

Aktenzeichen: 5 AZR 462/82

Bundesarbeitsgericht 5. Senat

Urteil vom 21. März 1984

- 5 AZR 462/82 -

I. Arbeitsgericht

Urteil vom 7. Juli 1981

Heilbronn

- 3 Ca 228/81 -

II. Landesarbeitsgericht

Urteil vom 19. August 1982

Baden-Württemberg

- 4 Sa 37/82 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Entscheidungsstichwort:

Status-Beurteilung eines Bauleiters

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit, § 138 Abs. 1, § 612
Abs. 2; KO § 59 Abs. 1 Nr. 3 a, § 61 Abs. 1 Nr. 1,
§ 61 Abs. 1 Nr. 6

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

5 AZR 462/82

4 Sa 37/82 Baden-Württemberg

Verkündet am
21. März 1984

Haust,

Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. März 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thomas, den Richter Dr. Heither und die Richterinnen Michels-Holl sowie die ehrenamtlichen Richter Flachsenberg und Nitsche für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 19. August 1982 - 4 Sa 37/82 - teilweise aufgehoben und zur Klarstellung wie folgt neu gefaßt:

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Heilbronn vom 7. Juli 1981 - 3 Ca 228/81 - abgeändert:

Es wird festgestellt, daß dem Kläger gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 3 a KO eine Masseforderung in Höhe von 632,54 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 9. April 1981 zusteht.

Zur Konkurstabelle des Amtsgerichts Elmshorn - 6 N 7/81 - wird festgestellt

- a) eine nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO bevorrechtigte Konkursforderung des Klägers in Höhe von 1.265,10 DM nebst 4 % Zinsen für die Zeit vom 9. April 1981 bis 30. Juni 1981,
- b) eine nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO nichtbevorrechtigte Konkursforderung des Klägers in Höhe von 3.373,60 DM nebst 4 % Zinsen für die Zeit vom 9. April 1981 bis 30. Juni 1981.

Im übrigen werden die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung des Klägers zurückgewiesen.

2. Die weitergehende Revision des Beklagten wird zu-



rückgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 2/3 und der Beklagte 1/3 zu tragen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger für die Firma H -Haus als Arbeitnehmer oder als freier Mitarbeiter tätig war, ob und in welcher Höhe ihm aus diesem Vertragsverhältnis noch Ansprüche zustehen und wie diese im Konkurs der Firma H -Haus einzuordnen sind.

Die Firma H -Haus erstellte über örtliche Bezirksdirektionen und Niederlassungen schlüsselfertige Häuser in konventioneller Bauweise. Der Kläger war vom 1. März 1979 bis 31. März 1981 als Bauleiter im Bereich der Niederlassung He -tätig. Der formularmäßige "Bauleiter-Vertrag" hat, soweit hier von Bedeutung, folgenden Wortlaut:

- "1. Der Bauleiter ist als freier Mitarbeiter mit der Bauleitung von H -Häusern beauftragt. Die einzelnen Bauvorhaben werden ihm jeweils vom Oberbauleiter zur Bauleitung übertragen. Als Bauleiter hat er das Aufgabengebiet eines Architekten zu erledigen.
2. Der Bauleiter hat dafür zu sorgen, daß die Bauvorhaben entsprechend den genehmigten Bauvorlagen und den anerkannten Regeln der Baukunst ausgeführt werden. Das Aufgabengebiet erstreckt sich auf die gesamte Baudurchführung, auch wenn diese nicht in vollem Umfang des Hausauftrages enthalten ist. Die Erschließung, Be- und Entwässerung, Außenanlagen führt der Bauleiter in beratender Funktion aus.

Die ausführenden Unternehmer werden gemäß Leitplan vom Bauleiter eingesetzt.



3. Die Einzelheiten der Bauleitung und der organisatorischen Abwicklung sind aus dem Leitplan ersichtlich, der Vertragsgrundlage ist und in jedem Fall einzuhalten ist.
4. Der Bauleiter erhält für die vertragsgemäße Tätigkeit ein Honorar, das sich nach dem Rohgewinn bemißt.

Bei Zahlung der 15 %-Rate seitens der Bauherren erhält der Bauleiter einen Anteil von der Auftragssumme, dessen Höhe im Leitplan angegeben ist.

Bei Abrechnung und Fertigstellung des Bauvorhabens erhält der Bauleiter einen prozentualen Anteil des Rohgewinns. Wird das Bauvorhaben mit Verlust abgerechnet, haftet der Bauleiter mit demselben Anteil.

....

Bei der Gewinnermittlung werden vom Bruttogewinn 5,5 % Vorsumme, Betriebssteuern und Rückstellung mit 12 % abgezogen.

