

B. Prüfung von Ansprüchen aus einem bestehenden Arbeitsverhältnis

I. Prüfung der Begründung eines Arbeitsverhältnisses

1. Einführung

Die Frage nach dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses stellt sich insbesondere im Hinblick auf zwei Fallgestaltungen. In der ersten – enorm praxisrelevanten – Gruppe liegt ein (Dienst-)Vertrag relativ unproblematisch vor; fraglich ist allerdings, ob es sich bei diesem rechtlich um einen Arbeitsvertrag handelt. Nur auf Arbeitsverträge findet das Arbeitsrecht Anwendung. Für sonstige Dienstverträge und Werkverträge, die mit selbständigen Unternehmerinnen und Unternehmern, Angehörigen freier Berufe sowie freien Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern geschlossen werden, gelten nicht die (zumeist arbeitnehmerschützenden) Regeln des Arbeitsrechts.

11

Die zweite besonders klausurrelevante Fallgruppe betrifft die Frage, ob ein an sich bestehendes Arbeitsverhältnis durch Anfechtung der zum Vertragschluss führenden Willenserklärung der Arbeitgeberseite wieder beendet werden kann. Dies ist insofern von besonderem Interesse, als die Vorschriften über den Kündigungsschutz einschließlich der Kündigungsverbote auf die Anfechtung keine Anwendung finden und auch der Betriebsrat vor einer Anfechtung nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG angehört werden muss.

12

2. Bestehen eines Arbeitsverhältnisses

a) Einstieg in die Fallbearbeitung

Wenn im Bearbeitungsvermerk nicht unmittelbar nach dem Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gefragt wird, ergibt sich der Einstieg in die Falllösung i. d. R. über eine Rechtsnorm, die das Bestehen eines selbständigen Dienstvertrags voraussetzt oder die an das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses anknüpft.

13

b) Prüfungsablauf

Übersicht 1

- I. Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags
 - §§ 145 ff. BGB, §§ 164 ff. BGB
- II. Gerichtet auf die Leistung von Diensten: Abschluss eines Dienstvertrags i. w. S.
 - § 611 BGB: Leistung von Diensten gegen Entgelt
 - Abgrenzung gegenüber anderen Vertragstypen (insbes. § 631 BGB – Werkvertrag, § 662 BGB – Auftrag)

14

III. Unselbständigkeit: Abgrenzung Arbeitnehmer – Selbständiger

- Selbständigkeit oder persönliche Abhängigkeit
Kriterien: § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB
 1. Weisungsgebundenheit
 - Ort, Zeit, Dauer der Tätigkeit fremdbestimmt
 2. Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation
 - „Rädchen“ im Produktionsgetriebe eines anderen
 3. Beurteilungsmaßstab: tatsächliche Vertragsdurchführung

- 15 Der Tatbestand der Vorschrift des § 611 Abs. 1 BGB gibt den Einstieg in die Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft vor: Der vermeintliche Arbeitnehmer muss (1.) auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags (2.) zur Leistung von Diensten für einen anderen verpflichtet sein. Ob selbständige oder unselbständige Dienste geschuldet werden (3.), ist sodann anhand der Kriterien des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB festzustellen.

Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags

- 16 **Prüfungspunkt I** ist in den hier relevant werdenden Fallgestaltungen zumeist unproblematisch und bedarf dann keiner besonderen Ausführungen. Diese sind aber erforderlich, wenn Dienste auch auf öffentlich-rechtlicher Grundlage (z.B. durch Beamte oder Strafgefangene) oder in Erfüllung familienrechtlicher Pflichten (§§ 1353 Abs. 1 Satz 2, 1619 BGB) erbracht worden sein könnten. Führt ein Tatbestand (z.B. §§ 134, 138 BGB) zur Nichtigkeit des Arbeitsvertrags, kann die Lehre vom faktischen (oder: fehlerhaften) Arbeitsverhältnis zum Tragen kommen. Wurde das Arbeitsverhältnis in diesen Fällen bereits in Vollzug gesetzt und stehen keine elementaren Interessen entgegen (wie z.B. der Patientenschutz bei einem erschlienenen Arbeitsverhältnis eines Nichtarztes als Arzt), wird es für die Vergangenheit so behandelt, als ob der Arbeitsvertrag fehlerfrei zustande gekommen wäre; für die Zukunft kann sich jede Partei durch einseitige Erklärung davon lösen. Sie sollten sich merken, dass die Vorschriften, nach denen der wesentliche Inhalt eines Arbeits- oder Berufsausbildungsvertrags schriftlich niederzulegen ist (§ 2 Abs. 1 NachwG, § 11 BBiG) keine Formvorschriften i.S.d. § 125 BGB sind. Sie dienen dem Arbeitnehmerschutz bzw. dem Schutz der Auszubildenden und wirken nur deklaratorisch: Ein Verstoß stellt nicht die Wirksamkeit des Vertrags in Frage. Als Gedächtnisstütze können Sie § 105 Satz 2 GewO neben § 611 Abs. 1 BGB vermerken (reine Paragraphenverweise sind nach vielen Prüfungsordnungen zulässig – um Ihren Gesetzestext nicht zu einem unerlaubten Hilfsmittel zu machen, sollten Sie die für Sie geltende Rechtslage zuvor klären!).

