

Aktenzeichen: 5 AZR 952/77

LAG Hamm Urteil des BAG vom 5. März 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BGB § 611 Abhängigkeit; Rechtsberatungsmißbrauchs-
gesetz vom 13. Dezember 1935 (RGBl. I, 1478) Art. 1
§§ 1, 6

Leitsätze:

K e i n e



5 AZR 952/77

5 Sa 645/77 Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
5. März 1980

gez. Schartel,
Angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. März 1980 durch die Vorsitzende Richterin Professorin Dr. Hilger, die Richter Dr. Heither und Matthes sowie die ehrenamtliche Richterin Bahr und den ehrenamtlichen Richter Dr. Schönherr für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 26. August 1977 - 5 Sa 645/77 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

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



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



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Auszahlung noch ausstehenden Arbeitsentgelts für in den Jahren 1975/76 geleistete Arbeit. Den Rechtsbeziehungen der Parteien liegt eine schriftliche Vereinbarung folgenden Inhalts zugrunde:

"Dienstvertrag

§ 1

Der Aufgabenkreis des Dienstpflichtigen umfaßt die selbständige Bearbeitung der ihm vom Dienstberechtigten zugewiesenen juristischen Vorgänge für den Dienstberechtigten. Der Dienstpflichtige kann die Art und Weise seiner Tätigkeit sowie seiner Arbeitszeit im wesentlichen frei bestimmen, hat sie aber den Erfordernissen des Dienstberechtigten anzupassen. Der Dienstberechtigte hat insoweit ein Direktionsrecht. Die Haftung des Dienstpflichtigen beschränkt sich auf grobe Fahrlässigkeit.

§ 2

Der Dienstberechtigte nimmt die Arbeitskraft des Dienstpflichtigen regelmäßig nur teilweise in Anspruch. Die Vergütung bemißt sich dementsprechend nach den jeweils tatsächlich geleisteten Einsatzstunden.

§ 3

Bemessungsgrundlage ist eine Vergütung von DM 25,00 (i.W. fünfundzwanzig).

§ 4

Daneben erhält der Dienstpflichtige vollen Ersatz seiner Aufwendungen, z.B.

§ 5

Der Dienstpflichtige hält sich grundsätzlich derart zur Verfügung des Dienstberechtigten, daß sämt-

- 3 -

liche bei diesem auftretende Vorgänge, die zum Aufgabenbereich des Dienstpflichtigen gehören, rechtzeitig erledigt werden können. Will der Dienstpflichtige länger als eine Woche sich aus Münster entfernen, so hat er dies mit dem Dienstberechtigten abzustimmen und diesem eine Adresse zu hinterlassen, unter der er für den Dienstberechtigten erreichbar ist.

§ 6

Die Kranken- und Rentenversicherung sowie die Versteuerung der Vergütung sind Sache des Dienstberechtigten.

4400 Münster, den 27. Januar 1975."

Aufgrund dieses Vertrages war der Kläger in den Jahren 1975 und 1976 für die Beklagte tätig. Im gleichen Zeitraum stand er als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen.

Wegen der in dieser Zeit aufgelaufenen Forderungen auf Zahlung von Arbeitsentgelt richtete die Beklagte unter dem 30. Juni 1976 (oder 15. Juli 1976 - das maschinenschriftliche Datum wurde handschriftlich korrigiert) ein Schreiben folgenden Inhalts an den Kläger:

"Für die bisher im Rahmen der M geleisteten Dienste stehen Ihnen per 30. 6. 76 DM 15.490,60 an Honorarforderungen zu, auf die wir Ihnen per Ende Juli eine Abschlagszahlung von DM 4.000,-- zusagen können. Der Restsaldo soll ratarisch per Ende 1976 ausgezahlt werden. Wie besprochen wollen Sie uns den Nachweis über Ihre Option zur MWSt ebenfalls per Ende Juli 76 nachweisen.