In dem Honorar ist die gesetzl. Mehrwertsteuer enthalten. Der Bauleiter bestätigt, daß er nach den allgemeinen Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes von 1967 die Mehrwertsteuer mit z. Zt. 12 % an das Finanzamt abführen wird.

....

7. Bei nicht vertragsgerechter Ausübung können dem Bauleiter nach Anordnung des Entzuges sowohl einzelne als auch sämtliche Bauleitungen entzogen werden."

Die Parteien sind sich darüber einig, daß die Beschäftigungszeit des Klägers vom 1. März 1979 bis 31. Dezember 1980 wöchentlich 60 Stunden und in der Zeit vom 1. Januar 1981 bis 31. März 1981 wöchentlich 55 Stunden betrug. In der gesamten Beschäftigungszeit erhielt der Kläger von der Firma H - Haus unstreitig 149.928,05 DM. Hiervon führte der Kläger Umsatzsteuer ab. Lohnsteuer- und Sozialversicherungsbeiträge wurden von der Firma nicht einbehalten.

Über das Vermögen des Inhabers der Firma H -Haus wurde



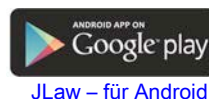
durch Beschluß des Amtsgerichts Elmshorn vom 30. Juni 1981 der Konkurs eröffnet. Konkursverwalter ist der Beklagte.

Mit der vor Konkurseröffnung erhobenen Klage hat der Kläger gegen die Gemeinschuldnerin und damalige Beklagte Gewinnanteilsansprüche aus verschiedenen Bauvorhaben in Höhe von insgesamt 17.196,00 DM geltend gemacht. Auf die mündliche Verhandlung vom 29. Juni 1981 hat das Arbeitsgericht durch Urteil vom 7. Juli 1981 die Fa. H -Haus zur Zahlung von 13.310,40 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Der Kläger hat die titulierte Forderung am 30. Juli 1981 im Konkursverfahren der Gemeinschuldnerin angemeldet. Der Beklagte hat sie im Prüfungstermin vom 26. Oktober 1981 bestritten. Er hat ferner gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Berufung eingelegt und geltend gemacht, das Arbeitsgericht sei für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht zuständig. Er hat vorgetragen, der Kläger sei im Unternehmen der Gemeinschuldnerin nicht als Arbeitnehmer, sondern als freier Mitarbeiter tätig gewesen. Als Bauleiter habe der Kläger bei der Ausschreibung der Aufträge für die einzelnen Gewerke eines Bauvorhabens, bei der Entgegennahme der Angebote und ihrer Vergabe völlig frei entscheiden können und sei keinerlei Weisungen durch die Gemeinschuldnerin unterworfen gewesen. Er sei zeitlich und örtlich nicht stärker gebunden gewesen als ein freischaffender Architekt. Der Kläger habe über seine Termine, Fahrten und Arbeitszeiten selbst bestimmt. Er habe auch die Bauleitung für ein Bauvorhaben ablehnen können, wenn dieses unterhalb der einheitlich für das Bundesgebiet vorgegebe-



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



nen Preiskalkulation der Gemeinschuldnerin gelegen habe. Die Tätigkeit eines Bauleiters sei der eines selbständigen Unternehmers vergleichbar und weise die typische Eigenart eines freischaffenden Architekten auf. In den Jahren 1978 bis 1980 seien an die bei der Gemeinschuldnerin tätigen Bauleiter Vergütungen von durchschnittlich 5.665,-- bis 6.256,-- DM gezahlt worden, für die in Übereinstimmung mit der Finanzverwaltung und den Sozialversicherern keine Lohnsteuer und keine Sozialabgaben abgeführt worden seien.

Die zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Kläger vereinbarte Vergütungsregelung sei auch nicht als sittenwidrig anzusehen. Sie habe nicht nur in der Gewinn- und Verlustbeteiligung bestanden, sondern auch eine Provision von 0,7 % der Auftragssumme eines Bauvorhabens eingeschlossen. Die Verlustbeteiligung sei zudem begrenzt gewesen.

Der Beklagte hat ferner die Forderungshöhe bestritten und geltend gemacht, es stehe lediglich noch eine Gesamtforderung von 3.795,91 DM als nichtbevorrechtigte Konkursforderung gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO offen. Diese setze sich zusammen aus Gewinnanteilsansprüchen der unvollendet gebliebenen Bauvorhaben K, L, St und O in Höhe von insgesamt 2.365,91 DM und - unter Zugrundelegung eines angemessenen Stundensatzes von 20,-- DM - für unstreitige Gewährleistungsarbeiten in Höhe von 1.430,00 DM.