Gerichtet auf die Leistung von Diensten: Abschluss eines Dienstvertrags i. w. S.

Unter **Prüfungspunkt II** sind nur dann tiefer gehende Erörterungen erforderlich, wenn anstelle eines Dienstvertrags auch ein anderer Vertragstypus vereinbart worden sein könnte. Dazu sollten Sie sich als Merkhilfe im Gesetzestext des § 611 Abs. 1 BGB die Worte „Dienste“ und „Vergütung“ unterstreichen (zumindest einfarbige Unterstreichungen sind nach den Prüfungsordnungen zumeist zulässig – auch dazu müssen Sie sich zuvor informieren!). Hinsichtlich der Vergütung, also des Kriteriums der Entgeltlichkeit der Dienste, unterscheidet sich der Dienstvertrag vom Auftrag nach § 662 BGB; auch wenn es an einer ausdrücklichen oder konkludenten Vergütungsvereinbarung fehlt, wird sie allerdings zumeist nach § 612 Abs. 1 BGB vom Gesetz fingiert. Da nach dem Gesetz Dienste „für einen anderen“ geleistet werden müssen, können ferner Dienstleistungen ausgeschieden werden, die allein auf vereins- oder gesellschaftsrechtlicher Grundlage (vgl. §§ 58 Nr. 2, 706 Abs. 3 BGB) erfolgen.

17

Während beim Dienstvertrag die Leistung von „Diensten“ – also die Tätigkeit als solche – Gegenstand des Vertrags ist, wird beim Werkvertrag gem. § 631 Abs. 2 BGB ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg geschuldet. Die Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag kann im Einzelfall schwierig sein. Dann kann die Frage in der arbeitsrechtlichen Fallbearbeitung offengelassen werden: Für den Arbeitsvertrag als unselbständigen Dienstvertrag kommt es primär auf die persönliche Abhängigkeit an. Wird sie bejaht, ergibt sich daraus zwangsläufig die Arbeitnehmereneigenschaft und dass deshalb kein Erfolg geschuldet sein kann. Insofern ist es möglich, gegebenenfalls direkt zu Prüfungspunkt III überzugehen.

18

Unselbständigkeit: Abgrenzung Arbeitnehmer – Selbständiger

Zu prüfen ist die persönliche Abhängigkeit unter **Prüfungspunkt III** danach, ob eine unselbständige Tätigkeit nach *Weisungen* und unter *Eingliederung* in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers vorliegt. Die Prüfung hat anhand der Kriterien des § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB zu erfolgen (notieren Sie diese Vorschrift neben § 611 Abs. 1 BGB!). Selbständig ist danach, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbständig, d. h. als Arbeitnehmer tätig wird folglich derjenige, für den ein anderer Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung bestimmt (vgl. § 106 Satz 1 GewO). Weicht die Vertragsdurchführung vom Wortlaut des Vertrags ab, ist nach der Rechtsprechung darauf abzustellen, wie der Vertrag tatsächlich praktisch durchgeführt, d. h., wie er „gelebt“ wird.

