habe, und legt auf.

Frage 1: In einem ausführlichen Gutachten ist zu klären, ob A arbeitsrechtlich als „Arbeitnehmer“ einzuordnen ist.

Frage 2: Am 12. November 2004 teilt K dem A per E-Mail mit, dass sie seine Dienste ab Juni 2005 nicht mehr in Anspruch nehmen werde. Wurde A durch diese Mitteilung wirksam gekündigt?

Fall 1: Der Kurierdienst

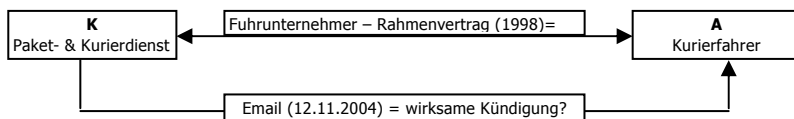
Vorbemerkung: Für die erfolgreiche Klausurbearbeitung sind erfahrungsgemäß 3 vorbereitende Schritte unentbehrlich:

- Personenskizze
- Zeitleiste
- Kurzlösungsskizze

Die **Personenskizze** stellt sicher, dass der Bearbeiter während der gesamten Bearbeitungszeit den Überblick über die Beteiligten und die von diesen geltend gemachten Ansprüche bzw. über die aufgeworfenen Fragestellungen behält.

Die **Zeitleiste** hilft dabei, die einzelnen Ereignisse in Ihrer chronologischen Abfolge zu erfassen.

Die Anfertigung einer **Kurzlösungsskizze** ist eine zentrale Voraussetzung für einen strukturierten Aufbau der späteren, ausformulierten Lösung. Ferner hilft sie dem Bearbeiter, während der Klausur den Überblick zu behalten und somit die Verwendung von Gutachten- bzw. Urteilsstil, sowie die Schwerpunktsetzung der verbleibenden Bearbeitungszeit anzupassen. Abhängig vom Klausurtyp sollten bei einer 5-stündigen Klausur für die Lösungsskizze ca. 1 - 1 ½ Stunden veranschlagt werden. Ausführlichkeit und Aufbau der Lösungsskizze können von Klausur zu Klausur variieren. Somit folgen auch die in diesem Buch verwandten Kurzlösungsskizzen nicht einem einheitlichen Muster, sondern wurden an den jeweiligen Fall angepasst.



Hinweis für die Fallbearbeitung: Bei Fall 1 war eine Zeitleiste ausnahmsweise entbehrlich, da Daten hier kaum eine Rolle spielen.

Lösungsskizze zu Frage 1: Arbeitnehmereigenschaft des A

- A. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff
-> Definition: Arbeitnehmer = wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags zur Leistung von Arbeit im Dienst eines anderen in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist
- I. Vertragliche Festlegung durch die Parteien
grds. unbeachtlich: AN-Eigenschaft steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien; erklärter Parteiwille nur formelles, nachrangiges Indiz
- II. Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistung aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienst eines anderen
(+)
- III. Persönliche Abhängigkeit
-> Ermittlung im Rahmen einer wertenden Gesamtschau anhand bestimmter Indizien unter Berücksichtigung des Einzelfalls und der Verkehrsauffassung
1. Weisungsgebundenheit
-> arg e contrario § 84 I 2 HGB
 - a. Art und Weise
(+) wegen Dienstkleidung und „Verhaltensanweisung Kuriertätigkeit“; Logo auf Lieferwagen wegen gesetzgeberischer Wertung des § 407 HGB nicht entscheidend
 - b. Zeit und Dauer
(+), ständig verlangte Dienstbereitschaft
 - c. Ort
fehlende Weisung wegen Berufsbild „Kurierdienst“ ohne Bedeutung
 2. Eingliederung in einen fremden Betrieb
(-), A benutzt eigenen Lieferwagen
 3. Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter
(+), K beschäftigt auch festangestellte Kurierfahrer
 4. Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung
(+), Übertragung der Kurierdienstleistungen auf Dritte ist vertraglich untersagt
 5. Sozialversicherungsrechtliche Behandlung durch die Parteien
Behandlung des A als Selbstständigen grds. unbeachtlich: AN-Eigenschaft steht nicht zur Disposition der Vertragsparteien; erklärter Parteiwille nur formelles, nachrangiges Indiz
 6. Form der Vergütung
Einzelhonorar des A lediglich formelles, nachrangiges Indiz
 7. Krankheitsfall- und Urlaubsregelung
Behandlung des A als Selbstständigen grds. unbeachtlich, (s. o. 5.)
 8. Führung einer Personalakte
Führung einer Personalakte des A lediglich formelles, nachrangiges Indiz
 9. Abgrenzung zur wirtschaftlichen Abhängigkeit
kein Indiz für persönliche Abhängigkeit, arg e contrario Regelungen für „arbeitnehmerähnliche Personen“
- IV. Ergebnis zur persönlichen Abhängigkeit
tatsächliche Umstände sprechen eindeutig für persönliche Abhängigkeit

