



HVBG

HVBG-Info 11/1999 vom 26.03.1999, S. 1047 - 1048, DOK 511.1/017-BAG

**Abgrenzung Arbeitnehmer - Frachtführer - BAG-Urteil vom 30.09.1998  
- 5 AZR 563/97**

Abgrenzung Arbeitnehmer - Frachtführer (§ 611 BGB; §§ 84, 425 HGB;  
§ 121 GewO);

hier: Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 30.09.1998  
- 5 AZR 563/97 -

Das BAG hat mit Urteil vom 30.09.1998 - 5 AZR 563/97 - folgendes  
entschieden:

Leitsatz:

Ein Frachtführer, der nur für einen Auftraggeber fährt, ist nicht  
Arbeitnehmer, wenn weder Dauer noch Beginn und Ende der täglichen  
Arbeitszeit vorgeschrieben sind und er die - nicht nur  
theoretische - Möglichkeit hat, auch Transporte für eigene Kunden  
auf eigene Rechnung durchzuführen. Ob er diese Möglichkeit  
tatsächlich nutzt, ist nicht entscheidend (vgl. BAG Urteil vom  
19. November 1997 - 5 AZR 653/96 - AP Nr 90 zu § 611 BGB  
Abhängigkeit, EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr 63, auch zur  
Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

Tenor:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des  
Landesarbeitsgerichts Berlin vom 30. Juli 1997 - 18 Sa 20/97 -  
aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des  
Arbeitsgerichts Berlin vom 20. Dezember 1996 - 31 Ca 32095/96 -  
geändert.  
Die Klage wird abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Tatbestand

-----

Der Kläger begehrt Kündigungsschutz mit der Begründung, er sei  
Arbeitnehmer der Beklagten gewesen.

Der Kläger war seit dem 6. September 1991 für die Beklagte als  
"Güterkraftverkehrsunternehmer" - "Frachtführer" beschäftigt. Die  
Beklagte betreibt ein Unternehmen, das sich mit der Ausführung von  
Transporten im Güternahverkehr befaßt. Im Bereich der Umzugs- und  
Möbeltransporte verfügt die Beklagte über eigene Fahrzeuge und  
führt diese Tätigkeiten mit bei ihr beschäftigten Arbeitnehmern  
aus. In den übrigen Bereichen setzt die Beklagte keine eigenen  
Fahrzeuge ein. Die Beklagte schließt mit ihren Kunden  
Frachtverträge ab und beauftragt über Funk die für sie tätigen  
Frachtführer mit den entsprechenden Transporten.

Am 9. Juli 1991 fand zwischen den Parteien ein erstes Gespräch  
über die Bedingungen einer Tätigkeit des Klägers bei der Beklagten  
statt. Im August 1991 meldete der Kläger ein "Fuhrngewerbe bis

750 kg Nutzlast" als Gewerbe an. Am 6. September 1991 schlossen die Parteien einen Vertrag, der auszugsweise wie folgt lautet:

"H befaßt sich mit Frachtaufträgen im Güterverkehr, die sodann durch die Beauftragung von selbständigen Güterkraftverkehrsunternehmen durchgeführt werden, diese führen den Transport zu den von H mit dem Kunden vereinbarten Konditionen aus, abzüglich einer an H zu zahlenden Vergütung. Der Frachtführer ist an solchen Aufträgen interessiert und trifft daher mit H die folgende

#### Vereinbarung

##### § 1

1. H übernimmt sämtliche Aufträge im Güternahverkehr ausschließlich nach den Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den gewerblichen Güternahverkehr mit Kraftfahrzeugen (AGNB) in der jeweils neuesten Fassung.

2. Der Frachtführer ist verpflichtet, während Bestehens des Vertragsverhältnisses bei der Durchführung der von H erteilten Aufträge die diesem Vertrag beigefügten "Richtlinien" zu beachten und einzuhalten.

Diese Richtlinien sind in ihrer jeweils geltenden Fassung Bestandteil dieses Vertrages. H ist berechtigt, diese Richtlinien einseitig, gemäß den Erfordernissen, nach billigem Ermessen zu ändern und zu ergänzen. Die Änderungen werden dem Frachtführer schriftlich bekanntgegeben. Die jeweils gültige Fassung der Richtlinien kann im übrigen bei H eingesehen werden.

##### § 2 Verantwortlichkeit des Frachtführers

1. Der Frachtführer führt die ihm von H erteilten Aufträge unter eigener Regie und Verantwortung bei Beachtung der unter § 1 genannten Bedingungen und Richtlinien aus.

##### § 3 Rechnungserteilung, Inkasso, Preise

1. Die Rechnungserteilung gegenüber dem Kunden erfolgt ausschließlich auf Namen und Rechnung von H. H nimmt ebenfalls das Inkasso vor. Der Frachtführer ist zum Einzug der Frachtkosten bzw. des Fuhrlohns nur berechtigt, aber auch verpflichtet, wenn er dazu von H ausdrücklich beauftragt wird (z.B. bei insolventen Kunden). Der Frachtführer haftet in diesen Fällen für den Fuhrlohn bis zu dessen Ablieferung bei H.