19

Eine gute **Ergebniskontrolle** zu Prüfungspunkt III ermöglicht eine Meinung in der jüngeren Literatur, die zur Abgrenzung auf die Verteilung der unternehmerischen Risiken und der unternehmerischen Chancen schaut: Typischerweise ist nur selbständig (und mit einem unternehmerischen Risiko belastet),

20

wer auch die Chance hat, einen unternehmerischen Gewinn in angemessenem Verhältnis zu den Risiken zu erzielen. Dieser Ansatz führt in den meisten Fällen zum selben Ergebnis wie die Betrachtung der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre. Als Hilfskriterium zu dem nach h.M. entscheidenden Merkmal der persönlichen Abhängigkeit kann er ohne Weiteres herangezogen werden.

3. Anfechtung eines Arbeitsverhältnisses

a) Einstieg in die Fallbearbeitung

- 21 Sofern nicht unmittelbar nach dem Fortbestehen oder der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses gefragt wird, ergibt sich der Anknüpfungspunkt für die Lösung einer Anfechtungsklausur zumeist über eine Rechtsnorm, die das Fortbestehen eines Arbeitsvertrages voraussetzt.

b) Prüfungsablauf

22 Übersicht 2

Anfechtung eines Arbeitsverhältnisses

- I. Abschluss eines Arbeitsvertrags als Unterfall eines Dienstvertrags gem. § 611 Abs. 1 BGB
 - §§ 145 ff. BGB, §§ 164 ff. BGB
 - Inhalt: § 611 BGB, Leistung von unselbständigen Diensten gegen Entgelt
- II. Anfechtung einer zum Arbeitsvertragsschluss führenden Willenserklärung
 1. Anfechtungserklärung, § 143 Abs. 1 BGB
 - Auslegung der Erklärung (§ 133 BGB): Anfechtung oder Kündigung?
 - Zugang, § 130 Abs. 1 BGB
 - auch mündlich, § 623 BGB ist nicht anwendbar
 - Anfechtungsgegner: § 143 Abs. 2 BGB
 2. Anfechtungsgrund
 - a) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB
 - aa) Täuschung
 - aaa) durch positives Tun
 - „Täuschung“ = Erregen oder Aufrechterhalten eines Irrtums
 - gegeben bei unrichtiger Antwort auf zulässige Frage bei der Einstellung
 - bbb) durch Unterlassen
 - bei Pflicht zur ungefragten Offenbarung (selten!)
 - bb) Rechtswidrigkeit der Täuschung (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal)
 - nicht gegeben bei unzulässiger Frage („Recht zur Lüge“)
 - c) Kausalität der Täuschung („bestimmt worden ist“)
 - Täuschung muss für den Vertragsschluss mitursächlich gewesen sein

- dd) Arglist
Bewerber/in wusste oder musste erkennen, dass die Täuschung für die Begründung des Arbeitsverhältnisses wesentlich sein kann
- b) Anfechtung wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft, § 119 Abs. 2 BGB
 - z. B. Vorstrafen, Krankheiten
 - besteht kein Fragerecht, ist Eigenschaft nicht verkehrswesentlich
- 3. Anfechtungsfrist
 - § 119 Abs. 2 BGB: an sich gem. § 121 Abs. 1 BGB „unverzüglich“, im Arbeitsrecht analog § 626 Abs. 2 BGB jedenfalls innerhalb von zwei Wochen
 - § 123 Abs. 1 BGB: § 124 Abs. 1 BGB – innerhalb eines Jahres ab Entdeckung der Täuschung
- 4. Anfechtung nicht ausgeschlossen
 - Bestätigung des Arbeitsvertrags gem. § 144 Abs. 1 BGB
 - Anfechtung kann u. U. treuwidrig (§ 242 BGB) sein, wenn der Anfechtungsgrund zwischenzeitlich seine Bedeutung für das Arbeitsverhältnis verloren hat
- III. Rechtswirkung der Anfechtung
 - an sich gilt § 142 Abs. 1 BGB: Nichtigkeit von Anfang an
 - aber: bei in Vollzug gesetztem Arbeitsverhältnis grds. nur mit Wirkung für die Zukunft (vgl. faktisches Arbeitsverhältnis)

Abschluss eines Arbeitsvertrags als Unterfall eines Dienstvertrags gem. § 611 Abs. 1 BGB

Prüfungspunkt I ist in den hier relevant werdenden Fallgestaltungen zumeist **23** unproblematisch und bedarf dann keiner besonderen Ausführungen.

