

Für das Nachschlagewerk!	Nein
Für die Fachpresse!	Nein
Für die Amtliche Sammlung!	Nein

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit; BUr1G §§ 2, 11 Abs. 2,
§ 13 Abs. 1 Satz 3; HGB § 63

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 5 AZR 103/75

Urteil des BAG vom 17. März 1976 LAG Baden-Württemberg



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



5 AZR 103/75

4 Sa 100/73 Baden-Württemberg

Verkündet
am 17. März 1976

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

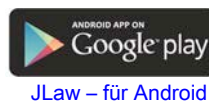
hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. März 1976 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Siara und Dr. Heither sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Sohler und Werner für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 28. November 1974 - 4 Sa 100/73 - in der Kostenentscheidung und

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



- 2 -

insoweit aufgehoben, wie es dem Kläger mehr als 5.390,-- DM zuerkannt hat.

2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Stuttgart vom 9. Mai 1973 - 3 Ca 55/73 - wie folgt teilweise abgeändert:

Die Klage wird mit dem 5.390,-- DM übersteigenden Betrag einschließlich Zinsen abgewiesen.

3. Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
4. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte 5/6 und der Kläger 1/6.

V o n R e c h t s w e g e n !

Tatbestand:

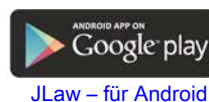
Der Kläger war bei der Beklagten, einer Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, in der Zeit vom 1. Februar 1970 bis 31. Dezember 1971 in deren Stuttgarter Niederlassung als Prüfungs- und Steuerassistent im Angestelltenverhältnis tätig. Er verdiente monatlich 1.700,-- DM brutto. Wegen einer Erkrankung kündigte er dieses Arbeitsverhältnis am 30. August 1971 zum 31. Dezember 1971.

Am 20. Dezember 1971 schlossen die Parteien einen weiteren schriftlichen Vertrag, wonach der Kläger als "freiberuflicher Mitarbeiter" ab 1. Januar 1972 für die Beklagte zu

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

folgenden Bedingungen tätig werden sollte:

- "1. Ihre Mitarbeit erfolgt fallweise und freiberuflich. Die Art und Dauer Ihrer Mitarbeit wird von uns bestimmt.
2. Als Vergütung erhalten Sie je Arbeitstag ein Honorar in Höhe von DM 115,--. Die Vergütung schließt die Abgeltung eines etwaigen Urlaubsanspruchs ein.
3. ..."

Ab 1. Januar 1972 arbeitete der Kläger auf dieser Grundlage. Er erhielt eine monatliche Lohnabrechnung. Die Beklagte führte für ihn Lohnsteuern ab und zahlte die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung. Mit Schreiben vom 2. März 1972 bat der Kläger die Beklagte, ihn "wieder auf Dauer in der Firma einzustellen". Sein Gesundheitszustand habe sich so gebessert, daß einer weiteren Tätigkeit als Prüfungs- und Steuerassistent einschließlich der damit verbundenen Reisen nichts mehr im Wege stehe. Die Beklagte wollte darüber erst im Juni 1972 entscheiden.

Während der Dauer dieses zweiten Vertragsverhältnisses war der Kläger am 24. und 25. Februar, vom 14. bis 16. August und vom 18. bis 30. September 1972 arbeitsunfähig krank. In der Zeit vom 20. April bis 31. Mai 1972 unterzog er sich einer von der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte verordneten Heilkur. Die Beklagte hat nur für die beiden Tage vom 24. und 25. Februar 1972 Honorar in Höhe von zusammen 230,-- DM gezahlt. Für die übrigen Zeiten verlangt der Kläger eine Vergütung von 4.730,-- DM brutto. Außerdem verlangt er ein Urlaubsentgelt für die Zeit seines Urlaubs vom 5. bis 12. August und vom 21. August bis 3. September 1972 von 1.875,-- DM brutto. Das sind zusammen 6.605,-- DM brutto. Das zweite Vertragsverhältnis endete am 30. September 1972 aufgrund einer vom Kläger am 17. August 1972 erklärten Kündigung.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 4 -