2. Für die von H an den Frachtführer zu zahlende Vergütung für die Durchführung der Lohnfuhr- bzw. Beförderungsverträge gilt folgendes:

a) Maßgeblich ist die von H herausgegebene Preisliste für Lohnfuhr- und Beförderungsverträge. Diese Preisliste wird diesem Vertrag als dessen Bestandteil als Anlage 1 beigefügt. Es handelt sich hierbei um die Preise und Konditionen, zu denen H grundsätzlich von den Kunden Aufträge entgegennimmt. In Einzelfällen kann zwischen H und dem Frachtführer eine von der Preisliste abweichende Preisvereinbarung gemäß derjenigen geschlossen werden, die H mit dem Kunden getroffen hat. Die in der Anlage 1 genannte Preisliste kann in ihrer jeweils geltenden Fassung jederzeit bei H eingesehen werden. Die diesem Vertrag beigefügte Preisliste stellt die derzeit gültige Fassung dar.

#### § 4 Vergütung, Abrechnung

1. H erhält für die Auftragsvergabe an den Frachtführer einschl. der damit verbundenen Leistungen eine unteilbare Pauschalvergütung von 19 % der dem Kunden gem. § 3 Nr. 2a in Rechnung gestellten Kosten zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer.

2. Der Frachtführer erhält seinen Fuhrlohn gem. den Richtlinien "Abrechnung" abzüglich der H zustehenden Vergütung.

...

#### § 6 Aufträge

1. H garantiert dem Frachtführer keinen bestimmten Auftragsumfang. Der Frachtführer hat keinen Anspruch auf die Erteilung bestimmter Aufträge und im Falle der Nichterteilung keinerlei wie auch immer gearteten Ansprüche, ebensowenig wie sonstige Regreßansprüche, es sei denn, diese beruhen auf einem den Frachtführer vorsätzlich oder grob fahrlässig schädigenden Verhalten von Seiten H!  
H verpflichtet sich zu einer unter Zugrundelegung der Richtlinien nach billigem Ermessen vorzunehmenden Auftragserteilung gem. den bei H eingehenden Aufträgen.

2. Der Frachtführer haftet im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen für eine ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages. Der Frachtführer haftet auch für die von ihm bei der Durchführung des Auftrages eingesetzten Personen.

3. Im Falle von berechtigten Reklamationen durch den Kunden wird dem Kunden von H der Rechnungsbetrag gutgeschrieben und die Vergütung für den Frachtführer entfällt bzw. ist von ihm an H zu erstatten. Die Entscheidung über die Berechtigung von Reklamationen trifft H nach genauer Prüfung nach billigem Ermessen.

...

#### § 7 Funkanlage

Der Frachtführer ist verpflichtet, seine Kraftfahrzeuge auf eigene Kosten mit einer von H näher bezeichneten Funkanlage auszurüsten.

...

#### § 9

1. Für die Dauer des Vertragsverhältnisses verpflichten sich die Vertragsparteien wechselseitig, keine Kunden der jeweils anderen Partei auf eigene Rechnung zu bedienen; hierzu zählt auch die Erbringung von Transportleistungen, die über eine unmittelbare Beauftragung durch ein anderes Unternehmen (Transport-, Speditionsunternehmen oder dergl.) für einen geschützten Kunden erbracht werden, insbesondere, soweit es sich um Kunden handelt, für die der Frachtführer im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses schon tätig gewesen ist.  
Der Frachtführer ist berechtigt, seine Kunden derart einzubringen, daß sie ihre Aufträge über H erteilen und auch demgemäß,

einschl. der Vergütung gem. § 4 für H, abgerechnet werden.

2. Die Kundenschutzklausel gem. Ziffer 1 gilt auch für die Zeit nach Vertragsbeendigung über einen Zeitraum von 2 Jahren für beide Vertragsparteien hinsichtlich ihrer jeweiligen in Ziffer 3 dieser Bestimmung näher bezeichneten Kunden.

3.a. Kunden des Frachtführers sind ausschließlich diejenigen, die er in der Anlage 3 zu diesem Vertrag bezeichnet hat. Hiervon ausgenommen sind Kunden, die innerhalb eines Jahres vor Stellung des Aufnahmeantrages auch von H bedient worden sind, sofern H nach Vorlage der Kundenliste des Frachtführers hierauf unverzüglich, zumindest vor Abschluß dieses Vertrages, schriftlich hinweist.

b. Als Kunden von H gelten gegenüber dem Frachtführer alle diejenigen Kunden, die von H gem. einer fortführenden Kundenliste bedient werden, einschl. der von den übrigen Frachtführer-Vertragspartnern eingebrachten Kunden, die ihre Aufträge gem. Ziffer 1 Abs. 2 dieser Bestimmung über H erteilen und von ihr abgerechnet werden, mit Ausnahme der Kunden des Frachtführers selbst gem. Abs. 3a. Für die nach Vertragsbeendigung geltende Kundenschutzklausel ist entscheidend der Stand der bei H geführten Kundenliste per Datum der Vertragsbeendigung mit dem Frachtführer.

#### § 10 Kündigung des Vertrages

Dieser Vertrag kann von beiden Seiten, ohne daß dies einer Begründung bedürfte, mit einer Frist von 4 Wochen zum Monatsende gekündigt werden."

Die in § 1 Nr. 3 und § 2 Nr. 1 des Vertrages erwähnten Richtlinien enthalten u.a. folgende Bestimmungen:

##### "1. ALLGEMEINES

...