Werde der Bauleitervertrag allerdings als Arbeitsvertrag



qualifiziert, so sei die Rangordnung für die Ansprüche des Klägers nach dem Zeitraum zu bestimmen, in dem die zu vergütende Arbeit geleistet worden sei. Dann stehe dem Kläger eine nichtbevorrechtigte Konkursforderung gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO in Höhe von 2.952,66 DM, eine bevorrechtigte Konkursforderung gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO in Höhe von 612,17 DM und eine Masse-schuldforderung gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 3 a KO in Höhe von 231,08 DM zu.

Der Beklagte hat beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Arbeitsgerichts Heilbronn vom 7. Juli 1981 - 3 Ca 228/81 - zur Konkurstabelle des Amtsgerichts Elmshorn, Aktenzeichen 6 N 7/81 festzustellen, daß dem Kläger gegen den Gemeinschuldner eine nichtbevorrechtigte Konkursforderung gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO in Höhe von 3.795,91 DM zustehe und die weitere Klage abzuweisen.

Der Kläger hat beantragt,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen und
- im Wege der Anschlußberufung -

1. festzustellen, daß gemäß § 59 Nr. 3 KO eine Masseforderung des Klägers in Höhe von 2.363,20 DM nebst 12 % Zinsen seit 9. April 1981 besteht,
2. zur Konkurstabelle des Amtsgerichts Elmshorn, Aktenzeichen 6 N 7/81 festzustellen
 - a) eine bevorrechtigte Konkursforderung des Klägers gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO in Höhe von 7.973,20 DM nebst 12 % Zinsen vom 9. April 1981 bis 30. Juni 1981,
 - b) eine nichtbevorrechtigte Konkursforderung des Klägers nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO in



Höhe von 5.504,-- DM nebst 12 % Zinsen
vom 9. April 1981 bis 30. Juni 1981.

Der Beklagte hat beantragt, die Anschlußberufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er sei bei der Fa. H -Haus als Arbeitnehmer und nicht als freier Mitarbeiter tätig gewesen. Er hat behauptet, neben seiner Aufgabe als Bauleiter sei er von der Gemeinschuldnerin auch als Statiker eingesetzt worden und habe Pläne anfertigen müssen. In regelmäßigen Abständen, zunächst einmal monatlich, später alle drei Wochen, habe er samstags und sonntags von 10 bis 17 Uhr Dienste leisten müssen. Zudem sei er regelmäßig von 7 bis 19 Uhr tätig gewesen.

Der Kläger hat weiter die Auffassung vertreten, die Vergütungsregelung im Bauleitervertrag sei sittenwidrig. Mit der Verlustbeteiligung habe die Gemeinschuldnerin ihr wirtschaftliches Unternehmerrisiko teilweise auf ihn abgewälzt, ohne daß er den Abschluß der Geschäfte beeinflussen können. Daher hätte er trotz seiner Provision auch dann Verluste erleiden können, wenn er seine Bauleitertätigkeit ordentlich und pflichtgemäß erbracht habe. Wegen des hohen zeitlichen Aufwandes könne ein fiktives Gehalt nur mit erheblichem Aufschlag als übliche Vergütung angesetzt werden. Ein Zuschlag von 60 % sei hierfür angemessen.

Der Kläger ist ferner der Auffassung, außer den bisher geltend gemachten Gewinnanteilsansprüchen könne er für die Gewährleistungsarbeiten 5.370,-- DM beanspruchen. Er habe 179 Arbeits-



stunden erbracht, für die ein Stundensatz von 30,-- DM als angemessen zugrunde zu legen sei. Da die Gewährleistungsarbeiten fast ausschließlich in der Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 1980 erbracht worden seien, stelle die dafür geforderte Vergütung eine bevorrechtigte Forderung gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO dar. Da die Arbeiten an den Bauvorhaben St und K sich über die gesamte Dauer der Tätigkeit erstreckt hätten, sei insoweit jeweils ein Drittel der Forderung in die jeweiligen Zeiträume einzusetzen. Das Bauvorhaben O sei gemäß der getroffenen Vereinbarung in die Zeit zwischen dem 1. Juli und 31. Dezember 1980 einzusetzen. Für das Bauvorhaben L werde die geltend gemachte Forderung in Höhe von 3.926,-- DM lediglich als nicht bevorrechtigte Konkursforderung beansprucht.

Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlußberufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und festgestellt, daß dem Kläger gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 3 KO eine Masseforderung in Höhe von 1.900,85 DM nebst 4 % Zinsen seit 9. April 1981 zustehe. Zur Konkurstabelle des Amtsgerichts Elmshorn hat es eine nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO bevorrechtigte Konkursforderung des Klägers in Höhe von 3.801,70 DM und eine nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO nichtbevorrechtigte Konkursforderung des Klägers in Höhe von 10.137,86 DM, jeweils nebst 4 % Zinsen für die Zeit vom 9. April 1981 bis 30. Juni 1981, festgestellt.

Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen in der Berufungsinstanz gestellten Antrag weiter, zur Konkurstabelle



des Amtsgerichts Elmshorn festzustellen, daß dem Kläger gegen der Gemeinschuldner lediglich eine nichtbevorrechtigte Konkursforderung gemäß § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO in Höhe von 3.795,91 DM zustehe. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nur zum Teil begründet. Dem Kläger steht eine Masseforderung in Höhe von 632,54 DM zu. Zur Konkurstabelle ist als bevorrechtigte Konkursforderung nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO eine Forderung in Höhe von 1.265,10 DM nebst Zinsen sowie als nichtbevorrechtigte Konkursforderung nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO eine Forderung in Höhe von 3.373,60 DM nebst Zinsen festzustellen. Soweit der Kläger eine höhere Masseforderung geltend gemacht hat sowie eine höhere bevorrechtigte und eine höhere nichtbevorrechtigte Konkursforderung festgestellt wissen wollte, ist die Klage nicht begründet.

A. Nachdem der Kläger in der Berufungsinstanz im Wege der Anschlußberufung noch eine Masseforderung in Höhe von 2.363,20 DM und eine Konkursforderung in Höhe von 13.477,20 DM geltend gemacht hatte, waren in der Revisionsinstanz noch die vom Berufungsgericht titulierte Masseforderung in Höhe von 1.900,85 DM, eine nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO bevorrechtigte Konkursforderung in Höhe von 3.801,70 DM und - unter Berücksichtigung der von dem Beklagten zugestandenen Vergütung - eine nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO nichtbevorrechtigte Konkursforderung in Höhe von 6.341,95 DM im Streit.



B. Das Berufungsgericht hat der nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin vom Kläger nach § 146 KO auf Feststellung des Bestehens einer Masseforderung und auf Feststellung von Konkursforderungen zur Konkurstabelle umgestellten Klage in dem angegebenen Umfang zu Recht stattgegeben.

I. Das Berufungsgericht ist dabei davon ausgegangen, daß es sich bei der vom Kläger geltend gemachten Forderung um einen Vergütungsanspruch aus einem Arbeitsverhältnis handelt. Dem ist zuzustimmen.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die auch von der Rechtslehre geteilt wird, unterscheidet sich der Arbeitsvertrag vom freien Dienstvertrag durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils befindet (Urteile vom 28. Februar 1962 - 4 AZR 141/61 -, vom 15. März 1978 - 5 AZR 818/76 -, vom 7. Mai 1980 - 5 AZR 293 u. 593/78 -, AP Nr. 1, 25, 35 und 36, jeweils zu § 611 BGB Abhängigkeit). In dem Urteil vom 13. Januar 1983 - 5 AZR 149/82 - AP Nr. 42 zu § 611 BGB Abhängigkeit, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt, hat der erkennende Senat die Abgrenzungskriterien noch einmal zusammengefaßt und dargelegt. Danach ist Arbeitnehmer derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Insoweit enthält § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ein typisches Abgrenzungsmerkmal. Nach dieser Bestimmung ist selbständig, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.



Diese Regelung gilt unmittelbar zwar nur für die Abgrenzung des selbständigen Handelsvertreters vom abhängig beschäftigten Handlungsgehilfen. Über diesen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus enthält diese Bestimmung jedoch eine allgemeine gesetzgeberische Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages vom Arbeitsvertrag zu beachten ist (vgl. BAG 36, 77, 84 = AP Nr. 38 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu II 3 b der Gründe; BAG Urteil vom 17. Mai 1978 - 5 AZR 580/77 - AP Nr. 28 aaO, zu 1 der Gründe). Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere darin, daß ein Arbeitnehmer hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der versprochenen Dienste einem umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Eine fachliche Weisungsgebundenheit tritt häufig hinzu; sie ist andererseits für Dienste höherer Art nicht immer typisch (vgl. BAG 30, 163, 163 ff. = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 1 und 2 der Gründe).

Weiter zu beachten ist, daß bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit berücksichtigt werden muß, da es keine abstrakten, für alle Arbeitnehmer geltenden Kriterien gibt (vgl. BAG 30, 163, 169 = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 2 der Gründe). Es gibt auch kein Einzelmerkmal, das aus der Vielzahl möglicher Merkmale unverzichtbar vorliegen muß, damit von persönlicher Abhängigkeit gesprochen werden kann, wie eben- sowenig es ein Merkmal für die Abhängigkeit gibt, das sich nicht auch gelegentlich bei Selbständigen findet (vgl. BAG Urteil vom 23. April 1980 - 5 AZR 426/79 - AP Nr. 34 zu § 611 BGB Abhän-



gigkeit, zu II 3 der Gründe). Neben den Einzelumständen muß daher insgesamt beurteilt werden, ob nach dem Vertragsinhalt und seiner praktischen Durchführung eine persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters vorliegt (BAG 18, 87, 90 ff. = AP Nr. 2 zu § 92 HGB, zu II 1 u. 2 der Gründe; BAG Urteil vom 3. Oktober 1975 - 5 AZR 445/74 - AP Nr. 17 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu I 2 b der Gründe).