Fall 1: Der Kurierdienst

des A

-> formelle, nachrangige Indizien unbeachtlich

B. Ergebnis zu Frage 1

A = AN i.S.d. allg. arbeitsrechtl. AN-Begriffs

Lösungsskizze zu Frage 2: Wirksamkeit der Kündigung

A. Schriftliche Kündigungserklärung

(+) ordentliche Kündigungserklärung

I. Schriftformerfordernis, §§ 623, 126 I BGB

1. Vertragliche Abbedingung

(-), § 623 BGB steht wegen Schutzzweck nicht zur Disposition der Vertragsparteien

2. Anforderungen der §§ 623, 126 I BGB

(-), wirksame Ersetzung der Schriftform durch elektronische Form ausgeschlossen, § 126 III i.V.m. § 623 HS 2 BGB

II. Ergebnis zum Schriftformerfordernis, §§ 623, 126 I BGB

Kündigungserklärung nichtig, § 125 I 1 BGB

B. Ergebnis zu Frage 2

Kündigung vom 12.11.2004 unwirksam; AV A-K besteht fort

Lösung zu Frage 1: Arbeitnehmereigenschaft des A

A könnte arbeitsrechtlich als sog. „Arbeitnehmer“ einzuordnen sein. Fraglich ist daher, was unter einem Arbeitnehmer zu verstehen ist.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die Problematik des „Arbeitnehmerbegriffs“ kann im Rahmen aller Regelungen auftreten, in denen der „Arbeitnehmer“ als Tatbestandsmerkmal auftaucht. Weil das Arbeitsrecht in großem Umfang Arbeitnehmerschutzrecht darstellt, ist die Definition des Arbeitnehmers von größter Bedeutung.

A. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff

In arbeitsrechtlichen Gesetzen ist der Arbeitnehmer lediglich erwähnt (vgl. § 5 I BetrVG, § 5 I 1 ArbGG), eine Legaldefinition gibt es hingegen nicht. Somit ist grundsätzlich auf die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelte Definition des sog. allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs zurückzugreifen. Danach ist Arbeitnehmer, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags² zur Leistung von Arbeit im Dienst³ eines anderen in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.⁴

Hinweis für die Fallbearbeitung: Im Hinblick auf § 7 IV SGB IV a. F.⁵ wurde diskutiert, ob es sich bei dieser Norm um eine gesetzliche Neudefinition des allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs handeln könnte.⁶ Mit der Neufassung des § 7 IV SGB IV hat sich diese Debatte jedenfalls erledigt.

I. Vertragliche Festlegung durch die Parteien

Ob die Voraussetzungen des allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs im Einzelnen vorliegen, könnte aber deswegen unbeachtlich sein, weil der zwischen K und A abgeschlossene Fuhrunternehmer-Rahmen-Vertrag ausdrücklich bestimmt, dass A als selbstständiger Fuhrunternehmer tätig und gerade kein Arbeitsverhältnis zu K begründet werde. Die Einordnung eines Beschäftigten als Arbeitnehmer bezweckt jedoch seinen besonderen arbeitsrechtlichen Schutz, sodass sie unstreitig nicht zur Disposition der Vertragsparteien steht. Um eine Umgehung der Schutzvorschriften zu vermeiden, ist daher grundsätzlich allein auf die *tatsächliche* Durchfüh-

² Problematische Abgrenzungen: Familienangehörige erbringen ihre Mitarbeit in der Regel auf familienrechtlicher Basis (§§ 1353, 1360, 1616 BGB) und sind daher nur dann ausnahmsweise Arbeitnehmer, wenn sie sich privatrechtlich zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet haben (vgl. dazu ausführlich: *Menken*, DB **1993**, 161 ff.); Zwangsarbeiter sind nach h. M. keine Arbeitnehmer, vgl. BAG NZA **2000**, 385 ff.; LAG Nürnberg BB **1999**, 2251; a.A. LAG München NZA-RR **2000**, 155.

³ Zur Abgrenzung des Dienstvertrags zum Werkvertrag vgl. *Staudinger-Richardi*, Vorbem §§ 611 ff. BGB Rn 24 ff.

⁴ BAG NZA **2004**, 39; NZA-RR **2004**, 9, 10; **2002**, 787, 788; NZA **2001**, 551; NZA **1991**, 856; 857; *Wrede*, NZA **1999**, 1019, 1021; MünchArbR-*Richardi*, § 23 Rn 7; *ErfKomm-Preis*, § 611 BGB Rn 45; *Hromadka/Maschmann*, ArbR Bd 1, § 3 Rn 1.