Um Ihnen Gelegenheit zu geben, sich in einer Anwaltspraxis auf Ihre zukünftige selbständige Tätigkeit als Rechtsanwalt vorzubereiten, treffen wir hiermit ab 15. 7. 76 eine neue Zeitregelung für Ihre Tätigkeit in unserem Hause:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

Montag, Mittwoch und Freitag jeweils 14 Uhr bis 17.30 Uhr Anwesenheit in den Büroräumen. Abrechnungshonorar DM 25,--/Std. zuzüglich MWSt. Es soll angestrebt werden, daß Sie durch Delegation einfacher Rechtsprobleme auf die Ressorts in der vorbezeichneten Zeit alle Dinge erledigen. Herrn G werden Sie für Ihre Abwesenheit jeweils mitteilen, wo Sie sich aufhalten, damit dringliche Angelegenheiten u.U. telefonisch vorgeklärt werden können.

Per Ende des Jahres wollen Sie uns geeignete Vorschläge unterbreiten auf der Basis des selbständigen Anwaltes als Berater des Hauses."

Auf die für Ende Juli 1976 fällige Abschlagszahlung von 4.000,-- DM erhielt der Kläger mit Scheck vom 31. Juli 1976 einen Teilbetrag von 527,12 DM. Weitere Zahlungen leistete die Beklagte nicht. Der Kläger begehrt die Zahlung von insgesamt 12.665,36 DM. Die Forderung setzt sich aus folgenden Rechnungsposten zusammen:

1. Abschlagszahlung von
4.000,-- DM abzüglich
gezahlter 527,12 DM = 3.472,88 DM
2. vereinbarte Ratenzahlungen von August und September 1976; zweimal 2.298,12 DM = 4.596,24 DM
3. vereinbarte Ratenzahlungen von November und Dezember 1976; zweimal 2.298,12 DM = 4.596,24 DM

Dieser Betrag sowie ein Betrag von 2.298,12 DM, über den sich die Parteien vor dem Landesarbeitsgericht Hamm verglichen haben, ist die gesamte von dem Kläger noch zu beanspruchende Vergütung für seine für die Beklagte aufgrund des Vertrages vom 27. Januar 1975 geleisteten Dienste.



- 5 -

Mit Schreiben vom 19. Oktober 1976 übersandte der Kläger an die Beklagte den Nachweis seiner Option zur MWSt und forderte sie auf, den damit fällig gewordenen Betrag von 8.069,12 DM bis zum 30. Oktober 1976 zu überweisen. Mit einem weiteren Schreiben vom 11. November 1976 forderte der Kläger Zahlung der Raten für November und Dezember 1976 bis zum 2. Dezember bzw. 31. Dezember 1976. Der Kläger nimmt Bankkredit in Höhe von mindestens 15.000,-- DM zu einem Jahreszins von 7,5 % in Anspruch. Er ist im Besitz von Büchern der Beklagten, zu deren Herausgabe er sich Zug um Zug gegen Begleichung der Klageforderung bereit erklärt hat.

Der Kläger behauptet, er habe bei der Beklagten im wesentlichen kaufmännische Aufgaben erfüllt. Er behauptet außerdem, er habe feste Bürozeiten einhalten müssen und sei bei Verhinderung durch seine Referendartätigkeit verpflichtet gewesen, die Beklagte hiervon zu unterrichten.

Der Kläger hat, soweit es in der Revisionsinstanz noch interessiert, beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 12.665,36 DM zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe der in seinem Besitz befindlichen der Beklagten gehörenden Bücher zuzüglich 7,5 % Zinsen auf 8.069,12 DM seit dem 1. November 1976, auf 2.298,12 DM seit dem 2. Dezember 1976 und auf 2.298,12 DM seit dem 31. Dezember 1976.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, der Kläger sei in seiner Arbeitszeit nicht kontrolliert worden. Er habe stets völlig frei über den Zeitpunkt und die Intensität der Bearbeitung der Vorgänge entschieden.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw für iOS](#)

- 6 -

Deshalb sei der Kläger nicht Arbeitnehmer, sondern freier Mitarbeiter gewesen. Da der Kläger, wie die Beklagte weiterhin behauptet hat, ausschließlich Rechtsangelegenheiten bearbeitet habe, habe seine Tätigkeit gegen das Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung verstoßen. Wegen dieses Verstoßes sei der "Dienstvertrag" gemäß § 134 BGB von Anfang an nichtig gewesen.