Der Kläger hat zur Begründung seiner Zahlungsansprüche behauptet, trotz der im Vertrag vom 20. Dezember 1971 verwendeten Bezeichnung sei er kein freiberuflicher Mitarbeiter sondern nach wie vor Angestellter der Beklagten gewesen. Er habe dem Direktionsrecht seiner Vorgesetzten unterstanden; vom Wirtschaftsprüfer R habe er laufend Weisungen erhalten und sei auch praktisch wie ein Angestellter behandelt worden. Er habe Bürozeiten einhalten müssen und auch die bei den Mandanten üblichen Arbeitszeiten, wenn er im Außendienst tätig geworden sei. Die Beklagte habe ihm auferlegt, Tätigkeits- und Spesenberichte einzureichen. Sie habe ihm einen festen Arbeitsplatz in ihren Geschäftsräumen zugewiesen. Schließlich habe sie ihn auch im Hinblick auf Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge wie einen Arbeitnehmer behandelt. Sie habe die hier behaupteten Tatsachen schriftlich gegenüber der DAK im Dezember 1971 bestätigt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn
6.605,-- DM brutto nebst Zinsen zu
zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei in der streitigen Zeit freier Mitarbeiter gewesen. Dazu hat die Beklagte behauptet, der Kläger habe über die Annahme oder Ablehnung der ihn von Fall zu Fall angetragenen Aufträge frei entscheiden können. Allerdings habe er sich bei Vertragsabschluß zu umfangreichen Prüfungsarbeiten verpflichtet. Der Kläger sei zwar fachlich vom jeweiligen Prüfungsleiter abhängig gewesen. Darin liege jedoch keine persönliche Abhängigkeit. Die bei den Mandanten übliche Arbeitszeit habe der Kläger nur einhalten müs-

- 5 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 5 -

sen, weil sonst eine geordnete Prüfungstätigkeit nicht möglich gewesen sei. Der Kläger hätte auch Aufträge anderer Auftraggeber annehmen können. Schließlich ergebe die Vorgeschichte dieses Vertrages, daß beide Parteien nur an eine vorübergehende Beschäftigung gedacht hätten. Der vereinbarte Lohn liege erheblich über den Vergütungen, wie sie vergleichbaren Arbeitnehmern bei der Beklagten gezahlt würden. Mit der Vergütung seien Urlaubsansprüche abgegolten. Auch sollte der Kläger von diesem Honorar das Risiko einer Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle selbst tragen. Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge seien versehentlich abgeführt worden. Tätigkeits- und Spesenberichte habe der Kläger nur zur Berechnung der ihm zustehenden Honorare und Spesen einreichen müssen.

Mit der Widerklage verlangt die Beklagte Rückzahlung des für den 24. und 25. Februar 1972 gezahlten Honorars in Höhe von 230,-- DM; das sind die Tage, an denen der Kläger arbeitsunfähig krank war. Die Beklagte hat den entsprechenden Klageantrag gestellt. Der Kläger hat beantragt, diese Widerklage abzuweisen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung und den im Wege der Widerklage erhobenen Zahlungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat nur zum Teil Erfolg. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle und auf Zahlung eines Urlaubsentgelts dem Grunde nach zu. Sie sind nur in der Höhe nicht im vollen Umfang berechtigt.

- 6 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

1. Der Kläger war im fraglichen Zeitraum Arbeitnehmer der Beklagten.

a) Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich vom Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters nur durch einen höheren Grad der persönlichen Abhängigkeit des zur Dienstleistung Verpflichteten. Das Ausmaß dieser persönlichen Abhängigkeit ergibt sich aus den im einzelnen getroffenen Vereinbarungen. Allerdings kann sich der Dienstempfänger dann, wenn sein erklärter Wille mit den objektiven Tatsachen nicht im Einklang steht, nicht darauf berufen, er habe keine arbeitsrechtlichen Beziehungen gewollt. Insoweit kommt es neben den ausdrücklich oder stillschweigend getroffenen Abreden auch auf die Durchführung des Vertragsverhältnisses und seine praktische Handhabung an (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. BAG 19, 324 [329] = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu 1 der Gründe]; AP Nr. 144 zu § 242 BGB Ruhegehalt [zu II 3 b und c der Gründe]; Urteile des Senats vom 3. Oktober 1975 - 5 AZR 162/74 - und - 5 AZR 427/74 - [demnächst] AP Nr. 15 und 16 zu § 611 BGB Abhängigkeit [jeweils zu II 1 der Gründe]). Zu Recht hat deshalb das Berufungsgericht sowohl die vertragliche Regelung als auch die praktische Durchführung in seine Würdigung einbezogen.