Anfechtung einer zum Arbeitsvertragsschluss führenden Willenserklärung

Zu **Prüfungspunkt II** sollte deutlich gemacht werden, dass die Anfechtung **24** trotz der bestehenden Regelungen über die Kündigung auch bei Arbeitsverträgen zulässig ist, weil Kündigung (Reaktion auf Probleme bei der Durchführung eines fehlerfrei geschlossenen Arbeitsvertrags) und Anfechtung (Grund: Mängel beim Vertragsschluss) grundsätzlich an unterschiedliche Bezugspunkte anknüpfen. Danach richtet sich auch die Auslegung (**Prüfungspunkt II 1**), wenn unklar ist, ob arbeitgeberseitig eine Anfechtung oder eine Kündigung erklärt werden sollte: Erfolgt eine Reaktion auf Probleme bei der Vertragsdurchführung, wird die Erklärung als Kündigung aufzufassen sein. Stützt sie sich auf Vorgänge bei Abschluss des Arbeitsvertrags, dürfte in aller Regel eine Anfechtung gewollt sein. Zielt die Fallfrage dahin, ob eine Anfechtung des Arbeitsverhältnisses möglich ist, entfällt Prüfungspunkt II 1; es ist dann regelmäßig bei Prüfungspunkt II 3 zu erläutern, dass die Anfechtung noch fristgerecht erklärt werden kann.

Zu einer Täuschung durch positives Tun (**Prüfungspunkt II 2 a**) kommt es **25** dann, wenn die täuschende Person einen Irrtum erregt oder aufrechterhält.

Eine Täuschung durch Unterlassen wird eher selten zu bejahen sein, da eine Pflicht zur ungefragten Offenbarung nur besteht, wenn die betreffenden Umstände die Erfüllung des Arbeitsvertrags unmöglich machen oder ähnlich ausschlaggebende Bedeutung für das Arbeitsverhältnis haben.

- 26 Kernpunkt von Anfechtungsklausuren bildet zumeist das *Fragerecht des Arbeitgebers* und das „*Recht zur Lüge*“, das Arbeitnehmern bei einer unzulässigen Frage zugestanden wird. Zulässigerweise dürfen nur solche Fragen – direkt oder mittels eines Einstellungsfragebogens – gestellt werden, an deren wahrheitsgemäßer Beantwortung arbeitgeberseitig ein berechtigtes, billigungswertes und schutzwürdiges Interesse besteht, die also für die Einstellungsentscheidung „erforderlich“ i. S. v. § 32 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BDSG sind (nach entsprechenden Grundsätzen wird auch die Zulässigkeit von Einstellungstests und -untersuchungen beurteilt). Zulässig sind daher nur arbeitsplatzrelevante Fragen. Fragen, die nicht in Zusammenhang mit der zu übernehmenden Aufgabe stehen und die die Privat- oder Intimsphäre betreffen, oder Fragen, deren Missbilligung durch die Rechtsordnung sich aus gesetzlichen Vorschriften wie z. B. Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG, § 19 Nr. 2 GenDG ergibt, sind unzulässig. Da auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis als Beschäftigte gelten (§ 6 Abs. 1 Satz 2 AGG), dürfen sie zudem nicht wegen der in § 1 AGG genannten Merkmale benachteiligt werden (§ 7 Abs. 1 AGG). Es fehlt damit ein schützenswertes Interesse für alle Fragen, die zu einer Diskriminierung wegen 1. der Rasse oder ethnischen Herkunft, 2. des Geschlechts, 3. der Religion oder Weltanschauung, 4. einer Behinderung, 5. des Alters oder 6. der sexuellen Identität führen können. Da voraussichtlich auch dann keine Einstellung erfolgt, wenn auf eine unzulässige Frage geschwiegen wird, gewährt die Rechtsprechung ein notwehrähnliches Recht zur Lüge. Die lügende Person täuscht zwar ebenfalls, doch geschieht dies nicht in rechtswidriger Weise.

4. Fallbeispiel

27 ■ Fall 1

Gisbert Schlawien (G) ist Inhaber eines gut gehenden Restaurants. Wegen der hohen Lohnnebenkosten beschloss er, vermehrt selbständige Kräfte mit den anfallenden Arbeiten zu betrauen. Er vereinbarte mit der seit sieben Monaten fest angestellten 22-jährigen Antonella Nebbich-Nauplius (N) am 22. 12. folgenden

Subunternehmervertrag

1. N wird ab dem 1. 1. als freie Subunternehmerin für G tätig und verpflichtet sich, von den 60 Tischen seines Lokals die Tische 1 bis 20 zu bewirtschaften. Sie ist gehalten, Bestellungen dieser Tische aufzunehmen und auszuführen. Sie verpflichtet sich, die erforderlichen Speisen

und Getränke ausschließlich von G abzunehmen. Der ihr von G in Rechnung gestellte Preis liegt jeweils 10 % unter den von ihm in der Speisekarte für N und deren Kunden unverbindlich festgesetzten Endverkaufspreisen.

