

# Bundesarbeitsgericht

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

§ 611 BGB

- 1. Für die Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von einem freien Dienstverhältnis von Bedeutung sind in erster Linie die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, und nicht die Modalitäten der Bezahlung oder die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung.**
- 2. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses kann auch aus Art oder Organisation der Tätigkeit folgen.**
- 3. Für Tätigkeiten, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erbracht werden können, gilt der Grundsatz, daß bei untergeordneten, einfachen Arbeiten eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen ist als bei gehobenen Tätigkeiten.**
- 4. Zeitungszusteller sind selbstständig tätig, wenn die Zustellung der Zeitungen so organisiert wird, daß dem dafür Verantwortlichen ein großer Gestaltungsspielraum verbleibt.**

BAG, Urteil vom 16.07.1997 Az.: 5 AZR 312/96

#### **Tatbestand:**

1

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht.

2

Die Beklagte betreibt eine Agentur zum Vertrieb von Presseerzeugnissen. U.a. verteilt sie die "Frankfurter Allgemeine Zeitung" (FAZ) und den "Blick durch die Wirtschaft" (BDDW). Sie beschäftigt nach eigenen Angaben 48 Zeitungszusteller, sog. Zeitungsjungen, auf Geringverdienerbasis mit Arbeitszeiten von 5 bis 90 Minuten pro Arbeitstag. Daneben sind weitere Personen, u.a. der Kläger, als Zusteller für sie tätig, deren rechtlicher Status teilweise streitig ist.

3

Der Kläger war zunächst gem. Anstellungsschreiben vom 28. Juli 1980 ab 1. August 1980 als Zeitungszusteller der Beklagten für den Zustellbezirk N I tätig. In dem Anstellungsschreiben heißt es:

4

"Sie sind verpflichtet, die Exemplare der Frankfurter Allgemeinen Zeitung am Erscheinungstag an der vereinbarten Stelle abzuholen und die Abon-

nennten pünktlich, regelmäßig und ordentlich zu beliefern. Jeder Abonnent ist bis spätestens 7.00 Uhr zu beliefern.

Für die Zustellung der Zeitungsexemplare erhalten Sie eine stückzahlbezogene Vergütung von z.Zt. DM 3,20 pro Monat zuzüglich der von der Hauptagentur genehmigten und schriftlich bestätigten Kostenerstattungen.

...

Die Namen und Adressen der Abonnenten sind entsprechend der Auslieferung im Zustellbuch einzutragen, gleiches gilt für die von der Hauptagentur gemeldeten Bestandsveränderungen (Bezugsunterbrechung, Zugang, Abgang). Bei Beendigung der Zustelltätigkeit ist das Zustellbuch unverzüglich an die Hauptagentur zurückzugeben. Es ist Ihnen untersagt, das Zustellbuch Dritten auszuhändigen oder zugänglich zu machen.

Im Falle der Erkrankung sind Sie verpflichtet, die Hauptagentur unverzüglich zu benachrichtigen und für eine vorübergehende Vertretung zu sorgen.

..."

5

6

Die Zeitungen wurden dem Kläger ab 23.00 Uhr des Vortages zur Verfügung gestellt. Nach übereinstimmender Auffassung der Parteien handelte es sich bei diesem Vertragsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis. Mit Schreiben vom 1. Juni 1987 kündigte der Kläger das Vertragsverhältnis zum 30. Juni 1987. Ab 1. Juli 1987 war die im Jahre 1991 verstorbene Ehefrau Vertragspartnerin. Sie kündigte den Vertrag zum 31. Dezember 1988. In der Folgezeit trug zeitweise der Sohn des Klägers für die Beklagte Zeitungen aus.

7

Spätestens ab 1. Januar 1990 war wieder der Kläger für die Beklagte tätig. Einen erneuten schriftlichen Vertrag schlossen die Parteien nicht ab. Der Kläger bediente die Zustellbezirke 090 und 029 in D und übernahm Vertretungen für andere Zusteller der Beklagten. Nach ihrem Vortrag gab die Beklagte dem Kläger und dessen Sohn Schecks zur Weiterleitung an die vom Kläger auf Geringverdienerbasis beschäftigten Zusteller, und zwar ohne daß der Kläger dafür Rechnungen erstellte. Spätestens ab Juli 1990 stellte der Kläger der Beklagten Rechnungen aus, überwiegend in monatlichen Abständen, und zwar bis August 1990 unter der Firmenbezeichnung "B und R P - Transporte Kurierdienst", ab Oktober 1990 unter der Bezeichnung "B P Vertragsauslieferung" und spätestens seit Juli 1994 unter der Bezeichnung "B P Vertragsauslieferung Kurierdienst".

8

In der Zeit von Juli 1990 bis Februar 1991 beliefen sich die monatlichen Rechnungsbeträge für die Zustellung der beiden Zeitungen auf Beträge zwischen ca. 2.400,-- und 3.300,-- DM. Weiter stellte der Kläger der Beklagten unter dem 13. August 1990 für die Auslieferung der FAZ in einem anderen Bezirk und für die Verteilung von 10.000 Werbebrieffen 1.368,-- DM in Rechnung.