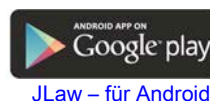
b) Für die Abgrenzung der Rechtsverhältnisse kann es zunächst wichtig sein, ob Dienstleistungen vergleichbarer Art allgemein oder im Betrieb der Beklagten in einem Arbeitsverhältnis oder in einem freien Mitarbeiterverhältnis geleistet werden. Die Verkehrsanschauung gibt einen ersten Anhaltspunkt für die Einordnung des Rechtsverhältnisses. Wird darüber hinaus der zur Dienstleistung Verpflichtete im wesentlichen in der selben Weise und in dem selben Umfang wie vergleichbare Arbeitnehmer beschäftigt, spricht dies ebenfalls für ein Arbeitsverhältnis (BAG AP Nr. 10 zu § 611 BGB Abhängigkeit

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 7 -

[Bl. 2 R]). Im vorliegenden Fall drängt sich auch ein Vergleich der früheren Tätigkeit des Klägers, die unstreitig in einem Arbeitsverhältnis erfolgte, mit Inhalt und Umfang seiner Tätigkeit im fraglichen Zeitraum auf.

c) Im vorliegenden Fall hat die Beklagte nicht darlegen können, inwieweit sich die Tätigkeit des Klägers in der fraglichen Zeit von seiner früheren Tätigkeit unterschied. Auch im Hinblick auf Umfang und Inhalt der vom Kläger und von anderen festgestellten Prüfungs- und Steuerassistenten erwarteten Arbeitsleistungen gab es keinen Unterschied. Der Kläger war wie die übrigen Mitarbeiter zu Prüfungsarbeiten im Innen- und Außendienst eingeteilt. Er hatte sich zumindest während der Tätigkeit bei Mandanten der Beklagten an die übliche Arbeitszeit zu halten. Die Beklagte erwartete von ihm auch, daß er für zeitlich umfangreichere Prüfungsarbeiten zur Verfügung stand. Sie hatte an der Weiterarbeit des Klägers, wie sie selbst vorgetragen hat, nur Interesse, wenn er sich zu diesen umfangreichen Arbeiten verpflichtete. Das hat sie dem Kläger gegenüber auch geäußert. Gerade in dieser vorausschauenden Planung und Einteilung kommt eine erhebliche Bindung des Klägers an den Betrieb der Beklagten zum Ausdruck, vor allem in zeitlicher Hinsicht. Die ständige Anwesenheit des Klägers an seinem Arbeitsplatz zu betriebsüblicher Arbeitszeit beruht damit nicht nur auf freiwilligen Entschlüssen des Klägers sondern ebenso sehr auf deutlich geäußerten Erwartungen der Beklagten, denen sich der Kläger gefügt hat. Die Beklagte hat dem Kläger in der praktischen Durchführung der Vertragsbeziehungen mithin nicht die Freiheit gelassen, die für einen freien Mitarbeiter typisch ist (vgl. hierzu auch Urteil des Senats vom 3. Oktober 1975 - 5 AZR 445/74 - [demnächst] AP Nr. 17 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu I 2 b, aa der Gründe]).

Hinweis: Auch Teile der Urteilsanordnung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrkG geschützt.