Weiterhin behauptet die Beklagte, ihr sei durch die fehlerhafte Behandlung eines Rechtsstreits durch den Kläger ein Schaden entstanden, den sie allerdings noch nicht beziffern könne. Weiterer Schaden sei ihr in einem anderen Rechtsstreit dadurch entstanden, daß der Kläger die Wahrnehmung zweier Verhandlungstermine versäumt habe. Die Beklagte ist der Meinung, der Kläger sei ihr in beiden Fällen zum Schadenersatz verpflichtet und hat mit diesen vermeintlichen Schadenersatzansprüchen gegen die Klageforderung aufgerechnet.

Außerdem hat die Beklagte Widerklage erhoben, die sie in der Revisionsinstanz nicht mehr weiterverfolgt.

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung des eingeklagten Betrages verurteilt Zug um Zug gegen die Herausgabe von elf im erstinstanzlichen Urteil aufgeführten Büchern. Die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist nicht begründet. Ihr Gegenstand ist allein die Vergütungsford



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



- 7 -

- 7 -

1. Der Kläger war im Klagezeitraum Arbeitnehmer der Beklagten. Das ergibt sich aus dem von den Parteien geschlossenen Dienstvertrag vom 27. Januar 1975.

a) Zwar wird dem Kläger in § 1 Satz 2, erster Halbs. des Vertrages eingeräumt, die Art und Weise seiner Tätigkeit sowie seine Arbeitszeit im wesentlichen frei zu bestimmen. Diese aus § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB übernommene Formulierung deutet auf einen freien Dienstvertrag hin. Dagegen spricht jedoch die in § 1 des Vertrages unmittelbar folgende Einschränkung der Freiheit des Klägers in der Ausübung der Tätigkeit. Diese Einschränkung, die durch § 5 des Vertrages ergänzt wird, spricht entscheidend für die persönliche Abhängigkeit des Klägers, die charakteristisches Merkmal eines Arbeitsverhältnisses ist. Der Kläger wird in § 1 des Vertrages verpflichtet, seine Tätigkeit den Erfordernissen der Beklagten anzupassen. Die Beklagte hat insoweit ein "Direktionsrecht", was in diesem Zusammenhang nur als das Recht verstanden werden kann, durch verbindliche Weisungen die Arbeit des Klägers im Hinblick auf die übertragenen Aufgaben zu bestimmen. Der Kläger war damit nach dem Inhalt des Vertrages nicht unmittelbar an eine feste Arbeitszeit gebunden. Die Beklagte war aber berechtigt, durch jeweilige Weisungen auch hinsichtlich der Arbeitszeit die Arbeitspflicht zu konkretisieren. Die daraus entstandene persönliche Abhängigkeit unterscheidet sich nicht wesentlich von einer Bindung an feste Arbeitszeiten.

Hinsichtlich der Art und Weise der Tätigkeit war der Kläger ebenfalls persönlich abhängig. Die Beklagte war berechtigt, ihm die Arbeit jeweils gemäß ihren Erfordernissen zuzuweisen, wie es für ein Arbeitsverhältnis typisch ist. Eine fehlende



fachliche Weisungsgebundenheit spricht - entgegen der Meinung der Revision - nicht gegen die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers. Es gibt zahlreiche Arbeitnehmer, bei denen fachliche Weisungen nach der Art ihrer Tätigkeit - schon mangels entsprechender Sachkenntnis des Arbeitgebers - nicht in Betracht kommen (z. B. beim angestellten Chefarzt, Wissenschaftler, Künstler oder auch Juristen). In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist anerkannt, daß dies die Arbeitnehmereigenschaft nicht ausschließt (vgl. z. B. AP Nr. 16 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu II 1 der Gründe]; AP Nr. 21 aaO [zu 3 b der Gründe]).