##### Round-table-Gespräche

Nach Bedarf findet ein "Round-table-Gespräch" in den Räumen der H statt. Der Termin wird durch Scheckanhang vorher bekanntgegeben. Die Teilnahme an den Round-table-Gesprächen ist freiwillig. Wir legen aber Wert darauf, daß an diesem allgemeinen Erfahrungsaustausch nach Möglichkeit viele Frachtführer teilnehmen.

##### Seminare

Es finden in unregelmäßigen Abständen Seminare statt, in denen die Frachtführer und deren Mitarbeiter geschult werden. Die Teilnahme an diesen Seminaren ist Pflicht. Sie werden rechtzeitig vorher über den Termin informiert. Wir bemühen uns, Ihre Terminwünsche zu berücksichtigen. Das Seminar selbst ist für die Frachtführer kostenlos. Die durch die Teilnahme entstehenden Kosten (Zeitaufwand, Fahrgeld und dergleichen) tragen die Frachtführer.

...

2. Das Fahrzeug muß stets sauber und aufgeräumt sein. Dieses gilt für das Äußere und die Ladefläche ebenso wie für das Fahrerhaus. Eventuelle Schäden müssen sofort ausgebessert und/oder

lackiert werden. Die Farben des Fahrzeuges:

Planenfahrzeuge und -anhänger

Plane: rot, mit Beschriftung H und Achteck nach  
Vorgabe

Fahrerhaus: weiß, vorne rechts ... Achteck Pritsche  
einschl.: weiß, hinten links unser Achteck  
Stirnwand und Ladeklappen Chassis: schwarz  
oder rot

...

Das Alter der Fahrzeuge darf bei einer Nutzlast

bis 1 Tonne 3 Jahre

bis 3 Tonnen 4 Jahre

bis 5 Tonnen 5 Jahre

über 5 Tonnen nach Absprache

nicht überschreiten! Werbeaufkleber und sonstige Beschriftungen  
dürfen an den Fahrzeugen nicht angebracht werden. ...

Alle Kosten, die mit der H-Werbung am Fahrzeug verbunden sind,  
trägt der Frachtführer.

Das

- Funkgerät mit Kennung
- miNL bis 3,0 to.)
- neuester Stadtplan
- Notizblock und Kugelschreiber
- Preislisten und Transportschecks
- Zurr-Gurte
- Visitenkarten

Darüber hinaus empfehlen wir:

...

- Sackkarre und/oder Hund

...

Jeder Fahrzeugführer muß stets über sein Fahrzeug wissen:

- Länge, Breite, Höhe und Kubikmeter
- Länge und Höhe über alles

...

Wir fahren grundsätzlich mit geschlossener Plane!

### 3. TRANSPERTEN

Als Repräsentant der Gemeinschaft wird korrektes Benehmen und  
sauberes Aussehen verlangt! Transperten und ihre Hilfsleute müssen

jeden Sommer	dunkelblaues H-Polohemd
	Jeans oder dunkelblaue Hose
Winter	dunkelblaues H-Sweatshirt
	Jeans oder dunkelblaue Hose

Bei Kälte (unter 0 Grad) kann zusätzlich eine einfarbige,  
dunkelblaue oder schwarze Jacke getragen werden.

Es ist nicht erlaubt, Haustiere im Fahrzeug mitzuführen. Für den  
Fall, daß der Transperte einen Privat-Passagier im Fahrzeug hat,

muß dieser aussteigen, wenn der Transperte einen Transport übernimmt, bei dem eventuell der Kunde mitfährt.

...

## 5. TRANSPORTABLAUF

Service Transporte dürfen über Funk übernommen werden, wenn gewährleistet ist, daß das Fahrzeug innerhalb von 15 Minuten beim Kunden ist. Sollte das einmal nicht der Fall sein, ist die Zentrale sofort davon zu unterrichten. Dieses gilt ebenso, wenn der Termin nicht gehalten werden kann, weil während der Fahrt zum Kunden Hindernisse auftreten.

### Termine

Wir sind 5 Minuten vorher da! Wenn einmal ein Termin nicht zu halten ist, sofort die Zentrale informieren (z.B. beim Verschlafen), damit wir den Kunden informieren können, bevor dieser uns anruft. Kann ein Termin nicht eingehalten werden, so hat der Frachtführer dafür zu sorgen, daß über die Zentrale ein anderes Fahrzeug zum Kunden geschickt wird.

### Wartezeiten

Bei Wartezeiten von über 15 Minuten, egal wann und weshalb diese entstehen, wird der Kunde informiert!  
Wenn Sie selbst nicht telefonieren können, bitten Sie die Zentrale darum. Die Wartezeiten den Disponenten über Funk aufgeben, um sie in den Rechnungstext aufzunehmen. Grundsätzlich den Namen des Sachbearbeiters vom Kunden angeben, der über die Wartezeiten informiert wurde.

...

### Vergebliche Anfahrt

Bei einer vergeblichen Anfahrt zu einem Kunden wird die An- und Abfahrtszeit (30 oder 60 Minuten) in Rechnung gestellt. Wenn der Kunde das Fahrzeug abbestellt hat, bevor der Transperte beim Kunden eingetroffen ist, erhält der Transperte kein Geld für die vergebliche Anfahrt. Sollte ein Transperte bei einem "Kunden" eintreffen, den es gar nicht gibt, erhält er dafür keine Vergütung.