⁵ Zur Bekämpfung des Missbrauchs der sog. „Scheinselbstständigkeit“ wurde in § 7 IV SGB IV a. F. der sozialversicherungsrechtliche Begriff der „Beschäftigung“, gemäß § 7 I 1 SGB IV die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, ergänzt. Danach wurde bei erwerbstätigen Personen vermutet, dass sie gegen Arbeitsentgelt im Sinne der sozialrechtlichen Bestimmungen „beschäftigt“ seien, wenn im Gesetz näher genannte Merkmale vorliegen. Diese Merkmale entsprachen jedoch nur teilweise den von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Kriterien der „Arbeitnehmereigenschaft“.

⁶ Vgl. dazu ArbG Berlin AFP **2000**, 203, 204; *Heinze*, NZA **2000**, 5, 6; *Richardi*, DB **1999**, 958, 961; *Löwisch*, ArbR, Rn 5; *Baeck*, DB **1999**, 1065; *Bauer/Diller/Lorenzen*, NZA **1999**, 169, 174; *Richardi*, DB **1999**, 958, 961; *Buchner*, DB **1999**, 146, 151; a. A.: *Wank*, NZA **1999**, 225 und RdA **1999**, 311 unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte des § 7 IV SGB IV a. F.; vom BAG offen gelassen in NZA **2000**, 1162, 1164 und DB **2000**, 879.

rung der Zusammenarbeit abzustellen.⁷ Ein erklärter Parteiwille ist hingegen nur ein formelles, nachrangiges Indiz, welches allein in Fällen Bedeutung erlangt, in denen sich aus der tatsächlichen Gestaltung der Rechtsbeziehungen kein eindeutiges Bild ergibt.⁸ Es bleibt somit zu prüfen, ob A die Voraussetzungen an den allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff erfüllt.

II. Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistung aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienst eines anderen

A arbeitet für K aufgrund des Fuhrunternehmer-Rahmen-Vertrags als Kurierfahrer, ist folglich aufgrund privatrechtlichen Vertrags zur Leistung von Arbeit im Dienst eines anderen verpflichtet. Für die Bejahung des allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ist vorliegend allein problematisch, ob tatsächlich eine persönliche Abhängigkeit des A vorliegt.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die ersten drei Kriterien des allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs - (1) Verpflichtung zur Erbringung von Arbeitsleistung, (2) aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags und (3) im Dienst eines anderen – werfen nur selten Probleme auf (dazu oben Fn. 1 und 2). Der Schwerpunkt der Problematik liegt regelmäßig beim Kriterium der persönlichen Abhängigkeit (4).

III. Persönliche Abhängigkeit

Ob eine persönliche Abhängigkeit bzw. Unselbstständigkeit des Beschäftigten vorliegt, ist nach der Rechtsprechung und der ganz herrschenden Lehre im Rahmen einer wertenden Gesamtschau anhand bestimmter Indizien unter Berücksichtigung des Einzelfalls und der Verkehrsauffassung zu ermitteln.⁹

1. Weisungsgebundenheit

Ein Indiz für die persönliche Abhängigkeit, also die Unselbstständigkeit des Beschäftigten, ist seine Weisungsgebundenheit. Aus der allgemeinen gesetzgeberischen Wertung des § 84 I 2 HGB ergibt sich im Umkehrschluss, dass Unselbstständigkeit vorliegt, wenn der Beschäftigte bezüglich Art und Weise, Zeit und Dauer sowie Ort der Leistung seiner Dienste weisungsgebunden ist.¹⁰

⁷ BAG NZA 2004, 39 f.; NZA 2000, 1162, 1163; NZA 1994, 169; *Boemke*, ZfA 1998, 285, 295; *Wrede*, NZA 1999, 1019, 1021.

⁸ BAG NZA 2000, 1162, 1163; BAGE 25, 505, 511 f.; 19, 324, 330; ausführlich zu Statusvereinbarungen im Arbeitsrecht: *Stoffels*, NZA 2000, 690 ff.; MünchArbR-*Richardi*, § 24 Rn 59.