2. N erhält für ihre Dienste ein monatliches Entgelt von 1.500 €. Die unter 1. aufgeführte Differenz zwischen Abnahmepreisen und Endverkaufspreisen wird auf diesen Betrag angerechnet. Vergütet wird im Übrigen nur die tatsächlich geleistete Arbeit, d.h., das Entgelt ist für Fehlzeiten anteilig zu mindern.

3. Die tägliche Dienstzeit beginnt für N um 14.00 Uhr und endet um 22.00 Uhr. Sie arbeitet an fünf Tagen pro Woche für G. Die Verteilung der Dienste auf die einzelnen Wochentage (Montag bis Sonntag) ergibt sich nach einem wöchentlich im Voraus von G zu erstellenden Dienstplan; im Bedarfsfall ist er berechtigt, zusätzliche Einsätze sowie die Bewirtung anderer Tische anzuordnen.

4. Der Subunternehmervertrag kann von beiden Seiten nach § 621 BGB gekündigt werden.

Es gelang N, deren Tätigkeit sich vor und nach dem Vertragsabschluss praktisch unverändert gestaltete, bislang nicht, mehr als das Festentgelt von 1.500 € monatlich zu erarbeiten. Als eine Bekannte des G eine neue Beschäftigung sucht, bietet er ihr die Subunternehmerstellung an und kündigt N am Freitag, dem 7. 4. schriftlich zum 30. 4.

Prüfen Sie gutachtlich, ob die Vertragsbeziehung zwischen G und N durch die Kündigung vom 7. 4. gem. § 621 BGB beendet werden konnte. Auf wettbewerbsrechtliche Fragestellungen ist nicht einzugehen (Bearbeitungszeit: 120 Minuten).

Lösungsvorschlag:

Die Vertragsbeziehung zwischen G und N könnte durch die schriftliche Kündigung vom 7. 4. gem. §§ 620 Abs. 2, 621 Nr. 3 BGB zum 30. 4. beendet worden sein.

Nach § 620 Abs. 2 BGB kann ein unbefristetes Dienstverhältnis von beiden Vertragspartnern nach den §§ 621 bis 623 BGB ordentlich gekündigt werden. Die Anwendung des § 621 Nr. 3 BGB setzt voraus, dass die Kündigung eines Dienstverhältnisses i. S. d. § 611 BGB in Rede steht, das kein Arbeitsverhältnis ist und bei dem die Vergütung nach Monaten bemessen ist.

1. Ein privatrechtlicher Vertrag zwischen G und N liegt mit dem vereinbarten „Subunternehmervertrag“ vor. Die Vergütung wird nach Ziffer 2 des Vertrags grundsätzlich auch nach Monaten bemessen. Fraglich ist allerdings, ob dieses Vertragsverhältnis als Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist, angesehen werden kann. Dazu müsste sich N gegenüber G zur Leistung von

selbständigen Diensten gegen Entgelt i. S. v. § 611 Abs. 1 BGB verpflichtet haben. Zu prüfen ist also einerseits, ob ein Dienstvertrag i. S. v. § 611 Abs. 1 BGB vorliegt; andererseits muss festgestellt werden, dass dieser nicht als Arbeitsvertrag anzusehen ist.