...

### Abplanen

Wir fahren aufgeplant zum Kunden! Auf seinen Wunsch hin planen wir gerne ab. Die Zeit wird vom Kunden bezahlt. Am Ende des Transportes planen wir beim Kunden (auf dessen Kosten) wieder auf - (natürlich nicht, wenn wir zum nächsten Tag wiederbestellt sind). Es gibt Ausnahmen von dieser Regel. Diese werden aber vor einem Transport zwischen Zentrale und Transperten besprochen.

...

### Bereitschaft

Sollte es die Situation ergeben, daß für bestimmte Transporte (zum

Beispiel: am Freitagnachmittag oder Sonnabend) keine Fahrzeuge einsatzbereit sind, kann von der Zentrale ein Bereitschaftsdienst angeordnet werden. Die bestimmten Transperten mit Ihren Fahrzeugen sind dann verpflichtet, sich am Funk oder Telefon bereitzuhalten.

### Kundenbehandlung

Wir stellen den Kunden stadtkundige, fleißige und zuverlässige Transperten zur Verfügung. Vermitteln Sie immer diesen Eindruck. Sie haben sich loyal und neutral gegenüber dem Kunden zu verhalten und dürfen keine Informationen über den Kunden und seine Arbeit weitergeben.

Transportiert wird grundsätzlich alles, was (vom Gewicht oder der Sauberkeit her) zumutbar ist. Sollte ein Fahrzeug bei einem Kunden sehr schmutzig geworden sein, kann der Transperte es auf Kosten des Kunden säubern. Bekommt ein Transperte von einem Kunden bescheid, nach dem Transport die Zeiten oder Kosten telefonisch aufzugeben, so hat er diesen Kundenwunsch unverzüglich nach Beendigung des Transportes durchzuführen."

In einem "Merkblatt - Tips und Hinweise", die "die Zusammenarbeit ... erleichtern und ... Ratschläge für bestimmte Situationen geben", heißt es:

#### "1. Öffnungszeiten

Die Funkzentrale ist geöffnet:  
Montags bis freitags von 7.00 Uhr bis 18.00 Uhr  
Sonnabends Bereitschaft über Anrufbeantworter  
Sonn- und Feiertags geschlossen

...

#### 3. Funkgespräche

Gespräche über Funk sind so kurz wie möglich zu halten. Von jedem überflüssigen Wort sollte Abstand genommen werden. Auf ein "Guten Morgen" oder "ich schalte ab", "auf Wiedersehen" oder "schönen Feierabend", so nett es auch gemeint sein mag, muß verzichtet werden. Auf klare Fragen geben Sie bitte klare Antworten, zum Beispiel: ...

...

#### 5. Einkaufsgesellschaft mbH

Sie haben hier die Möglichkeit, Fahrzeugkäufe, Versicherungen, Finanzierungen etc. zu tätigen. Die Zusammenarbeit mit der E hat nichts zu tun mit der H und ist völlig freiwillig. Die E ist gegründet, um die Einkaufsvorteile einer Gemeinschaft wahrnehmen zu können.

#### 6. Urlaub

Sie sind ein selbständiger Unternehmer und können mit Ihren Fahrern Urlaub machen, wann Sie wollen! AufgMitte Januar bis Mitte März und die letzten 4 Wochen der Sommerferien die geringste Auslastung der Fahrzeuge gewährleistet ist. Das sollten Sie berücksichtigen und den Urlaub entsprechend einteilen."

Gegen Rechnung vom 6. September 1991 lieferte die Einkaufsgesellschaft mbH (im folgenden: E) dem Kläger einen Lkw der Marke Mercedes-Benz Typ 814 L zum Gesamtpreis von 141.909,24 DM einschließlich Mehrwertsteuer. Nach Darstellung des Beklagten handelt es sich um den damaligen Listenpreis. Die E gehört wie die Beklagte zur Firmengruppe H. Der Lkw war seit dem 4. September 1991 auf die E zugelassen. Diese hatte eine Bürgschaft für den zwischen dem Kläger und der H Sparkasse zur Finanzierung des Lkw abgeschlossenen Darlehnsvertrag übernommen. Ab dem 30. September 1991 behielt die Beklagte wöchentlich eine Rate in Höhe von 1.089,00 DM von dem Fuhrlohn des Klägers ein und leitete diese an die E weiter, welche die Raten an die H Sparkasse auszahlte. Am 5. Februar 1993 wurde der Lkw auf die E Niederlassung B umgeschrieben und am 18. Mai 1994 auf den Kläger zugelassen. Anfang des Jahres 1995 hatte der Kläger das Darlehn getilgt.

Der Kläger erhielt zunächst einen Fuhrlohn gemäß § 4 des Vertrages vom 6. September 1991; der Beklagten verblieben hiervon 19 %. Im Mai 1992 erwarb der Kläger die Erlaubnis für den allgemeinen Güternahverkehr und erhielt eine Standortbescheinigung. Am 5. Juli 1992 meldete der Kläger sein Gewerbe entsprechend um. Am 16. Juli 1992 senkten die Parteien den Vergütungssatz für die Beklagte vertraglich auf 15 %. Im Ergänzungsvertrag wurde auf den Besitz (Erwerb) der Güternahverkehrserlaubnis und auf die "Erlangung des Transpertenachweises" durch den Kläger verwiesen. Der Status eines Transportexperten, eines sogenannten Transperten, kann bei der Beklagten durch eine entsprechende Schulung erlangt werden. Der Kläger erhielt darüber einen Ausweis, an dem mehrere Abrißmarken vorhanden waren. Beim Abriß der letzten Marke an einem solchen Ausweis - z.B. wegen berechtigter Kundenreklamationen - sollte der Transpertenstatus entfallen.