2. Von diesen Rechtsgrundsätzen ist das Berufungsgericht in seiner Entscheidung ausgegangen. Zu Unrecht beruft sich die Revision darauf, daß der übereinstimmende Wille von Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu respektieren sei, wenn in dem Vertrag zum Ausdruck komme, daß ein Mitarbeiter als freier Mitarbeiter beschäftigt werde. Der erkennende Senat hat wiederholt darauf hingewiesen, daß über die rechtliche Einordnung des Rechtsverhältnisses als Dienst- oder Arbeitsvertrag der Geschäftsinhalt entscheidet und nicht die von den Parteien - möglicherweise auch übereinstimmend - gewünschte Rechtsfolge oder Bezeichnung, die dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht (BAG 30, 163, 172 = AP Nr. 26 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu B II 4 der Gründe; ebenso BAG Urteil vom 13. Januar 1983 - 5 AZR 149/82 - AP Nr. 42 aaO, zu B II 3 der Gründe).

3. Dem steht, entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung, auch nicht die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts entgegen. In der von der Revision angeführten Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 12. Oktober 1979 (12 RK 24/78 - Nr. 2597 a zu § 168 AFG Dienstblatt der Bundesanstalt für Ar-



beit) hat der Zwölfte Senat des Bundessozialgerichts darauf hingewiesen, daß, wenn die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit in etwa gleichermaßen für eine Selbständigkeit oder für eine Abhängigkeit spricht, dem in den vertraglichen Vereinbarungen zum Ausdruck kommenden übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden die ausschlaggebende Bedeutung beizumessen ist. Das Bundessozialgericht hat damit ein Abgrenzungskriterium aufgegriffen das der erkennende Senat bereits im Urteil vom 14. Februar 1974 (- 5 AZR 298/72 - AP Nr. 12 zu § 611 BGB Abhängigkeit) als Unterscheidungsmerkmal herausgestellt hat, wenn in Grenzfällen nach den objektiven Gegebenheiten ein Arbeitsverhältnis gleichermaßen angenommen werden kann wie ein freies Mitarbeiterverhältnis. Auch nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 12. Oktober 1979 ist jedoch entscheidend darauf abzustellen, wie das Vertragsverhältnis praktisch durchgeführt wird. Erst wenn die tatsächliche Handhabung gleichermaßen für ein Arbeitsverhältnis wie für ein freies Mitarbeiterverhältnis spricht, ist die von den Parteien gewählte Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses maßgeblich dafür, ob das Mitarbeiterverhältnis als Arbeitsvertrag oder freies Mitarbeiterverhältnis auszulegen ist. Da diese Auslegungsfrage in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts somit nicht differiert, ist eine Vorlage des Rechtsstreits an den Gemeinsamen Senat der Obersten Bundesgerichtshöfe nicht geboten.

4. Das Berufungsgericht hat die Grundsätze, auf die für die Unterscheidung des Arbeitsverhältnisses und eines freien Mitarbeiterverhältnisses abzustellen ist, im vorliegenden Fall auch zu-



treffend angewandt.

Es hat zu Recht darauf hingewiesen, daß der Kläger aufgrund der von der Gemeinschuldnerin getroffenen organisatorischen Regelungen weitgehend in den betrieblichen Ablauf der Gemeinschuldnerin eingebunden war und diese über Arbeitszeit und Arbeitskraft des Klägers wie ein Arbeitgeber verfügte.

Einen erheblichen Teil seiner Arbeit hatte der Kläger in den von der Gemeinschuldnerin angemieteten Büroräumen zu verrichten. Die einzelnen Bauvorhaben waren nach den im Leitplan der Gemeinschuldnerin vorgeschriebenen Stufen und organisatorischen Weisungen vorzunehmen. Der Kläger war an bis ins Detail gehende Weisungen der Gemeinschuldnerin gebunden. Die Bauvorhaben mußten nach der genehmigten Zeichnung, Statik und dem Leistungsverzeichnis erstellt werden. Der Kläger hatte in regelmäßigen Abständen Bauberichte für die Gemeinschuldnerin zu fertigen und die ihm übertragenen Arbeiten innerhalb kurzer Fristen zu erledigen. Er mußte einen Terminkalender führen, der eine Terminübersicht und einen Zeitnachweis enthielt. Der Kalender sollte gewährleisten, daß der Kläger jederzeit erreichbar war, auch während der Freizeit, im Urlaub und im Krankheitsfalle. Der Kläger war auf diese Weise einer ständigen Kontrolle und Aufsicht der Gemeinschuldnerin unterworfen. Dementsprechend behielt sich die Gemeinschuldnerin in Ziff. 7 des Bauleitervertrages das Recht vor, dem Kläger bei nicht vertragsgerechter Ausführung eines Bauvorhabens einzelne oder sämtliche Bauleitungen zu entziehen.



