



Lösung: Der selbständige „Nahverkehrspartner“ – Arbeitnehmer oder nicht?

Eine Klage des Paul vor dem Arbeitsgericht hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

***Klausurtyp:** Da P noch nicht Klage erhoben hat, ist auf die ordnungsgemäße Klageerhebung nicht einzugehen.*

I. Rechtswegzuständigkeit

Fraglich ist, ob P vor dem Arbeitsgericht klagen muss. Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts könnte sich aus § 2 I Nr. 3 a oder b ArbGG ergeben. Dazu müsste P Arbeitnehmer sein.

Voraussetzung für ein Arbeitsverhältnis ist die vertragliche Verpflichtung zur Dienstleistung. Das Arbeitsverhältnis erfordert zusätzlich zum Dienstvertrag (§ 611 BGB) eine Dienstleistung in persönlicher Abhängigkeit.

***Klausurtyp:** Auf die Fragestellung achten! In einer „Anwaltsklausur“ wie hier darf die Arbeitnehmereigenschaft schon im Rahmen der Zulässigkeit gutachtlich vollständig geprüft werden. Anders wäre vorzugehen, wenn eine „Richterklausur“ gefordert wäre. Dann wäre in der Zulässigkeit nur eine sehr eingeschränkte Prüfung nach im Einzelnen streitigen Kriterien vorzunehmen!*

1. Vertragliche Verpflichtung zur Dienstleistung

a) Privatrechtlicher Vertrag +

b) Verpflichtung zur Dienstleistung

Die von P geschuldete Leistung ist das ständige (Klausel Nr. 1) Ausfahren von Frachtgut.



Hier: Tätigkeitsbezogene Dienstleistung und nicht erfolgsbezogene Werkleistung wie bei projektbezogenen Werkvertrag, so dass § 611 BGB vorliegt.

2. In persönlicher Abhängigkeit

Arbeitnehmer ist, wer weisungsgebunden vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt.

Dabei ist analog § 84 I 2 HGB zu fragen, ob P im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen konnte. Fehlt es daran, so ist von einem Arbeitsverhältnis auszugehen.

a) Selbständigkeit aufgrund Frachtvertrags (§ 407 HGB)

Die Selbständigkeit könnte sich hier allerdings schon aus dem Typus „Frachtvertrag“ ergeben.

Kennzeichnend für den Frachtvertrag ist, dass der Frachtführer verpflichtet wird, das Gut zum Bestimmungsort zu befördern und dort an den Empfänger abzuliefern, vgl. § 407 I HGB.

Im Gegensatz zur alten Fassung des Frachtgeschäftes in § 425 HGB a. F. ist nunmehr die „gewerbsmäßige“ Beförderung keine Voraussetzung für den Frachtvertrag mehr. Damit wird also in § 407 HGB eine selbständige Tätigkeit nicht mehr vorausgesetzt, so dass der Frachtvertrag als solcher kein geeignetes Abgrenzungskriterium darstellt.¹

¹ anders beim Kommissionär nach § 383 HGB, vgl. BAG AP Nr. 115 zu § 611 BGB Abhängigkeit



b) Besondere vertragliche und faktische Weisungsabhängigkeit

Ausschlaggebend ist die praktische Durchführung und das Gesamtbild des konkreten Vertrages zwischen A und P.

Die Rechtsfolgen des Arbeitsrechts sind nämlich nicht vom Parteiwillen abhängig, sondern von der objektiven Bestimmung des Geschäftsinhalts der Vereinbarung (Rechtsformzwang).

P musste montags bis freitags in der Zeit von 6–17 Uhr zur Verfügung von A stehen und konnte daher seine Arbeitszeit nicht im Wesentlichen frei bestimmen.

Auch wenn P sich rechtlich Fahraufträge auf eigene Rechnung hätte verschaffen können, war er faktisch dazu aufgrund seiner starken zeitlichen Bindung an A nicht in der Lage.

Dafür spricht auch, dass die Einräumung von 20 Tagen „Jahresurlaub“ (Nr. 2) entbehrlich gewesen wäre, hätte sich P aufgrund seiner Arbeitssouveränität seinen Urlaub jederzeit selbst einteilen können. Eine solche Entscheidungsfreiheit sollte P aber offenbar nicht verbleiben.

Ständige Dienstbereitschaft ist ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft.

Auch der Umstand, dass P sein eigenes Fahrzeug benutzte und selbst ein Kleintransportgewerbe angemeldet hatte, ändert nichts an seiner Dispositionsabhängigkeit gegenüber A.

Zum einen war ihm vorgeschrieben, wann er sein Fahrzeug zu betanken und notwendige Wartungsarbeiten durchzuführen hatte (Nr. 3); ähnliches galt für die firmenübliche Ausgestaltung seines Fahrzeugs. Zum anderen konnte er durch seine starke zeitliche Inanspruchnahme sein eigenes Fahrzeug nicht nach eigenem unternehmerischem Ermessen einsetzen.