Auch § 5 des Vertrages spricht für ein Arbeitsverhältnis. Hier ist bestimmt, daß sich der Kläger mit der Beklagten abzustimmen und eine Adresse zu hinterlassen hat, wenn er beabsichtigt, über eine Woche hinaus Münster zu verlassen. Diese Verpflichtung ist im Zusammenhang mit dem vorhergehenden Satz zu sehen, der die rechtzeitige Erledigung der anfallenden Arbeit betrifft. Der Kläger konnte mithin seine Arbeit nicht ohne weiteres längerfristig unterbrechen, sondern hatte dabei auf die Belange der Beklagten Rücksicht zu nehmen. Auch diese Beschränkung der allgemeinen Dispositions- und Bewegungsfreiheit des Klägers schafft persönliche Abhängigkeit und ist für ein Arbeitsverhältnis typisch.

b) Aus § 6 des Vertrages läßt sich jedenfalls nicht folgern, daß der Kläger kein Arbeitnehmer der Beklagten gewesen wäre. Eher spricht die Regelung - wie das Landesarbeitsgericht sagt - dafür, daß die Parteien ihr Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis angesehen haben, weil anderenfalls Beiträge zur Kranken- und Rentenver-



sicherung gar nicht abzuführen gewesen wären. Es kommt hinzu, daß Vereinbarungen über die Abführung der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge ohnehin nicht mehr sein können als ein Indiz für oder gegen die Wertung eines Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis.

c) Der Inhalt des Vertrages vom 27. Januar 1975 spricht nach allem dafür, daß die Parteien ein Arbeitsverhältnis vereinbart haben. Aus der zwischen den Parteien im einzelnen streitigen Art der Durchführung ihres Vertrages läßt sich nichts anderes entnehmen. Die Beklagte hat nichts vortragen können, was den Schluß erlaubte, die Parteien hätten durch die tatsächliche Handhabung ihrer Vertragsbeziehungen diesen einen von der vertraglichen Regelung abweichenden Inhalt gegeben. Die Behauptung, daß der Kläger ohne Kontrolle der Beklagten gearbeitet habe, reicht dazu nicht aus. Wenn die Beklagte ihre Weisungsbefugnisse nicht ausübte, so mußte der Kläger dies nicht notwendigerweise als einen entsprechenden Verzicht auffassen. Er konnte vielmehr darin die uneingeschränkte Bestätigung seiner Arbeit sehen. Da der Vertrag keine Änderung erfahren hat, sind deshalb die mit dem Abschluß des Vertrages begründeten Verpflichtungen, aus denen sich die persönliche Abhängigkeit des Klägers ergibt, während der gesamten Durchführung des Vertrages bestehen geblieben.

d) Es ist schließlich ohne Bedeutung, daß die Parteien beabsichtigten, für die Zeit nach dem Ende des Jahres 1976 einen Beratervertrag abzuschließen, wie sich aus dem letzten Absatz des Schreibens der Beklagten vom 30. Juni 1976 ergibt. Das verträgt sich - entgegen der Revisionsbegründung - sehr wohl mit der Annahme, daß der Kläger während des Klagezeitraums in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten stand.



- 10 -

2. Die Revision bekämpft den Klageanspruch insbesondere mit der Begründung, der Vertrag vom 27. Januar 1975 sei unwirksam, weil er gegen das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz verstoße. Der Kläger ist jedoch von dem Gesetz nach Art. 1 § 6 Abs. 1 Nr. 1 nicht betroffen, weil er während des Klagezeitraums Angestellter der Beklagten war.

Dagegen wendet die Revision ein, daß der Kläger nur zum Zwecke der Umgehung des Rechtsberatungsmißbrauchsgesetzes in ein Angestelltenverhältnis übernommen worden sei. Art. 1 § 6 Abs. 2 RBerG bestimme aber, daß die Rechtsform des Angestelltenverhältnisses nicht zu einer Umgehung des Erlaubniszwangs mißbraucht werden dürfe. Diese Ansicht der Revision ist unzutreffend. Dafür, daß die Parteien mit dem Abschluß des Arbeitsvertrages eine Umgehung des Rechtsberatungsmißbrauchsgesetzes beabsichtigt hätten, fehlt jeder Anhalt. Die Parteien könnten nur dann gegen Art. 1 § 6 Abs. 2 RBerG verstoßen haben, wenn sie den wahren Charakter des Rechtsverhältnisses verschleiert hätten (vgl. Schorn, Die Rechtsberatung, 2. Aufl., S. 252 ff.). Die Parteien haben aber kein Angestelltenverhältnis zur Verschleierung eines Rechtsberatungsvertrages vereinbart. Vielmehr hat sich entgegen der von den Parteien gewählten Bezeichnung als "Dienstvertrag" der wahre Charakter der Rechtsbeziehungen der Parteien als Arbeitsverhältnis erst nachträglich herausgestellt. Unter diesen Umständen kann eine Umgehung im Sinne des Art. 1 § 6 Abs. 2 RBerG nicht angenommen werden. Im übrigen hätte auch ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsmißbrauchsgesetz nicht ohne weiteres zur Folge, daß der Kläger überhaupt keine Vergütung seiner Dienste zu beanspruchen hätte. Das gesetz-