Zu Recht hat das Berufungsgericht auch darauf hingewiesen, daß die dem Kläger abverlangte ständige Dienstbereitschaft und der Umfang seiner Dienste ein zusätzliches gewichtiges Indiz für ein Arbeitsverhältnis sind (BAG Urteil vom 9. März 1977 - 5 AZR 110/76 - AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit, zu 2 b der Gründe). In Ziff. 6 des Bauleitervertrages war dem Kläger auch vorgeschrieben, ausschließlich für die Gemeinschuldnerin tätig zu sein; nebenberufliche Tätigkeiten waren ihm untersagt.

Aus diesen Umständen hat das Berufungsgericht mit Recht auf ein Maß an persönlicher Abhängigkeit des Klägers geschlossen, wie es für Arbeitnehmer typisch ist, auch wenn sich die Tätigkeit des Klägers in fachlicher Hinsicht durch ein hohes Maß an Eigeninitiative und Eigenverantwortung auszeichnete.

Der Kläger war somit in der Zeit vom 1. März 1979 bis zum 31. März 1981 als Arbeitnehmer der Gemeinschuldnerin tätig. Aus diesem Arbeitsverhältnis stehen ihm arbeitsvertragliche Gehaltsansprüche zu.

II. Dem Berufungsgericht ist auch darin zuzustimmen, daß die zwischen dem Kläger und der Gemeinschuldnerin in dem Bauleitervertrag getroffene Vergütungsabrede rechtsunwirksam ist. Der noch offenstehende Vergütungsanspruch ist daher nach § 612 Abs. 2 BGB zu ermitteln.

1. Eine arbeitsvertragliche Vergütungsregelung verstößt dann gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB, wenn der



Arbeitnehmer mit dem Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers belastet wird. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn eine Vergütungsabrede eine Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers vorsieht (vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 35 I 4 mit weiteren Nachweisen).

2. In Ziff. 4 des Bauleitervertrages ist bestimmt, daß der Bauleiter im Falle eines unter Verlust abgeschlossenen Bauprojektes mit demselben Anteil haftet, mit dem er am Rohgewinn beteiligt wäre. Das sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts 21 %. Ob ein Bauvorhaben mit Gewinn oder Verlust abgeschlossen werden konnte, war jedoch nicht von der Tätigkeit des Klägers, sondern insbesondere von der Kalkulationsgrundlage der Gemeinschuldnerin sowie der Entwicklung der Preise, Zinsen und Handwerkerkosten abhängig. Daher bestand für den Kläger die Gefahr, daß er selbst dann an den Verlusten eines Bauprojektes beteiligt werden konnte, wenn er die Aufträge ordnungsgemäß und sachgerecht erledigte. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn dem Kläger nicht von ihm begonnene Bauvorhaben später zugewiesen wurden und er keinerlei Einfluß mehr auf die Vergabe der Handwerkeraufträge nehmen konnte.

3. Zu Unrecht beruft sich die Revision darauf, das Berufungsgericht habe die Vergütungsregelung abstrakt bewertet und nicht berücksichtigt, daß die Gemeinschuldnerin an die Bauleiter durchschnittlich Vergütungen in Höhe von ca. 5.600,-- bis 6.250,-- DM im Monat gezahlt habe; diese Vergütungen lägen über der einschlägigen tariflichen Regelung. Die Rechtswirksamkeit



einer Vergütungsregelung ist jedoch nicht danach zu beurteilen, ob es im Einzelfall zu einer Verlustbeteiligung des Arbeitnehmers gekommen ist. Die Vereinbarung ist vielmehr daraufhin zu überprüfen, ob sie für den Arbeitnehmer die Gefahr enthält, daß der Arbeitgeber wirtschaftliche Risiken auf ihn abwälzen und ihm so den angemessenen Lohn vorenthalten kann. Das ist aber vorliegend der Fall.