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

Dagegen kommt es - entgegen der Ansicht der Revision - auf den Umfang der fachlichen Weisungsgebundenheit im vorliegenden Fall nicht an. Als Abgrenzungsmerkmal ist dieser Umstand wenig geeignet, wenn es zwischen vergleichbaren Festangestellten und freien Mitarbeitern keine spezifischen Unterschiede gibt (Urteil des Senats vom 3. Oktober 1975 - 5 AZR 427/74 - [demnächst] AP Nr. 16 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu II 2 c der Gründe]). So war es hier. Die Tätigkeit eines Prüfungs- und Steuerassistenten unterscheidet sich nicht, je nachdem ob die Tätigkeit in einem freien Mitarbeiterverhältnis oder in einem Arbeitsverhältnis geleistet wird. Auch kann offenbleiben, ob diese Tätigkeit ihrer Art nach oder wegen der notwendigen Zusammenarbeit mit den übrigen Arbeitnehmern der Beklagten überhaupt in einem freien Mitarbeiterverhältnis geleistet werden kann. Typisch für die Dienste des Klägers war auch nicht die Begrenzung auf einzelne Arbeitseinsätze; im Vordergrund stand vielmehr die täglich wiederkehrende und regelmäßig anfallende Arbeit (hierzu auch Urteil des Senats vom 3. Oktober 1975 - 5 AZR 162/74 - [demnächst] AP Nr. 15 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu II 3 der Gründe]).

d) Für eine Anfechtung der Willenserklärung, die zum Zustandekommen des Arbeitsvertrages geführt hat, ist kein Raum. Die Beklagte selbst hat den Kläger bei der Durchführung des Vertrages in einer Form an sich gebunden, die ihn in eine für den Arbeitnehmer typische Abhängigkeit brachte. Das alles ist mit Wissen und Willen der Beklagten geschehen. Sie kann sich deshalb der rechtlichen Würdigung dieses Rechtsverhältnisses nicht mit der Begründung entziehen, sie habe die Folgen nicht gewollt. Es liegt ein vollwirksames und nicht nur ein faktisches jederzeit auflösbares Arbeitsverhältnis vor (vgl. das obengenannte Urteil des Senats vom 3. Oktober 1975 - 5 AZR 162/74 - [zu II 1 der Gründe]).

- 9 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



2. Als Arbeitnehmer hat der Kläger Anspruch auf Krankenbezüge und Urlaub.

a) Urlaubsentgelt kann der Kläger unabhängig davon verlangen, ob er Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person war (§ 2 BUrlG). Auf seine Arbeitnehmereigenschaft kam es nicht wegen der Urlaubsansprüche sondern nur wegen der Krankenbezüge an.

Die im Vertrag vereinbarte "Abgeltung eines etwaigen Urlaubsanspruchs" mit dem arbeitstäglich vereinbarten Honorar ist unwirksam. Sie verstößt gegen zwingende Grundsätze des Urlaubsrechts (§ 13 Abs. 1 Satz 3 BUrlG). Nach dem Zweck des Bundesurlaubsgesetzes kann der Urlaubsanspruch nur so erfüllt werden, daß der Arbeitnehmer in der gewährten Freizeit auch ausreichend wirtschaftlich gesichert ist. Deshalb muß der Arbeitgeber für die Zeit des Urlaubs einen neben der Grundvergütung besonders ausgewiesenen Betrag zahlen; er darf das Urlaubsentgelt nicht zu einem Bestandteil der regelmäßigen Vergütung für die normale Arbeitsleistung machen (BAG 17, 323 [328] = AP Nr. 1 zu § 11 BUrlG [zu 2 a der Gründe]). Außerdem ist das Urlaubsentgelt vor Antritt des Urlaubs zu zahlen (§ 11 Abs. 2 BUrlG). Die gesonderte Zahlung muß deshalb in einem zeitlichen Zusammenhang mit dem Antritt des Urlaubs stehen. Beiden Anforderungen wird die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung nicht gerecht. Sie stellt eine Art Barabkauf des Urlaubs dar, der in dieser Form unzulässig ist (zu einem tariflichen Barabgeltungsverbot vgl. BAG 4, 59 [62] = AP Nr. 1 zu § 817 BGB [Bl. 2]). Der Urlaubsanspruch kann damit nicht wirksam erfüllt werden.

b) Der Anspruch auf Fortzahlung des Gehalts im Fall der Krankheit ist für den Kläger als Arbeitnehmer unabdingbar (§ 63 Abs. 1 Satz 4 HGB). Die Beklagte ist daher verpflichtet, für die Dauer der Erkrankung das Arbeitsentgelt weiterzuzahlen. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers infolge des



- 10 -

von ihm in Anspruch genommenen Heilverfahrens ist im Sinne von § 63 Abs. 1 Satz 1 HGB ein unverschuldetes Unglück; sie steht einer Krankheit gleich (BAG 10, 183 [187] = AP Nr. 21 zu § 63 HGB [zu 3 der Gründe]; BAG 11, 12 [14 f.] = AP Nr. 22 zu § 63 HGB [zu III 1 der Gründe]; seither ständige Rechtsprechung).