⁹ BAG NZA-RR 2004, 9, 10; NZA 2001, 551 f.; *Reiserer*, BB 1998, 1258, 1260; *Buchner*, NZA 1998, 1144, 1147 ff.; als Alternativmodell zu dieser sog. *typologischen* Abgrenzungsmethode wurde von Wank der teleologische Definitionsansatz (vgl. *Wank*, DB 1992, 90 ff.) entwickelt: Es komme bei der Abgrenzung des Arbeitnehmers vom Selbstständigen darauf an, ob der Beschäftigte eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter in eigener Person, ohne eigenes Kapital, im Wesentlichen ohne eigene Organisation und nur für einen Auftraggeber ausführe. Dieser Definitionsansatz ist jedoch mit dem geltenden Recht, insbesondere den Regelungen zu der Gruppe der arbeitnehmerähnlichen Personen in den §§ 5 I 2 ArbGG, 12 a TVG, nicht vereinbar: Nach diesen Normen geht der Gesetzgeber gerade davon aus, dass es Personen gibt, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit zwar ähnlich wie Arbeitnehmer schutzbedürftig sind, aber trotzdem nicht der Gruppe der Arbeitnehmer, sondern der Gruppe der Selbstständigen zuzuordnen sind, vgl. *Griebeling*, NZA 1998, 1137 ff.; *Buchner*, NZA 1998, 1144, 1147 ff.; *Richardi*, DB 1999, 958, 960.

¹⁰ BAG NZA 2004, 39; NZA-RR 2004, 9, 10; NZA 2003, 1163, 1165; NZA 1999, 983, 984; NZA 1998, 705, 706; LAG Niedersachsen MDR 2003, 1239, 1240; *Wrede*, NZA 1999, 1019, 1021; *Hromadka/Maschmann*, ArbR Bd 1, § 1 Rn 27, 30; *ErfKomm-Preis*, § 611 BGB Rn 60.

a. Art und Weise

Fraglich ist, ob A gegenüber K bezüglich der Art und Weise der Leistungserbringung weisungsgebunden ist.

Nach dem Fuhrunternehmer-Rahmen-Vertrag ist A nicht nur verpflichtet, seine Fahrten mit einem Lieferwagen auszuführen, welcher das Logo der K trägt, sondern er muss auch deren Dienstkleidung tragen. Darüber hinaus hat A die „Verhaltensanweisung Kuriertätigkeit“ der K zu beachten. Diese schreibt ihm vor, dass sein Fahrzeug vor jeder Kurierfahrt neu betankt werden muss und es sich bei der Ausführung der Frachtaufträge in einem technisch und optisch einwandfreiem Zustand zu befinden hat, insbesondere auch einfache Blech- und Lackschäden unverzüglich zu beseitigen sind. Der Fuhrunternehmer-Rahmen-Vertrag schreibt A somit sehr detailliert vor, wie er seine Tätigkeit ausüben hat. Allerdings ist bei Kurierfahrern die gesetzgeberische Wertung des § 407 HGB zu beachten, wonach Frachtführer als selbstständige Gewerbetreibende und damit gerade nicht als Arbeitnehmer einzuordnen sind, obwohl der Frachtführer schon von Gesetzes wegen weitreichenden Weisungsrechten sowohl des Spediteurs als auch des Absenders und des Empfängers des Frachtguts unterliegt, vgl. insb. § 418 HGB.¹¹ Insgesamt ist danach auch der selbstständige Frachtführer - im Vergleich zu anderen selbstständigen Unternehmern - nach seinem Berufsbild in hohem Maße weisungsabhängig, sodass ein Arbeitsverhältnis nur angenommen werden kann, wenn der betreffende Fahrer in der Ausübung seiner Tätigkeit weit weniger frei ist als ein Frachtführer im Sinne des HGB.¹² In der selbstständigen Frachtführerbranche ist es durchaus üblich, dass das Fahrzeug das Firmenzeichen eines anderen Unternehmers aufweist,¹³ sodass aus diesem Umstand allein nicht auf eine weitreichendere Weisungsgebundenheit des A geschlossen werden kann. Indem A jedoch nicht lediglich zum ordentlichen und gepflegten Auftreten gegenüber Kunden verpflichtet ist, sondern die Dienstkleidung der K zu tragen hat, gehen die vertraglichen Regelungen in ihrer Intensität über das im Verhältnis zu einem selbstständigen Frachtführer Nötige und Übliche hinaus.¹⁴ Auch die Vorschriften über Betankung, Wartungs- und Pflegearbeiten am Fahrzeug des A überschreiten das berechtigte Interesse, welches jedem Spediteur auch gegenüber einem selbstständigen Frachtführer zugestanden werden muss.

Die Art und Weise der Leistungserbringung des A unterliegt somit auch im Verhältnis zum selbstständigen Frachtführer im Sinne des HGB weitgehenden Weisungsbefugnissen der K, sodass ein starkes Indiz für seine persönliche Abhängigkeit besteht.

b. Zeit und Dauer

Eine Weisungsgebundenheit bezüglich Zeit und Dauer der Tätigkeit wäre ein weiteres Indiz für die persönliche Abhängigkeit des A.