Faktisch blieb ihm nur der Einsatz für A.



Klausurtyp: Schon in der Prüfung der Zulässigkeit kann die Frage der Arbeitnehmereigenschaft im arbeitsrechtlichen Fallaufbau also weitreichende Bedeutung erlangen, wenn es sich wie hier um eine „Anwaltsklausur“ handelt.

3. Feststellungsantrag

P möchte festgestellt wissen, dass sein Arbeitsverhältnis mit A nicht aufgelöst ist, sondern fortbesteht.

= Streitigkeit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses im Sinne des § 2 I Nr. 3 b ArbGG

4. Zwischenergebnis

Es muss P als Arbeitnehmer eingeordnet werden. Damit liegt ein Arbeitsverhältnis vor.

Aufgrund des Feststellungsantrags ergibt sich die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts aus § 2 I Nr. 3 b ArbGG.

II. Örtliche Zuständigkeit

P könnte die A, die als GmbH juristische Person ist, an ihrem allgemeinen Gerichtsstand gem. §§ 12, 17 I 1 ZPO verklagen. Der allgemeine Gerichtsstand ist bei einer juristischen Person der Sitz.

§ 48 Ia ArbGG bestimmt, dass auch das Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk der ArbN gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Bei Arbeit, die an wechselnden Orten zu erbringen ist, ist das Gericht zuständig, von dessen Bezirk aus der ArbN seine Arbeit verrichtet.

P erhält hier seine Weisungen vom Depot aus, damit ist Hannover jedenfalls Ausgangspunkt seiner Arbeit. P könnte A hier verklagen.

Ergibt sich durch den Sitz der A ein anderer allgemeiner Gerichtsstand, so kann P zwischen beiden Gerichtsständen wählen.



III. Inhalt des Antrags

Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG

Inhalt des Antrags nach § 4 KSchG

Punktuelle Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage

Ergebnis

Die Klage wäre als Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG zulässig.

B. Begründetheit

I. Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (§ 611 BGB) +

Klausurtyp: Es ist ein Gebot prüfungsökonomischen Vorgehens, auf bereits Erörtertes nach oben zu verweisen. Falsch dagegen ist es, nach unten zu verweisen!

II. Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung

1. Einhaltung der Klagefrist nach §§ 4, 7 KSchG

Begehren des P kann nach der materiellen Präklusionsvorschrift des § 4 KSchG nur innerhalb von drei Wochen geltend gemacht werden.

Anderenfalls wäre eine Sozialwidrigkeit der Kündigung geheilt, vgl. § 7 KSchG.

P müsste die Klage daher innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erheben.

2. Einhaltung der Kündigungsfrist und der Schriftform

Gesetzliche Kündigungsfrist des § 622 II 1 BGB gewahrt!

Beachte: § 622 II 2 BGB nicht mehr anwendbar (EuGH NZA 2010, 85).

Auch die gesetzliche Schriftform gem. §§ 623, 126 I BGB ist gewahrt.



3. Anwendung des KSchG

P hat länger als 6 Monate für A Dienste geleistet, daher ist das KSchG persönlich anwendbar (§ 1 KSchG).

Der Betrieb von A überschreitet mit allein schon ca. 80 Arbeitnehmern im Depot die Kleinbetriebsklausel des § 23 I 2 KSchG wesentlich, daher ist das KSchG auch sachlich anwendbar.

4. Soziale Rechtfertigung

A stützt die Kündigung auf häufig auftretende Unpünktlichkeit, so dass es sich um *verhaltensbedingte Gründe* gem. § 1 II 1 2. Alt. KSchG handelte.

Grundsätzlich stellt die schuldhaft wiederholt auftretende Unpünktlichkeit insbesondere nach der auch vertraglich betonten Pflicht zur Zuverlässigkeit einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund dar.

Jedoch ist bei verhaltensbedingter Kündigung regelmäßig eine *Abmahnung* vorzuschalten, die den Arbeitnehmer auf die vorwerfbare Störung des Arbeitsverhältnisses aufmerksam macht und ihm die Möglichkeit belässt, sein Verhalten vertragsgemäß fortzusetzen.

Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip stellt die Kündigung erst die „ultima ratio“ dar, so dass eine vorherige Abmahnung nur in ganz groben Fällen einer Vertragspflichtverletzung entbehrlich ist.

III. Ergebnis

Mangels vorheriger Abmahnung ist das Arbeitsverhältnis zwischen A und P wegen Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht durch Kündigung wirksam aufgelöst worden, sondern besteht fort. Die Kündigung ist nach § 1 I KSchG somit unwirksam.

C. Gesamtergebnis

Die Klage des P wäre zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.