Seit Mitte des Jahres 1992 führte der Kläger ausschließlich Transporte für die Kundin der Beklagten, die P GmbH, aus. Zuletzt erhielt der Kläger pro Monat durchschnittlich 8.500,00 DM (10.000,00 DM abzüglich 15 % Vergütung für die Beklagte).

Mit Schreiben vom 23. Juli 1996, dem Kläger am 1. August 1996 zugegangen, kündigte die Beklagte den zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag vom 6. September 1991 zum 31. August 1996.

Der Kläger wendet sich gegen die Kündigung. Er hat vorgetragen: Die Kündigung sei nach dem Kündigungsschutzgesetz unwirksam, da das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis anzusehen sei. Er sei in die Organisation der Beklagten eingegliedert gewesen und habe keine unternehmerischen Freiheiten gehabt. Es habe eine Anweisung der Beklagten gegeben, bei der Durchführung eines Auftrags das Funkgerät eingeschaltet zu lassen. Hätte er Aufträge abgelehnt, hätte er mit Sanktionen wie der Nichterteilung von Aufträgen für die nächste Zeit rechnen müssen. Es sei ihm verboten gewesen, auf eigene Rechnung Kunden mit dem mit H-Schriftzügen aufgeplanten Fahrzeug zu bedienen. Fahrern, die bei derartigen Tätigkeiten "erwischt" worden seien, habe die Beklagte ausnahmslos gekündigt. Die Ersatzkraft, die er während seiner vierwöchigen Krankheit beschäftigt habe, habe sich vor der ersten Auftragsübernahme bei der Beklagten vorstellen müssen. Häufig habe er erst im nachhinein von Preisnachlässen erfahren, die die Beklagte den Kunden gewährt habe.

Der Kläger hat beantragt,  
festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende  
Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom

23. Juli 1996 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei als selbständiger Fuhrunternehmer im Rahmen ihres Franchise-Systems tätig gewesen. Dieses sei gerade durch das einheitliche Erscheinungsbild nach außen geprägt. Die mit der Firma P vereinbarten Preise seien dem Kläger bekannt gewesen. Der Kläger habe selbstverständlich eigene Kunden mit dem Fahrzeug, das die Plane mit dem H-Schriftzug getragen habe, bedienen dürfen. Die Richtlinien seien nur Empfehlungen. Ihre Einhaltung habe sie im übrigen weder kontrolliert, noch kontrollieren können. Gerade der Kläger habe sich daran vielfach nicht gehalten. Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Der Kläger war entgegen der Auffassung der Vorinstanzen nicht Arbeitnehmer der Beklagten.

#### I.

Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von den Grundsätzen ausgegangen, die der Senat zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses von anderen Rechtsverhältnissen aufgestellt hat (vgl. BAGE 78, 343 = AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG Urteil vom 6. Mai 1998 - 5 AZR 347/97 - zur Veröffentlichung bestimmt). Beide unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Der Arbeitnehmer ist typischerweise, aber nicht immer vom Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ist daher zur Begründung der Arbeitnehmereigenschaft weder erforderlich noch ausreichend (BAG Urteil vom 16. März 1994 - 5 AZR 447/92 - AP Nr. 68 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

Der Arbeitnehmer ist in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers eingegliedert. Die Eingliederung zeigt sich insbesondere darin, daß der Beschäftigte dem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. § 121 GewO). Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist namentlich der Mitarbeiter, der nicht im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB).

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt auch von der Eigenart und der Organisation der zu leistenden Tätigkeit ab. Manche Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines anderen Rechtsverhältnisses erbracht werden, andere regelmäßig nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Bei untergeordneten und einfacheren Arbeiten ist eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen als bei gehobenen Tätigkeiten. Ein Arbeitsverhältnis kann aber auch bei Diensten höherer Art gegeben sein, selbst wenn dem Dienstverpflichteten ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbständigkeit verbleibt.

Für die Abgrenzung von Bedeutung sind demnach in erster Linie die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, und nicht die Modalitäten der Zahlung oder die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder die Überbürdung von

vertraglichen Risiken.

Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Widersprechen sich Vereinbarungen und tatsächliche Durchführung, so ist letztere maßgebend. Insgesamt kommt es auf eine Würdigung der Umstände des Einzelfalls an.