9

Für die Zeit ab Juni 1994 bis März 1995 beliefen sich die Rechnungsbeträge für die monatliche Zustellung auf ca. 2.850 bis 6.430,- DM. Unter dem 30. März 1995 stellte der Kläger der Beklagten weiter für 38,5 Stunden "Etikettieren der FAZ für die WestLB" zu einem Stundensatz von 20,- DM, insgesamt also 770,- DM in Rechnung. Ferner befinden sich bei den Akten - von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht eingereichte - Kopien zweier Rechnungen, mit denen der Kläger einer "Firma W D Kleintransporte" für die Zustellung der Zeitungen FAZ und BDDW in der Zeit vom 21. Oktober bis zum 30. November 1994 6.769,02 DM und für die Zustellung dieser Zeitungen im Dezember 1994 5.206,86 DM in Rechnung stellt. Die der Beklagten für die Monate Oktober bis Dezember 1994 in Rechnung gestellten Beträge belaufen sich auf 4.236,31 DM, 3.010,59 DM und 3.142,95 DM.

10

Neben der Tätigkeit für die Beklagte übernahm der Kläger zumindest zeitweise zusätzliche Zustelldienste bei Dritten für andere Zeitungen, u.a. die "Neue Rhein-Ruhr-Zeitung" und die "Rheinische Post".

11

Mit Schreiben vom 6. März 1995 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis zum 31. März 1995. Hiergegen wandte sich der Kläger mit einer beim Arbeitsgericht Düsseldorf erhobenen Kündigungsschutzklage (- 8 Ca 1941/95 -). Die Parteien schlossen am 19. Mai 1995 einen Vergleich, wonach sie sich darin einig sind, daß das "Rechtsverhältnis durch die ... Kündigung nicht aufgelöst worden ist, sondern zur Zeit fortbesteht".

12

Mit seiner am 27. Juni 1995 bei Gericht eingegangenen Klage begehrt der Kläger nunmehr die Feststellung, daß es sich bei dem Vertragsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis handelt. Dazu hat er vorgetragen: Tatsächlich habe sich an dem seit August 1980 bestehenden Arbeitsverhältnis nichts geändert. Auch während der Zeit, als das Vertragsverhältnis mit seiner Ehefrau bestanden habe, sei der Vertrag ausschließlich von ihm erfüllt worden. Seine Ehefrau habe zu keiner Zeit Zeitungen zugestellt. Das Vertragsverhältnis mit seiner schon damals schwerkranken Ehefrau sei nur deshalb begründet worden, um dieser eine höhere Rente zu verschaffen. Vertretungen für andere Zeitungen habe er nur übernommen, wenn die Beklagte keine Vertretungen für ihn gehabt habe. Er habe sämtliche Leistungen in Person erbracht - so sein schriftsätzlicher Vortrag in erster Instanz. 1990 sei man einvernehmlich zu den Modalitäten des Vertrages vom 28. Juli 1980 zurückgekehrt. Die Beklagte habe dann von sich aus die Entlohnungsmethode umgestellt und Nettobeträge plus Mehrwertsteuer gezahlt, für die sie später Rechnungen verlangt habe. In Wirklichkeit handele es sich aber um ein Arbeitsverhältnis. Er unterliege dem Weisungsrecht der Beklagten; seine Arbeit sei fremdbestimmt. Aus der Natur der Sache ergebe sich, daß der zur Zustellung von Zeitungen Verpflichtete kein freier Mitarbeiter sein könne. Bei krankheits- und urlaubs-bedingter Abwesenheit habe die Beklagte Vertretungen eingesetzt und bezahlt.

13

Der Kläger beantragt festzustellen,

14

daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.

15

16

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen: Es handele sich nicht um ein Arbeitsverhältnis. Der Grund, weshalb der Kläger sein damaliges Arbeitsverhältnis zum 30. Juni 1987 von sich aus gekündigt habe und seine Ehefrau anschließend tätig geworden sei, liege vermutlich darin, sich Lohnpfändungen zu entziehen. 1990 habe der Kläger darum gebeten, das bisherige Vertragsverhältnis umzustellen. Er und sein Sohn wollten nunmehr eine Firma für Zustelldienste gründen und für mehrere Verlage gleichzeitig arbeiten, und ihr, der Beklagten, Rechnungen erteilen. Damit habe sie sich einverstanden erklärt. Der Kläger habe Wert darauf gelegt, wegen diverser Pfändungen keinen festen Arbeitsvertrag abzuschließen.