4. Da die zwischen den Parteien getroffene Vergütungsabrede mithin unwirksam ist, hat der Kläger nach § 612 Abs. 2 BGB Anspruch auf die übliche Vergütung. Zutreffend hat das Berufungsgericht dabei auf die tariflich übliche Entlohnung zurückgegriffen (BAG Urteil vom 24. Juni 1965 - 5 AZR 443/64 - AP Nr. 23 zu § 612 BGB). Es hat dabei die Tarifgruppe 6 des "Rahmentarifvertrages für die technischen und kaufmännischen Angestellten des Baugewerbes im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland" zugrunde gelegt, die auf Angestellte anzuwenden ist, die selbständig und verantwortlich Aufgaben ausführen, die besondere Fachkenntnisse erfordern, wie sie durch langjährige Tätigkeit erworben werden. Diese Einordnung des Klägers wird von der Revision auch nicht angegriffen.

III. Was die Höhe der noch offenstehenden Vergütungsansprüche des Klägers anbetrifft, ist das Berufungsgericht jedoch teilweise von nicht zutreffenden Voraussetzungen ausgegangen. Dem Kläger steht nur noch ein Teil des von ihm geltend gemachten Vergütungsanspruches zu.



1. Der Kläger hat zuletzt Gewinnanteilsansprüche verschiedener Bauvorhaben in Höhe von insgesamt 10.470,40 DM und für außerplanmäßige Gewährleistungsarbeiten in Höhe von 5.370,-- DM geltend gemacht. Der Beklagte will demgegenüber dem Kläger Gewinnanteilsansprüche in Höhe von maximal 2.365,91 DM zugestehen und ihm die Gewährleistungsarbeiten mit 1.430,-- DM vergüten.
 2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Kläger mit der Klageforderung alle noch offenstehenden Vergütungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend machen wollte. Folgerichtig hat es dann mit dem zuerkannten Anspruch die gesamte Tätigkeit des Klägers, und zwar eigentliche bauleitende Tätigkeit, Gewährleistungsarbeiten und die Arbeiten an dem von einem anderen Bauleiter begonnenen Bauvorhaben als abgegolten erachtet. Diese Auslegung des Klageantrags wird auch von der Revision nicht gerügt.
 3. Das Berufungsgericht ist unter Berücksichtigung von Tariflohnerhöhungen, der Überstunden und der tariflichen Überstundenzuschläge sowie eines anteiligen tariflichen 13. Monatsgehaltes zu einem Gesamtlohnanspruch des Klägers von 165.091,70 DM gelangt. Darauf hat es den dem Kläger ausgezahlten Betrag von 140.928,05 DM angerechnet. Unter Berücksichtigung eines Restbetrages von 676,75 DM u.a. für Sonntagsdienst, abgeführte Umsatzsteuer und nicht in Anspruch genommenen Urlaub hat es dem Kläger die Klageforderung in voller Höhe zuerkannt.
- a) Die Revision rügt zu Recht, daß es für die Höhe des in dem



angefochtenen Urteil zugrunde gelegten 13. Monatsgehalts an einer Rechtsgrundlage mangelt. Das Berufungsgericht hat das 13. Monatsgehalt unter Einbeziehung der Überstunden und Überstundenzuschläge errechnet und dabei die tariflichen Vorschriften nicht beachtet; es hat alleine hieraus 12.699,36 DM zugesprochen

Nach § 2 des Tarifvertrags über die Gewährung eines Teils eines 13. Monatseinkommens zugunsten der technischen und kaufmännischen Angestellten des Baugewerbes vom 20. November 1978 besteht für die Zeit bis zum 31. März 1981 Anspruch auf Zahlung eines 13. Monatsgehalts in Höhe von 35 % des am 30. November des jeweiligen Jahres geltenden monatlichen Tarifgehalts. Bei einem Tarifgehalt von 3.700,-- DM in der Zeit vom 1. März bis 31. Dezember 1979 und von 3.949,-- DM in der Zeit vom 1. Januar 1980 bis 31. März 1981 errechnet sich daraus ein Gesamtanspruch des Klägers in Höhe von 2.806,85 DM. Hieraus folgt ein tariflicher Gesamtlohnanspruch von 155.199,19 DM für die Zeit vom 1. März 1979 bis 31. März 1981 (165.091,70 DM abzgl. 9.892,51 DM).

b) Auch der darüber hinausgehende, vom Berufungsgericht als Differenzbetrag bezeichnete Anspruch ist nicht begründet. Die dem Kläger zugute gehaltene Sonntagstätigkeit ist, worauf die Revision zu Recht hinweist, bei den in Ansatz gebrachten Überstunden berücksichtigt worden. Dafür, daß ihm darüber hinaus weitere Ansprüche zustehen, wie etwa Urlaubsabgeltung oder die nur im Wege des Schadenersatzes gegen den Beklagten geltend zu machende Umsatzsteuererstattung, hat der Kläger nichts vorgetragen. Das Be-



rufungsgericht hat diese Ansprüche zu Unrecht in die eingeklagten Vergütungsansprüche des Klägers miteinbezogen. Auch hinsichtlich dieses Betrages kann das angefochtene Urteil daher nicht aufrechterhalten werden.