## II.

Diese Grundsätze sind auch im Bereich Transport und Verkehr anzuwenden (BAG Urteil vom 16. März 1994 - 5 AZR 447/92 - AP Nr. 68 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BAG Urteil vom 19. November 1997 - 5 AZR 653/96 - AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit; EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 63, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Sie gelten auch insoweit, als es um die Abgrenzung zu Franchise- und ähnlichen Verträgen geht (vgl. BAG Beschluß vom 16. Juli 1997 - 5 AZB 29/96 - AP Nr. 37 zu § 5 ArbGG 1979 = EzA § 5 ArbGG 1979 Nr. 24, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

Der Gesetzgeber hat den Frachtführer als selbständigen Gewerbetreibenden und damit nicht als Arbeitnehmer eingeordnet, obwohl der Frachtführer schon von Gesetzes wegen weitreichenden Weisungsrechten unterliegt (§ 418 HGB n.F.; §§ 433 ff. HGB a.F.). Wie der Senat in seinem Urteil vom 19. November 1997 (aaO) ausgeführt hat, ist der Frachtführer regelmäßig auch dann selbständiger Gewerbetreibender, wenn die Zusammenarbeit mit seinem Auftraggeber auf einem auf Dauer angelegten entsprechenden Rahmenvertrag beruht und das Fahrzeug - wie in der Branche geläufig - die Farben und das Firmenzeichen eines anderen Unternehmers aufweist. Insoweit ist die gesetzgeberische Wertung, wonach Frachtführer Gewerbetreibende und damit Selbständige sind (§ 407 HGB n.F., § 425 HGB a.F.), zu Grunde zu legen. Der Frachtführer ist auch nicht schon allein deshalb Arbeitnehmer, weil er vertraglich verpflichtet ist, wie es bei Franchise- und ähnlichen Verträgen üblich ist, sich in einer bestimmten Weise zu kleiden.

Ein Arbeitsverhältnis kann aber dann zu bejahen sein, wenn Vereinbarungen getroffen und praktiziert werden, die zur Folge haben, daß der betreffende Fahrer in der Ausübung seiner Tätigkeit weit weniger frei ist als ein Frachtführer im Sinne des HGB, er also nicht mehr im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Wirtschaftliche Zwänge allein können die Arbeitnehmereigenschaft nicht begründen. Entscheidend ist also, welche Gestaltungsspielräume dem Beschäftigten in dem System noch verbleiben und ob seine persönliche Abhängigkeit das für Arbeitsverhältnisse typische Maß erreicht.

## III.

Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet: Gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses spreche, daß der Kläger Eigentümer des von ihm gefahrenen Lkw geworden sei, daß er die Möglichkeit gehabt habe, andere mit der Durchführung der Transporte zu beauftragen, daß ihm von der Beklagten weder Beginn noch Ende oder Umfang seiner täglichen Arbeitszeit vorgeschrieben worden seien und er nicht verpflichtet gewesen sei, eine bestimmte Auftragsmenge zu erledigen, ferner, daß er selbst den Zeitpunkt seines Urlaubs habe bestimmen können; schließlich habe der Kläger unter Beachtung des § 9 des Vertrages eigene Kunden auf eigene Rechnung bedienen können.

Gleichwohl sei ein Arbeitsverhältnis zu bejahen. Denn der Kläger habe sich einem von der Beklagten ausgearbeiteten umfangreichen Vertragswerk unterwerfen müssen. Mit Ausnahme des Lkw habe der

Kläger nicht über eine eigene betriebliche Organisation verfügt. Er sei auch nicht am Markt werbend für einen eigenen Betrieb aufgetreten und habe während der Dauer des Vertragsverhältnisses seine Arbeitskraft ausschließlich für die Zwecke der Beklagten zur Verfügung gestellt. Zudem sei der Kläger tatsächlich wegen des Erwerbs des Lkw auf seine Tätigkeit bei der Beklagten angewiesen gewesen, da er wöchentlich bei der Beklagten mindestens 1.089,00 DM "netto" habe verdienen müssen, um die fälligen Raten aufbringen zu können. Die Möglichkeit, eigenes Personal einzusetzen, verliere im vorliegenden Fall an Gewicht, weil der Kläger - von einer etwa vier Wochen dauernden Krankheit abgesehen - eigenes Personal tatsächlich nicht beschäftigt habe. Weiter habe der Kläger einem umfangreichen Weisungsrecht der Beklagten unterlegen, das sich aus den Richtlinien ergebe. Darin sei dem Kläger zunächst vorgeschrieben worden, mit welchen Gegenständen sein Fahrzeug auszustatten sei, wie er sich zu kleiden habe und wann er beim Kunden zu erscheinen und wie er sich beim Kunden zu verhalten habe. Weiter habe sich die Beklagte das Recht vorbehalten, für den Kläger einen Bereitschaftsdienst anzuordnen. Die Möglichkeit des Klägers, auch eigene Kunden zu bedienen, spreche hier nicht gegen ein Arbeitsverhältnis, da diese Möglichkeit nur sehr eingeschränkt bestanden habe und vom Kläger auch niemals genutzt worden sei. Schließlich spreche die Ausgestaltung der Entlohnung für ein Arbeitsverhältnis. Denn diese sei von der Beklagten bestimmt worden; maßgebend hierfür sei eine von der Beklagten herausgegebene Preisliste oder - in Einzelfällen - eine von der Beklagten mit dem Kunden getroffene abweichende Preisvereinbarung. Darüber hinaus habe ausschließlich die Beklagte darüber entschieden, ob eine - zum Wegfall des Vergütungsanspruchs führende - berechtigte Reklamation eines Kunden vorliege. Nach alledem seien dem Kläger keine nennenswerten Spielräume verblieben, um mit besonderen Anstrengungen, Fähigkeiten oder selbstverantworteten Maßnahmen ihm selbst zugutekommende wirtschaftliche Erfolge zu erzielen. Seinen Risiken hätten entsprechende Chancen wie bei einem selbständigen Unternehmen nicht gegenübergestanden. Statt dessen sei der Kläger durch seine persönliche Abhängigkeit von der Beklagten derart gebunden gewesen, daß er als Arbeitnehmer anzusehen sei.