2. Fraglich ist bereits, ob ein Dienstvertrag vorliegt oder ob ein Werkvertrag i. S. v. § 631 Abs. 1 BGB geschlossen wurde. Vordergründig erscheint diese Abgrenzung einfach durchzuführen, da beim Dienstvertrag „Dienste“, also eine Tätigkeit, geschuldet werden, während ein Werkvertrag auf die Herstellung eines bestimmten Erfolgs, insbesondere die Herstellung eines Werks, gerichtet ist. Dennoch bereitet die Abgrenzung in Fällen wie dem vorliegenden Schwierigkeiten, bei denen der möglicherweise geschuldete Erfolg in sich wiederholenden Tätigkeiten besteht: Hier könnte beispielsweise ein Erfolg in dem Sinne geschuldet sein, dass G die Bewirtung der Tische 1 bis 20 seines Lokals dauerhaft sichern wollte. Dagegen spricht freilich schon, dass N nur an fünf von sieben möglichen Öffnungstagen zur Bewirtung verpflichtet ist, die sich nach dem Dienstplan des G zudem wöchentlich verändern können (s. Ziffer 3 des Vertrags). Auch sollen Fehlzeiten bei der Entgeltberechnung Berücksichtigung finden (s. Ziffer 2 des Vertrags), sodass N im Fall ihrer persönlichen Verhinderung (z.B. einer Erkrankung) offenbar die Bewirtung nicht sicherzustellen hat.

3. Auf die Frage, ob ein freier Dienstvertrag oder ein Werkvertrag geschlossen wurde, käme es jedoch letztendlich nur an, wenn N nicht als Arbeitnehmerin für G tätig wird. Das Vorliegen eines Arbeitsvertrags, der ein unselbständiger Dienstvertrag i. S. d. § 611 BGB ist, schliesse einerseits das Vorliegen eines selbständigen Dienstvertrags aus. Wird die persönliche Abhängigkeit eines Arbeitnehmers bejaht, kann dieser andererseits auch nicht einen vertraglichen Erfolg i. S. v. § 631 Abs. 1 BGB selbständig geschuldet haben.

Im vorliegenden Fall ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Parteien ihren Vertrag nicht als Arbeitsvertrag, sondern als „Subunternehmervertrag“ bezeichnen und von der Einschlägigkeit des nur für selbständige Dienstverträge geltenden § 621 BGB ausgehen. Für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags (und damit die Anwendbarkeit der – zumeist arbeitnehmerschützenden und oftmals unabdingbaren – Vorschriften des Arbeitsrechts) kann es allerdings nicht auf die Bezeichnung des Vertrags ankommen, wenn dieser nach seinem Inhalt und vor allem nach seiner tatsächlichen Durchführung einen ganz anderen Vertragsgegenstand hat.

An einer gesetzlichen Definition des Begriffs des Arbeitnehmers fehlt es. Als Ausgangspunkt für die Abgrenzung lassen sich jedoch die Beurteilungskriterien der Selbständigkeit heranziehen, die der Gesetzgeber exemplarisch in § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB festgeschrieben hat. Selbständig ist danach, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Ein Arbeitnehmer kann dies nicht. Er erbringt unselbständige Dienste für einen anderen, von dem er im Hinblick auf die Gestaltung seiner Tätigkeit

und seiner Arbeitszeit *persönlich abhängig* ist. Die persönliche Abhängigkeit eines Arbeitnehmers, für die das Gesamtbild der Tätigkeit unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls maßgeblich ist, kommt vor allem darin zum Ausdruck, dass er nach den *Weisungen* des Arbeitgebers (vgl. § 106 Satz 1 GewO) und unter *Eingliederung in dessen Arbeitsorganisation* zu handeln hat.