Der Fuhrunternehmer-Rahmen-Vertrag verpflichtet A, sich von Montag bis Freitag von 10.00 Uhr bis 20.00 Uhr zur Verfügung der K zu halten. A ist dabei verpflichtet, jeden Kurierauftrag anzunehmen, und setzt sich bei Ablehnung einer Kurierfahrt ohne wichtigen Grund (Krankheit, Tod naher Angehöriger, usw.) einer Vertragsstrafe aus. Damit wird A nicht nur die zeitliche Lage und Dauer möglicher Arbeitsaufträge genau vorgeschrieben. K konnte an jedem Arbeitstag praktisch uneingeschränkt über die Arbeitsleistung des A verfügen und ihm die Aufträge letztlich jederzeit von Montag bis

¹¹ BAG NZA **2002**, 742, 743; DB **1998**, 624 ff.

¹² BAG NZA **2002**, 742, 743.

¹³ BAG DB **1999**, 436; DB **1998**, 624, 626.

¹⁴ Vgl. zu dieser Konstellation BAG BB **1998**, 794, 796.

Freitag zuweisen. Eine ständig verlangte Dienstbereitschaft stellt nach dem BAG ein besonders starkes Indiz für die persönliche Abhängigkeit eines Beschäftigten dar.¹⁵ Eine Weisungsgebundenheit des A in Bezug auf die Zeit und Dauer der Tätigkeit ist also ebenfalls zu bejahen.

c. Ort

Hingegen könnte an der örtlichen Weisungsgebundenheit des A gezweifelt werden, da ihm nicht ausdrücklich vorgeschrieben wird, an welchem konkreten Ort er seine Arbeitsleistung zu erbringen hat.

Es ergibt sich jedoch bereits aus der Natur der Tätigkeit „Kurierdienst“, dass der Beschäftigte seine Leistungen bei den jeweiligen Versendern und Empfängern von Paketen zu erbringen und seine Fahrtrouten entsprechend einzurichten hat. Der Mangel einer konkreten Weisungsgebundenheit bezüglich des Ortes der Leistungserbringung kann unter spezieller Berücksichtigung des Berufsbilds „Kurierdienst“ somit nicht als Indiz gegen die persönliche Abhängigkeit des A gewertet werden.

2. Eingliederung in einen fremden Betrieb

Ein weiteres Indiz für die persönliche Abhängigkeit ist die Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation.¹⁶ Eine solche Integration in fremde Arbeitsabläufe wird insbesondere dann angenommen, wenn fremde Arbeitsräume oder Arbeitsmittel benutzt werden.¹⁷

A benutzt seinen eigenen Lieferwagen, also gerade keine Arbeitsmittel der K. Eine Eingliederung in den fremden Betrieb muss somit verneint werden. Dieses Indiz spricht also gegen eine persönliche Abhängigkeit und damit gegen eine Arbeitnehmereigenschaft des A.

3. Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter

Ein weiteres Indiz für die Beurteilung des rechtlichen Status eines Beschäftigten kann die Beurteilung vergleichbarer Mitarbeiter sein. Lässt sich bei Gesamtwürdigung der Tätigkeit eines Beschäftigten im Vergleich zu seinen festangestellten Kollegen dabei kein wesentlicher Unterschied feststellen, kann dies für sich allein Grund sein, auch den sog. freien Mitarbeitern den Status eines Arbeitnehmers zuzusprechen.¹⁸

¹⁵ BAG **87**, 129, 140; **78**, 343, 353; Indiz gegen persönliche Abhängigkeit laut BAG NZA **2002**, 742 f.: Kurierfahrern werden Aufträge über Funk angeboten, jedoch entscheiden sie selbst, ob sie ihr Funkgerät anschalten oder nicht.

¹⁶ BAG NZA **2004**, 39; NZA-RR **2004**, 9, 10; NZA **2003**, 1163, 1165; BAG **77**, 226, 233; BAG EzA Nr 66 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff; LAG Niedersachsen MDR **2003**, 1239, 1240; MünchArbR-Richardi, § 24 Rn 24 f.; *Hromadka/Maschmann*, ArbR Bd 1, § 1 Rn 30; *Berger-Delhey/Alfmeier*, NZA **1991**, 257, 258.

¹⁷ BAG BB **1990**, 779, 780; BAG **30**, 163, 170; *Berger-Delhey/Alfmeier*, NZA **1991**, 257, 258; aber: Der Umstand, dass der Dienstleistende seine Tätigkeit nur in den zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten im Rahmen eines in fachlicher und zeitlicher Hinsicht vorgegebenen Rahmenplans verrichten kann und daher insoweit gebunden ist, spricht nicht unbedingt für die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, da insoweit die Besonderheiten der zu erledigenden Tätigkeit zu berücksichtigen sind (vgl. BAG NZA **1992**, 407, 409 ff.; *Rohlfing*, NZA **1999**, 1027 ff.); für Arbeitsvertrag bei VHS-Dozenten sprechen aber laut BAG **69**, 62, 71-74 die methodische und didaktische Anweisung (nicht bloße Bindung an Lehrplan) bzw. der Einsatz außerhalb der Arbeitszeit; Erledigung der Tätigkeit außerhalb des Betriebs spricht nicht zwingend gegen eine Arbeitnehmereigenschaft, sodass ein Arbeitsverhältnis auch bei sog. Telearbeit vorliegen kann; dazu ausführlich *Kramer*, DB **2000**, 1329 ff.