#### IV.

Der Senat kann sich dieser Bewertung nicht anschließen. Der Kläger war kein Arbeitnehmer.

Der Arbeitnehmerbegriff ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Er unterliegt in der Revisionsinstanz nur einer eingeschränkten Nachprüfung, nämlich darauf, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt oder wesentliche Umstände bei der Bewertung übersehen worden sind (BAG Beschluß vom 29. Januar 1992 - 7 ABR 27/91 - AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972). Bei Anlegung dieses Maßstabs erweist sich die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts als fehlerhaft. Es hat bei der Subsumtion den zutreffend wiedergegebenen Arbeitnehmerbegriff wieder verlassen, indem es entgegen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Unterwerfung des Klägers unter das von der Beklagten ausgearbeitete Vertragswerk und der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Klägers entscheidendes Gewicht beigemessen hat. Im einzelnen gilt folgendes:

1. Der Kläger hat den von der Beklagten vorformulierten Vertrag unterzeichnet. Dies mag Ausdruck einer wirtschaftlichen Unterlegenheit des Klägers sein, begründet aber keine persönliche

Abhängigkeit. In zahlreichen Wirtschaftsbereichen gibt es Verträge, die in allen Einzelheiten von der wirtschaftlich stärkeren Partei vorformuliert wurden. Diese unterliegen der Kontrolle nach dem AGB-Gesetz, soweit dessen Anwendungsbereich reicht (§§ 23 f. AGB-Gesetz) und im übrigen einer Kontrolle nach den §§ 138, 242 BGB.

In dem Regelungswerk des Beklagten sind Klauseln enthalten, gegen deren Wirksamkeit erhebliche Bedenken bestehen. Das gilt etwa für § 9 Nr. 3 des Vertrages, wonach als Kunden des Klägers im Sinne der Kundenschutzklauseln nur seine Altkunden zur Zeit des Abschlusses des Vertrages gelten, als Kunden der Beklagten dagegen alle diejenigen Kunden, die in eine von ihr fortgeführten Liste aufgenommen werden. Bedenklich ist ferner die Bestimmung in Nr. 2 der Richtlinien, wonach nur Fahrzeuge bis zu einem gewissen Alter eingesetzt werden dürfen. Auch bestehen Bedenken gegen Nr. 5 der Richtlinien - Transportablauf, vergebliche Anfahrt -, wonach der Kläger auch dann kein Entgelt für eine vergebliche Anfahrt erhalten sollte, wenn der Kunde das Fahrzeug erst nach Fahrtbeginn abbestellt, und wenn es den ihm von der Beklagten genannten Kunden gar nicht gibt. Mit dieser Klausel will die Beklagte offensichtlich ihr Unternehmerrisiko auf den Kläger abwälzen. Über die Wirksamkeit dieser Klauseln braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Selbst wenn die genannten und anderen Klauseln des Vertrags und der Richtlinie unwirksam sein sollten, ergibt sich daraus nicht, daß der Kläger in einer für Arbeitnehmer typischen Weise persönlich abhängig war. Die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers folgt auch nicht aus der Ausgestaltung der Entlohnung, wie es das Landesarbeitsgericht angenommen hat. Es handelt sich dabei nicht um Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist. Im übrigen ist die Bestimmung der Leistung oder Gegenleistung durch eine Vertragspartei auch in anderen Rechtsverhältnissen rechtlich zulässig und nicht unüblich (§ 315 BGB).

2. Für die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers spricht der Umstand, daß ihm die Art der Tätigkeit durch das von der Beklagten vorformulierte Vertragswerk, insbesondere durch die Richtlinien genau vorgeschrieben war. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht zu dem Einwand der Beklagten Stellung genommen, die Richtlinien seien nur Empfehlungen gewesen, deren Kontrolle nicht möglich gewesen und nicht erfolgt sei. Nach § 1 Nr. 3, § 2 Nr. 1 des Vertrages vom 6. September 1991 und der Präambel der Richtlinien selbst waren diese für den Kläger verbindlich. Sie waren in ihrer jeweiligen Fassung Bestandteil des Vertrages. Die Beklagte hatte es in der Hand, sie so zu formulieren, daß der nur empfehlende Charakter unmißverständlich deutlich würde. Die sich aus dem Vertrag und den Richtlinien ergebenden Verpflichtungen sind weder ausdrücklich noch stillschweigend zu irgendeinem Zeitpunkt aufgehoben worden. Sie sind nicht dadurch entfallen, daß die Beklagte - wie sie behauptet - ihre Einhaltung nicht oder nur wenig kontrolliert hat (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BAG Urteil vom 12. September 1996 - 5 AZR 1066/94 - BAGE 84, 108 = AP Nr. 1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter).