Der Anspruch des Arbeitnehmers ist allerdings begrenzt auf eine Entgeltfortzahlungspflicht für die Dauer von sechs Wochen. Die Beklagte hat im vorliegenden Verfahren aber nicht geltend gemacht, es habe jeweils eine Fortsetzungserkrankung vorgelegen, was zu einer Begrenzung des Anspruchs geführt hätte (BAG AP Nr. 33 zu § 63 HGB).

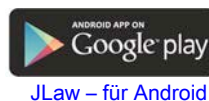
c) Der Kläger kann jedoch für den Urlaub und die Zeit von Kur und Erkrankung nicht den vollen vereinbarten Tagessatz von 115,-- DM fordern. Dieser Betrag sollte nach der getroffenen Vereinbarung teilweise auch das Risiko der Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall und einen etwaigen Urlaubsanspruch abgelten. Es erscheint nicht gerechtfertigt, auch diesen Teil des Honorars bei der Bezahlung der Urlaubs- und Krankheitstage einzubeziehen, da die Parteien ersichtlich bewußt die eigentliche Gegenleistung für die vereinbarten Dienste um die sozialen Nebenkosten erhöht haben, bei gleichzeitiger Überbürdung des Risikos auf den Kläger. Der Kläger kann vielmehr für die strittigen Tage nur denjenigen Teil des Honorars verlangen, der als Gegenleistung für die vereinbarten Dienste anzusehen ist. Die zwingenden Vorschriften über Lohnfortzahlung und Urlaub sollen dem Arbeitnehmer nicht noch zusätzliche Vorteile aus einer unwirksamen Abrede verschaffen. Ob entsprechendes für noch nicht abgewickelte Ansprüche auf Arbeitsvergütung zu gelten hätte, kann hier offenbleiben.

Wie hoch der für die Krankheits- und Urlaubstage zu zahlende Honoraranteil ist, läßt sich nur schätzen. Der Senat hält für den fraglichen Zeitraum 98,-- DM je Arbeitstag für

- 11 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 11 -

angemessen. Dieser Betrag ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Ab Januar 1972 hätte der Kläger monatlich etwa 2.062,50 DM verdient, wenn die Parteien von Anfang an dieses Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis gewertet hätten. Bei der Ermittlung dieses Betrages geht der Senat von dem am 31. Dezember 1972 gezahlten Gehalt von 1.700,-- DM monatlich aus. Diesem Betrag ist eine von der Beklagten selbst zugestandene angemessene Gehaltserhöhung zuzurechnen, die der Senat auf etwa 150,-- DM schätzt. Hinzu kommen die übrigen jährlich gezahlten Sonderzuwendungen (dreizehntes Monatsgehalt und ein halbes vierzehntes Monatsgehalt), umgerechnet auf den Monat 212,50 DM. Insgesamt ergibt sich ein Tagessatz von 98,-- DM. Der überschießende Teil der tatsächlich gezahlten Vergütung ist derjenige, der dem Kläger mit Rücksicht auf die vermeintlich fehlende Verpflichtung zur Gehaltsfortzahlung und zur Abgeltung von Urlaub zugebilligt wurde.

Der Kläger hat somit Anspruch auf die ermittelte arbeitstägliche Vergütung von 98,-- DM für die Zeit der Erkrankung und für den geforderten Urlaub (= 55 x 98,-- DM). Daraus ergibt sich eine restliche Forderung des Klägers in Höhe von 5.390,-- DM.

3. Wegen der Mehrforderung des Klägers hat die Revision der Beklagten somit Erfolg. Dagegen bleibt es dabei, daß die Widerklage der Beklagten unbegründet ist, weil der Kläger auch für den 24. und 25. Februar Anspruch auf Krankenbezüge hatte. Insgesamt führt das zu einer teilweisen Aufhebung des angefochtenen und zu einer entsprechenden Abänderung des erstinstanzlichen Urteils.

gez.: Dr. Hilger

Siara

Dr. Heither

Dr. Sohler

Werner



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)