¹⁸ BAG DB **1976**, 392; DB **1973**, 1804, 1805.

K beschäftigt auch festangestellte Kurierfahrer. Mangels anderweitiger Sachverhaltsangaben ist ferner davon auszugehen, dass die Tätigkeit aller Kurierfahrer im Wesentlichen gleich ist. Folglich spricht auch dieses Indiz für die persönliche Abhängigkeit.

4. Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung

Ferner kann als Indiz für die persönliche Abhängigkeit gewertet werden, wenn der Beschäftigte die Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen hat.¹⁹ Die Möglichkeit, durch Einsatz von Mitarbeitern oder Angestellten den eigenen Gewinn zu maximieren, stellt hingegen ein typisches Merkmal selbstständiger, unternehmerischer Tätigkeit und somit in der Regel ein Indiz gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses dar.²⁰ A ist es vertraglich ausdrücklich untersagt, die Erbringung von Kurierdienstleistungen Dritten zu übertragen. Mithin liegt ein weiteres Indiz für seine persönliche Abhängigkeit vor.

5. Sozialversicherungsrechtliche Behandlung durch die Parteien

Es könnte ein Indiz gegen die persönliche Abhängigkeit und für die Selbstständigkeit des A sein, dass K gemäß dem Rahmen-Vertrag für A keine Sozialversicherungsbeiträge abführt. Auf diese Weise haben die Vertragsparteien A wie einen selbstständigen Beschäftigten behandelt, da eine unselbstständige Arbeit, also insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, vgl. § 7 I 1 SGB VI, die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, vgl. § 5 I Nr. 1 SGB V, der Rentenversicherung, vgl. § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI, und in der Arbeitslosenversicherung, vgl. § 24 I SGB III, auslöst.

Tatsächlich hatte das BAG in einer älteren Entscheidung ohne Gewichtung zahlreiche Gesichtspunkte genannt, die bei der Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom freien Mitarbeiterverhältnis eine Rolle spielen sollten, so auch die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsabgaben.²¹ Mit einer vertraglichen Regelung über die Abführung von Sozialausgaben ziehen die Parteien aber nur die Folgerungen aus ihrer Rechtsauffassung zum arbeitsrechtlichen Status des Beschäftigten. Die Qualifizierung des Rechtsverhältnisses hängt jedoch wegen des Schutzzwecks von den insoweit zwingenden Vorschriften des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und nicht vom Parteiwillen ab.²² Entsprechend hat auch das BAG in nachfolgenden Entscheidungen nunmehr klargestellt, dass für die Arbeitnehmereigenschaft grundsätzlich allein die Umstände der Dienstleistung und nicht formelle Merkmale, z.B. die Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen, entscheidend seien.²³ Formelle Merkmale

¹⁹ BAG NZA **1998**, 364, 366; NZA **1999**, 983; insoweit hat das BAG ausdrücklich den (bloßen) Indizcharakter hervorgehoben: *Allein* aus der Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung ergebe sich nicht *automatisch* die Arbeitnehmereigenschaft des Beschäftigten, da die Auslegungsregel des § 613 BGB, wonach der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste *im Zweifel* in Person zu leisten hat, auch für freie Dienstverträge gelte; vgl. BAG NZA **1999**, 983.

²⁰ Vgl. BAG NZA **2002**, 742, 743; NZA **1998**, 364, 366; auch insoweit hat das BAG ausdrücklich klargestellt, dass *allein* die Berechtigung des Vertragspartners, die vertraglich geschuldete Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, ein Arbeitsverhältnis noch nicht von vornherein *ausschließe*. Zumindest in Fällen, in denen die persönliche Leistungserbringung die Regel und die Leistungserbringung durch einen Dritten eine seltene Ausnahme sei, stelle ein derartiger Gestaltungsspielraum lediglich *eines* von mehreren im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden *Indizien* dar, vgl. BAG NZA **1998**, 364, 366.

²¹ BAGE **19**, 324, 330; so noch immer *Dütz*, ArbR, Rn 31.

²² BAG NZA **1992**, 407, 408 f.