Bei der Bewirtung bzw. Bedienung von Lokaltischen in einem Restaurant ist der Arbeitsort zwangsläufig vorgegeben. Auch für die Arbeitszeit ergibt sich ein fester Rahmen durch die Öffnungszeiten des Restaurants. Diese Aspekte erlauben daher allein noch keinen Schluss auf das Vertragsverhältnis. Für eine Weisungsbindung der N spricht allerdings, dass die Verteilung der Arbeit auf die einzelnen Wochentage durch G relativ kurzfristig in einem Dienstplan festgelegt wird, wodurch G die N allein nach seinen Bedürfnissen einsetzen kann. Aufgrund des von G wöchentlich im Voraus zu erstellenden Dienstplans kann N praktisch keiner anderen Tätigkeit neben den geschuldeten wöchentlichen Arbeiten im Umfang von 40 Stunden nachgehen. Auch zeigt sich an dem Modus der Dienstplanerstellung die Einbindung der N in die Arbeitsorganisation des G. Noch weiter gehen die Befugnisse des G nach Ziffer 3 des Vertrags, wonach er berechtigt ist, zusätzliche Einsätze der N anzuordnen sowie sie zur Bewirtung anderer Tische einzuteilen, also relativ konkret arbeitsbezogene Weisungen zu geben. Allerdings kann auch ein Werkbesteller nach § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB Anweisungen für die Erstellung des Werkes erteilen. Hier bestimmt G durch seine Weisungen jedoch erst den Gegenstand der Arbeit im Hinblick auf die Arbeitszeiten und Arbeitstage sowie die zu bewirtenden Tische. Dabei binden seine Weisungen die N persönlich, da – wie die Fehlzeitenregelung nach Ziffer 2 des Vertrags zeigt – nicht vorgesehen ist, dass sie auf andere Personen für die Bewirtung der Lokaltische zurückgreifen darf. Insofern ist der Einsatz der N und ihre Arbeit selbst unmittelbar durch G organisiert, was sehr für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses spricht. Es verbleibt auch im Übrigen nur wenig persönlicher Freiraum für die wirtschaftliche Gestaltung der Bewirtung, da N verpflichtet ist, die bestellten Speisen und Getränke ausschließlich von G abzunehmen. Ferner werden Abweichungen von den in der Speisekarte angegebenen Preisen nur ausnahmsweise möglich sein. In Anbetracht dieser Umstände ist eine umfangreiche zeitliche, örtliche und sachliche Fremdbestimmtheit der Arbeit der N durch die Weisungen des G wie auch durch ihre enge Einbindung in die Abläufe seines Restaurantbetriebs zu bejahen. Sie hat zudem zuvor dieselbe Tätigkeit für G auf der Basis eines Arbeitsvertrags verrichtet und G betraut auch weiterhin Arbeitnehmer mit entsprechenden Tätigkeiten. Die persönliche Abhängigkeit der N von G ist daher in gleichem Maße gegeben wie vor dem Abschluss des „Subunternehmervertrags“.

Dieses Ergebnis wird zusätzlich gestützt, wenn man die Kriterien einer jüngeren Literaturmeinung hinzunimmt, wonach zur Abgrenzung auf die Verteilung der unternehmerischen Risiken und der unternehmerischen Chancen zu schauen sein soll: Typischerweise ist nur selbständig (und mit einem Unter-

nehmerrisiko belastet), wer die Chance hat, einen Unternehmergewinn in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Risiken zu erwirtschaften. Hier zeigt die tatsächliche Vertragsdurchführung, dass für N offenbar keine realistische Chance bestand, mehr als den monatlichen Mindestverdienst von 1.500 € zu erzielen, was der für Angestellte typischen Monatsentlohnung praktisch gleichkommt. Das wirtschaftliche Risiko einer Erkrankung oder persönlichen Verhinderung sollte hingegen allein auf sie abgewälzt werden, sodass schwerlich von einem angemessenen Verhältnis von unternehmerischen Risiken und Chancen gesprochen werden kann.

Zwischen G und N bestand also ein Arbeitsvertrag. § 621 BGB kann folglich keine Anwendung finden. Die Vertragsbeziehung ist daher nicht durch eine Kündigung nach § 621 Nr. 3 BGB beendet worden.

28 Coaching-Zone: Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Greiner, Kündigungsschutzklage und Arbeitnehmerbegriff im gutachterlichen Fallaufbau – ein unlösbares Problem?, Jura 2014, 273–277; *Odemer*, Examensrelevante Besonderheiten des materiellen Arbeitsrecht, JA 2015, 335–341 (u.a. zur Anfechtung eines Arbeitsvertrages); *C. Schmidt*, Eine schöne Bescherung und andere Vorfälle, Jura 2015, 188–195 (Übungsklausur; u.a. zum Problem der Arbeitnehmereigenschaft).

II. Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers

1. Einführung

- 29** Klausurschwerpunkte in Anfänger- und Fortgeschrittenenklausuren bilden die Fragen der Lohngewährung ohne erbrachte Arbeitsleistung. Mit dieser Materie, zu der insbes. die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, der Annahmeverzug des Arbeitgebers sowie die Tragung des Betriebs- und des Wegerisikos bei von beiden Vertragspartnern nicht zu vertretender Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gehört, sollten Sie sich daher in jedem Fall gut vertraut machen!

2. Vergütung erbrachter Arbeit

a) Einstieg in die Fallbearbeitung

- 30** Anspruchsgrundlage für den Vergütungsanspruch ist der Arbeitsvertrag als Unterfall eines Dienstvertrags gem. § 611 Abs. 1 BGB.