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



liche Verbot könnte nur den gegen Art. 1 § 1 RBERG verstoßenden Teil seiner Dienste betreffen (vgl. BGHZ 50, 90 [92 f.]).

3. Die Beklagte hatte in der Vorinstanz auch geltend gemacht, der Vertrag der Parteien verstoße gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit in der Fassung vom 31. Mai 1974 (BGBl. I, 1252). Dies hat die Revision mit Recht nicht mehr aufgegriffen, desgleichen die zutreffenden Erwägungen des Landesarbeitsgerichts darüber, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht deswegen nichtig ist, weil der Kläger die für seine Nebentätigkeit erforderliche Genehmigung nicht eingeholt hatte (§ 68 Abs. 1 Nr. 3 LBG in Verb. mit § 6 NebentätigkeitsVO NRW).

4. Das Landesarbeitsgericht hat aus dem Schreiben der Beklagten vom 30. Juni 1976 entnommen, daß die Klageforderung tatsächlich entstanden ist. Damit hat das Landesarbeitsgericht tatsächliche Feststellungen getroffen, die revisionsrechtlich unangreifbar sind; die Revision hat insoweit keine Verfahrensrügen erhoben. Demnach ist davon auszugehen, daß die vom Kläger geltend gemachte Forderung entstanden ist.

5. Die Forderung ist auch nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen.

a) Hinsichtlich des von der Beklagten behaupteten Schadenersatzanspruchs aus der fehlerhaften Behandlung des Rechtsstreits M durch den Kläger hat das Landesarbeitsgericht die Aufrechnung mit Recht für unwirksam erklärt, weil die Beklagte den Anspruch nicht beziffert hat. Aus dem Erfordernis, daß der Schuldner die ihm obliegende Leistung bewirken können muß, folgt, daß die Leistung bestimmt oder hinreichend bestimmbar, und daß im letzten Fall



- 12 -

die Bestimmung bereits getroffen sein muß (vgl. Staudinger-Kaduk, BGB, 10. bis 11. Aufl., § 387 RdNr. 92).

b) Die Beklagte hat mit einem weiteren Schadenersatzanspruch aus der angeblich fehlerhaften Besorgung eines Rechtsstreits aufgerechnet, der unter dem Aktenzeichen 3 C 54/76 vor dem Amtsgericht Münster durchgeführt worden ist. Dem hierzu gebrachten Sachvortrag der Beklagten hatte der Kläger - ebenso wie dem Vortrag zum Prozeß M - in seinem Schriftsatz vom 6. Juni 1977 substantiiert widersprochen. Die Beklagte ist danach auf den Aufrechnungskomplex nicht mehr eingegangen, obgleich zwischen dem Schriftsatz des Klägers und der letzten mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz noch reichlich zwei Monate Zeit waren.

Daraufhin hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, der Schadenersatzanspruch sei nicht schlüssig dargelegt worden. Nach § 1 des Dienstvertrages hafte der Kläger nur bei grober Fahrlässigkeit. Zur Begründung ihres Schadenersatzanspruchs habe die Beklagte jedoch lediglich vorgetragen, daß der Kläger die Wahrnehmung von Gerichtsterminen versäumt habe. Das reiche zur Feststellung einer grob-fahrlässigen Pflichtverletzung nicht aus. Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Mithin konnte die Beklagte keine Gegenforderungen geltend machen, so daß durch ihre Aufrechnungserklärung die Klageforderung unberührt geblieben ist.

gez.: Dr. Hilger Dr. Heither Matthes

Bahr

Dr. Schönherr



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