²³ BAG NZA **2002**, 787, 788; NZA **1994**, 169, 170; DB **1977**, 2459; BAG AP Nr 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

kämen als „nachrangige Kriterien“ nur zum Tragen, wenn sich aus der tatsächlichen Gestaltung der Rechtsbeziehungen kein eindeutiges Bild ergebe.²⁴

Die sozialversicherungsrechtliche Behandlung des A im Rahmen-Vertrag als Selbstständiger ist somit grundsätzlich kein Indiz gegen seine persönliche Abhängigkeit.

6. Form der Vergütung

Fraglich ist, ob allein die im Rahmen-Vertrag festgelegte Form der Vergütung des A für die Beurteilung der persönlichen Abhängigkeit von Bedeutung ist. Es könnte gegen die persönliche Abhängigkeit des A sprechen, dass er kein festes Monatsgehalt erhält, sondern sich seine Vergütung anhand der für die Kuriertätigkeit zurückgelegten Kilometer sowie der Anzahl der zu übermittelnden Sendungen bemisst. Während das BAG in einer älteren Entscheidung ohne Gewichtung allein die Form der Vergütung (Einzelhonorar oder Monatsentgelt) als Indiz gewertet hatte²⁵, wurde auch insoweit inzwischen klargestellt, dass allein die Modalitäten der Entgeltzahlung als formelles Merkmal grundsätzlich nicht entscheidend seien, sondern nur ein nachrangiges Indiz darstellten.²⁶

7. Krankheitsfall- und Urlaubsregelung

Auch die Regelungen im Rahmen-Vertrag, dass für A keine Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie auf Gewährung von Urlaub bestehen, spiegeln lediglich den Willen der Parteien wieder, A als Selbstständigen zu behandeln, ändern aber nichts an der zwingenden Anwendbarkeit des § 3 EntgeltfortzG bzw. § 1 BUrlG. Nach nunmehr deutlicher Rspr. des BAG stellen daher auch diese vertraglichen Regelungen als formelle Merkmale lediglich nachrangige Indizien dar, die grundsätzlich keine Bedeutung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses haben.

8. Führung einer Personalakte

Für eine persönliche Abhängigkeit des A könnte sprechen, dass K über ihn eine Personalakte führt. Indem ein Arbeitgeber einen Mitarbeiter dergestalt aktenmäßig erfasst, gibt er in der Regel objektiv zu erkennen, dass dieser Beschäftigte nach seiner Vorstellung abhängig sein soll. Auch die Führung einer Personalakte ist nach nunmehr klarer Rechtsprechung aber formelles Merkmal, welches nur subsidiär Bedeutung erlangen kann.

9. Abgrenzung zur wirtschaftlichen Abhängigkeit

Es könnte als Indiz für die persönliche Abhängigkeit des A sprechen, dass die aus der Tätigkeit für K fließende Vergütung seine wirtschaftliche Existenzgrundlage darstellt und somit eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht.

Die wirtschaftliche Unselbstständigkeit wird der persönlichen Unselbstständigkeit der Arbeitnehmer jedoch nur in einzelnen Gesetzen ausnahmsweise gleichgestellt; solche Beschäftigte werden dann als sog. „arbeitnehmerähnliche Personen“ bezeichnet (vgl. etwa § 5 I 2 Var. 3 ArbGG). Daraus ergibt sich aber im Umkehrschluss, dass die wirtschaftliche Abhängigkeit für die persönliche Abhängigkeit im Rahmen des allgemei-

²⁴ BAG AP Nr. 16 zu § 611 BGB Abhängigkeit; *Reiserer*, BB **1998**, 1258, 1260; weitergehend *Hromadka/Maschmann*, ArbR Bd 1, § 1 Rn 34: nicht einmal Indizwirkung.

²⁵ BAGE **19**, 324, 330.

²⁶ BAG NZA **1992**, 407, 408 f.; AP Nr 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit.

nen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs weder erforderlich noch ausreichend ist.²⁷

IV. Ergebnis zur persönlichen Abhängigkeit

Im Rahmen einer wertenden Gesamtschau ist nunmehr anhand sämtlicher Indizien zu entscheiden, ob die tatsächliche Durchführung der Zusammenarbeit zwischen A und K von persönlicher Abhängigkeit geprägt ist.

Es kann festgestellt werden, dass die Weisungsgebundenheit des A bezüglich Art und Weise sowie Zeit und Dauer der Dienstleistung ebenso für das Vorliegen der Unselbstständigkeit sprechen wie die Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter und seine Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung.

Als gegenläufiges Indiz ist lediglich die mangelnde Eingliederung des A in den Betrieb der K anzusehen (eigener Lieferwagen). Der Einsatz eines eigenen Fahrzeugs kann aber nur dann entscheidend gegen eine persönliche Abhängigkeit sprechen, wenn dem Eigentümer dadurch gerade die Möglichkeit eröffnet wird, seine Tätigkeit im Wesentlichen frei zu gestalten. Dies ist angesichts der übrigen Indizien jedoch nicht der Fall.