3. Gleichwohl war der Kläger nicht Arbeitnehmer. Entscheidend gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses sprechen folgende Gesichtspunkte:

Dem Kläger waren - im Unterschied zu dem vom Senat im Urteil vom 19. November 1997 (- 5 AZR 653/96 - AP Nr. 90 zu § 611 BGB Abhängigkeit) entschiedenen Fall - weder Dauer noch Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit vorgeschrieben. Er war auch nicht

verpflichtet, Aufträge anzunehmen und eine bestimmte Auftragsmenge zu erledigen. Er konnte selbst "Urlaub nehmen" und hatte die Möglichkeit, eigene Kunden zu bedienen, und konnte andere Personen als Fahrer einsetzen. Weniger Bedeutung kommt dem Umstand zu, daß er den von ihm gefahrenen Wagen gekauft hatte und später Eigentümer wurde. Damit war der Kläger nicht in dem Maß persönlich abhängig, wie es für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses erforderlich ist.

a) Der Kläger hat in diesem Zusammenhang behauptet, bei Ablehnung von Aufträgen hätte er mit Sanktionen wie der Nichterteilung weiterer Aufträge für die nächste Zeit rechnen müssen; es hätte eine Anweisung der Beklagten gegeben, das Funkgerät während der Durchführung eines Auftrags eingeschaltet zu lassen. Dieser von der Beklagten bestrittene Vortrag ist unsubstantiiert. Der Kläger hat nicht dargelegt, wer ihm wann welche Anweisungen erteilt hat. Er hat auch keinen Kollegen benennen können, der bei Ablehnung von Aufträgen Nachteile seitens der Beklagten hat hinnehmen müssen.

b) Nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts war die Möglichkeit des Klägers, auch eigene Kunden zu bedienen, nur sehr eingeschränkt. Es hat in diesem Zusammenhang dem Umstand, daß der Kläger niemals eigene Kunden auf eigene Rechnung bedient hat, zu große Bedeutung beigemessen. Denn entscheidend für die Arbeitnehmereigenschaft ist, ob der Beschäftigte berechtigt ist, seine Tätigkeit im wesentlichen frei zu gestalten und seine Arbeitszeit zu bestimmen, und er tatsächlich die Möglichkeit dazu hat. Ob sie wahrgenommen wird, ist dagegen nicht entscheidend. Im Streitfall kommt es also darauf an, ob der Kläger die Möglichkeit hatte, eigene Kunden auf eigene Rechnung zu bedienen. Das war der Fall. Nach § 9 des Vertrages - Kundenschutzklausel - bestand diese Möglichkeit zunächst für Altkunden, die der Kläger allerdings nicht hatte. Die vom Landesarbeitsgericht offen gelassene Frage, ob der Kläger auch Neukunden für sich werben durfte, ist zu bejahen. Es mag sein, daß der Beklagten daran nicht gelegen war. Nach dem Vertrag war es dem Kläger jedoch nicht verboten, mit dem Fahrzeug, das nach seiner äußeren Aufmachung wie ein Fahrzeug der Beklagten wirkte, Transporte für eigene Kunden auf eigene Rechnung durchzuführen. Der Kläger hat zwar behauptet, dies sei ihm verboten gewesen. Fahrern, die bei derartigen Tätigkeiten "erwischt" worden seien, habe die Beklagte ausnahmslos gekündigt. Diesen - von der Beklagten bestrittenen - Vortrag hat der Kläger jedoch nicht weiter konkretisiert. Sein Vorbringen erweist sich auch insoweit als unsubstantiiert.

Das Berufungsgericht hat allerdings zutreffend darauf hingewiesen, daß die Möglichkeit des Klägers, eigene Kunden zu werben, dadurch erschwert war, daß Aufschriften, die auf ihn und sein Unternehmen hinwiesen, auf dem Lkw nicht angebracht werden durften. Der Kläger war jedoch nicht daran gehindert, auf andere Weise, etwa durch Zeitungsanzeigen, für sich zu werben.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger in den ersten Jahren gezwungen war, gerade bei der Beklagten wöchentlich mindestens 1.089,00 DM (die Höhe seiner wöchentlichen Abzahlungsrate) zu verdienen. Dabei handelte es sich um eine wirtschaftliche Abhängigkeit, die ihm genügend Spielraum ließ, auch für eigene Kunden zu fahren.

c) Die Arbeitnehmereigenschaft folgt hier auch nicht daraus, daß die Beklagte das Recht hatte, Bereitschaftsdienst anzuordnen, und daß sich - wie der Kläger behauptet hat - sein Ersatzfahrer

vorher bei der Beklagten hat vorstellen müssen. Das Recht zur Anordnung von Bereitschaftsdiensten war bereits nach dem Wortlaut der Richtlinien (5. Transportablauf - Bereitschaft -) auf Ausnahmefälle beschränkt und ist dem Kläger gegenüber offenbar auch nicht wahrgenommen worden. Nach dem Wortlaut des Vertrages und der Richtlinien (vgl. § 6 Nr. 2 des Vertrages - Nr. 3 der Richtlinien) konnte der Kläger andere Fahrer einsetzen, und zwar ohne vorher die Erlaubnis der Beklagten einzuholen. Seinen - von der Beklagten bestrittenen - Vortrag, der Fahrer habe sich vorher bei der Beklagten vorstellen müssen, hat der Kläger nicht substantiiert. Er konnte daher nicht berücksichtigt werden.

Fundstelle:

juris-Rechtsprechungsdatenbank