4. Der damit maßgebliche Gesamtanspruch des Klägers, der zu einem durchschnittlichen Monatsbruttogehalt von rund 6.208,-- DM führt, ist auch als angemessen anzusehen. Nachdem die Parteien den zeitlichen Umfang der Arbeitsverpflichtung des Klägers in der Berufungsinstanz unstreitig gestellt haben, ist auch davon auszugehen, daß die vom Kläger geltend gemachten Gewährleistungsarbeiten in den von ihm zugestandenen Überstunden eingeschlossen sind. Für die von dem Beklagten bestrittenen weitergehenden Provisionsforderungen hat der Kläger keinen Beweis angetreten. Die nunmehr errechneten 6.208,-- DM entsprechen dem oberen Bereich der Vergütungen, die von der Gemeinschuldnerin an die Bauleiter im Monatsdurchschnitt gewährt worden sind.

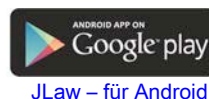
IV. Die dem Kläger demnach noch zustehende Vergütung ist im Konkurs über das Vermögen des Inhabers der Gemeinschuldnerin zum Teil als Masseschuld nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 a KO, zum Teil als bevorrechtigte Konkursforderung nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO und zum Teil als nichtbevorrechtigte Konkursforderung nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO einzuordnen.

Hierzu im einzelnen folgendes:

1. Bei der dem Kläger für die Zeit vom 1. Januar 1981 bis



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



31. März 1981 noch zustehenden Vergütung handelt es sich um eine Masseforderung nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 a KO; der Vergütungsanspruch für die Zeit vom 1. Juli 1980 bis 31. Dezember 1980 ist als bevorrechtigte Konkursforderung nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO und für die Zeit vom 1. März 1979 bis 30. Juni 1980 als nicht-bevorrechtigte Konkursforderung nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO festzustellen.

2. Das Berufungsgericht hat die rückständige Vergütung entsprechend der Anzahl der Beschäftigungsmonate gequotelt und dabei - unausgesprochen - fingiert, daß der monatlich entstandene Gehaltsanspruch genau in Höhe der ermittelten Quote nicht erfüllt worden ist. Diese - von der Revision auch nicht beanstandete - Berechnungsweise begegnet keinen Bedenken. Das Berufungsgericht hat damit dem Umstand Rechnung getragen, daß der Kläger und die Gemeinschuldnerin für die Dauer des Vertragsverhältnisses irrigerweise von einem freien Mitarbeiterverhältnis ausgegangen sind und im einzelnen nicht mehr festzustellen ist, wann der Kläger Zahlungen von der Gemeinschuldnerin erhalten hat und welche Forderungen damit erfüllt werden sollten. Die übrigen Konkursgläubiger wären benachteiligt, wenn man zugunsten des Klägers davon ausginge, die Gemeinschuldnerin habe mit ihren Zahlungen jeweils die älteren Lohnforderungen beglichen und es stünden lediglich noch Gehaltsansprüche aus den letzten Beschäftigungsmonaten offen. Damit würde entscheidend darauf abgestellt, wann der Kläger seine Forderung realisiert hat. Die Aufteilung der Restforderung auf die einzelnen Beschäftigungsmonate ist daher als sachgerechtere Lösung anzusehen.



3. Unter Berücksichtigung der an den Kläger gezahlten 149.928,05 DM beläuft sich der restliche Vergütungsanspruch noch auf 5.271,14 DM. Bei 25 Beschäftigungsmonaten führt dies zu einem monatlichen Restlohnanspruch in Höhe von 210,85 DM.

Dem Kläger steht danach für die Zeit vom 1. Januar 1981 bis 31. März 1981 eine Masseforderung (§ 59 Abs. 1 Nr. 3 a KO) in Höhe von 632,54 DM (3 x 210,85 DM) zu. Für die Zeit vom 1. Juli 1980 bis 31. Dezember 1980 ist ein Vergütungsanspruch in Höhe von 1.265,10 DM (6 x 210,85 DM) als bevorrechtigte Konkursforderung nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 KO festzustellen. Bei dem restlichen Vergütungsanspruch, der aus der Zeit vor dem 1. Juli 1980 herrührt und in Höhe von 3.373,60 DM (16 x 210,85 DM) besteht, handelt es sich um eine nichtbevorrechtigte Konkursforderung nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO.

V. Entsprechend dieser Berechnung war das angefochtene Urteil daher teilweise abzuändern; die weitergehende Revision war zurückzuweisen.

Dr. Thomas

Dr. Heither

Michels-Holl

Flachsenberg

Nitsche



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





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)