Die tatsächliche Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien spricht somit bereits eindeutig für eine persönliche Abhängigkeit des A.

Auf die formellen, nachrangigen Indizien, welche lediglich den Willen der Parteien dokumentieren und nur im Zweifelsfall heranzuziehen sind²⁸, kommt es folglich nicht mehr an.

B. Ergebnis zu Frage 1

Damit sind alle Voraussetzungen des allgemeinen arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs erfüllt. A ist als Arbeitnehmer einzustufen.

Lösung zu Frage 2: Wirksamkeit der Kündigung

Fraglich ist, ob das ursprünglich zwischen K und A bestehende Vertragsverhältnis wirksam durch Kündigung beendet wurde.

Die Mitteilung der K an A per E-Mail vom 12. November 2004 könnte eine wirksame Kündigung darstellen.

A. Schriftliche Kündigungserklärung

Für die Wirksamkeit einer Kündigung muss zunächst eine schriftliche Kündigungserklärung vorliegen.

K hat A mitgeteilt, dass sie seine Dienste ab Juni 2005 nicht mehr in Anspruch nehmen werde. Diese Erklärung lässt sich inhaltlich gemäß §§ 133, 157 BGB unproblematisch als ordentliche Kündigungserklärung auslegen.

Fraglich ist jedoch, ob K auch die nach §§ 623, 126 I BGB erforderliche Schriftform eingehalten hat.

A war im Zeitpunkt der Mitteilung Arbeitnehmer der K (siehe Frage 1), sodass ihr Vertragsverhältnis ein „Arbeitsverhältnis“ im Sinne des § 623 BGB darstellt.

²⁷ BAG NZA **2002**, 742, 743; NZA **1994**, 1132, 1133; *Hromadka/Maschmann*, ArbR Bd 1, § 1 Rn 36; *Löwisch*, ArbR, Rn 5.

²⁸ S.o. A. III. 5.- 8.

I. Schriftformerfordernis, §§ 623, 126 I BGB

Fraglich ist, ob durch die Mitteilung per E-Mail das Schriftformerfordernis aus den §§ 623, 126 I BGB eingehalten wurde.

1. Vertragliche Abbedingung

Zunächst könnte erwogen werden, dass es auf die Einhaltung des Schriftformerfordernisses aus den §§ 623, 126 I BGB überhaupt nicht ankommt, da K und A im Fuhrunternehmer-Rahmen-Vertrag auch die Möglichkeit einer mündlichen Kündigung vereinbart hatten.

§ 623 BGB steht als Arbeitnehmerschutzvorschrift jedoch unstreitig nicht zur Disposition der Vertragsparteien.²⁹ Die entgegenstehende Regelung im Fuhrunternehmer-Rahmen-Vertrag ist somit unwirksam und daher unbeachtlich.

2. Anforderungen der §§ 623, 126 I BGB

Es bleibt somit zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Schriftform gemäß den §§ 623, 126 I BGB erfüllt sind.

Zwar besteht grundsätzlich die Möglichkeit, die Schriftform im Sinne des § 126 I BGB durch die elektronische Form zu ersetzen, vgl. § 126 III BGB. Dies gilt jedoch nur, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, § 126 III BGB. Gemäß § 623 HS 2 ist die Schriftformersetzung durch elektronische Form bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ausdrücklich ausgeschlossen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Wird die Ersetzung der schriftlichen durch die elektronische Form *nicht* durch Gesetz ausgeschlossen, ist die Ersetzung aber nur wirksam, wenn die Voraussetzungen des § 126 a BGB erfüllt sind. Insbesondere muss der Aussteller der Erklärung das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen, § 126 a I BGB. Eine „einfache“ E-Mail wird den Voraussetzungen des § 126 a BGB daher nicht gerecht.

II. Ergebnis zum Schriftformerfordernis, §§ 623, 126 I BGB

Die Kündigung per E-Mail wurde den Anforderungen der §§ 623, 126 I BGB also nicht gerecht und war daher mangels Einhaltung der Schriftform gemäß § 125 I 1 BGB nichtig.

B. Ergebnis zu Frage 2

Die Mitteilung per E-Mail stellte somit keine ordnungsgemäße Kündigungserklärung dar. Folglich erfüllt die Mitteilung per E-Mail vom 12. November 2004 nicht die Voraussetzungen an eine wirksame Kündigung. Mithin besteht das Arbeitsverhältnis zwischen A und K fort.

²⁹ Palandt-Weidenkaff, § 623 Rn 3; ausführlich zum Schriftformerfordernis des § 623 BGB im Arbeitsrecht: Richardi/Annub, NJW 2000, 1231 ff.; Preis/Gotthardt, NZA 2000, 348 ff.