17

Während der gesamten Dauer des Rechtsverhältnisses habe der Kläger zusätzlich für andere Auftraggeber gearbeitet. Ab Mai 1989 sei er bei der Neuen Rhein-Ruhr-Zeitung in Düsseldorf als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen, in der Zeit von Januar 1993 bis Dezember 1994 mit Steuerklasse 6. Ab Mai 1989 sei der Kläger weiter bei der Rheinischen Post in Düsseldorf als Zusteller beschäftigt gewesen. Zusätzlich habe er von November 1989 bis Dezember 1990 für die Firma I , Presse Service, täglich Tageszeitungen im gesamten Stadtgebiet von Düsseldorf und Neuss ausgetragen, und zwar bei einer Zustellzeit bis jeweils 7.00 Uhr. Wegen der Vielzahl der zeitgleich zu erfüllenden Verpflichtungen könne der Kläger die morgendlichen Zustellungen nicht in Person erbringen. Vielmehr bediene er sich mehrerer Hilfskräfte. Auf jeden Fall helfe ihm seine Lebensgefährtin. Dies zeige, daß es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien nicht um ein Arbeitsverhältnis handle. Eine persönliche Abhängigkeit liege nicht vor. Ihr, der Beklagten, sei es völlig egal, mit welchen Personen und Mitteln der Kläger die übernommene Zustellverpflichtung erfülle, welche sonstigen Tätigkeiten er ausführe und welche Konkurrenzprodukte er gleichzeitig vertreibe. Ein irgendwie geartetes Konkurrenzverbot bestehe nicht. Einzige Weisung sei die, daß die vereinbarten Zustellungen unbedingt jeweils bis spätestens 7.00 Uhr zu erledigen seien.

18

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat als unstreitig festgestellt, daß sich der Kläger dritter Personen zur Erfüllung seiner Vertragspflichten bediene und bedienen dürfe. Im Berufungsrechtszug hat der Kläger eingeräumt, daß er von seiner Lebensgefährtin unterstützt werde. Das Landesarbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### **Entscheidungsgründe:**

19

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des Arbeitsgerichts. Der Kläger ist nicht Arbeitnehmer der Beklagten. Sein Vortrag ist unschlüssig. Diese Feststellung betrifft den Zeitraum ab 1. Januar 1990.

20

I. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von den Grundsätzen ausgegangen, die der Senat zur Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses von einem freien Dienstverhältnis entwickelt hat. Beide unterscheiden sich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, daß der Beschäftigte einem Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, das Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer

und Ort der Tätigkeit betreffen kann. Für die Abgrenzung von Bedeutung sind demnach in erster Linie die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist, und nicht die Modalitäten der Bezahlung oder die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung (BAG Urteile vom 30. November 1994 - 5 AZR 704/93 - AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit; Urteil vom 12. September 1996 - 5 AZR 104/95 - AP Nr. 122 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten, beide auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

21

Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Kriterien lassen sich nicht aufstellen. Manche Tätigkeiten können sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses (freien Mitarbeiterverhältnisses) erbracht werden. Umgekehrt gibt es Tätigkeiten, die regelmäßig nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden können. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses kann also auch aus Art oder Organisation der Tätigkeit folgen (ständige Rechtsprechung, zuletzt BAG Urteil vom 12. Juni 1996 - 5 AZR 960/94 - AP Nr. 4 zu § 611 BGB Werkstudent, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

22

Für Tätigkeiten, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, als auch im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses erbracht werden können, gilt der Grundsatz, daß bei untergeordneten, einfachen Arbeiten eher eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation anzunehmen ist als bei gehobenen Tätigkeiten (vgl. BFH Urteile vom 14. Juni 1985 - VI R 150 - 152/82 - BFHE 144, 225 = BB 1985, 2153; BFH Urteil vom 24. Juli 1992 - VI R 126/88 - BFHE 169, 154 = AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit). Das entspricht auch der Verkehrsanschauung. Bei einfachen Tätigkeiten, insbesondere manchen mechanischen Handarbeiten, bestehen schon von vornherein nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten. Daher können schon wenige organisatorische Weisungen den Beschäftigten in der Ausübung der Arbeit so festlegen, daß von einer im wesentlichen freien Gestaltung der Tätigkeit (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB) nicht mehr die Rede sein kann. In derartigen Fällen kann die Arbeitnehmereigenschaft auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß der Dienstgeber die wenigen erforderlichen Weisungen bereits in den Vertrag aufnimmt.

23

II. Das Austragen von Zeitungen ist eine einfache Tätigkeit, die von vornherein nur geringe Gestaltungsmöglichkeiten zuläßt. Die Weisungsgebundenheit ergibt sich hier in der Regel daraus, daß dem Zusteller ein bestimmter Bezirk mit Kundenliste zugewiesen und ein zeitlicher Rahmen vorgegeben wird. Zeitungszusteller sind daher sowohl in der arbeitsrechtlichen, als auch in der finanz- und sozialgerichtlichen Rechtsprechung überwiegend als Arbeitnehmer angesehen worden (BAG Beschluß vom 29. Januar 1992 - 7 ABR 27/91 - AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972; LAG Hamm, Urteil vom 8. September 1977 - 8 Sa 468/77 - EzA § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff Nr. 12 = DB 1978, 798; LAG München, Beschluß vom 26. Juni 1953 - I 6/53, RDA 1953, 438; BFH Urteil vom 2. Oktober 1968 - VI R 29/68 - BFHE 94, 189 = DB 1969, 289 = BB 1969, 167; BFH Urteil vom 24. Januar 1975 - VI R 89/72 - und BFH Urteil vom 21. November 1980 - VI S 4/80 - beide n.v.; BFH Urteil vom 24. Juli 1992 - VI R 126/88 - BFHE 169, 154 = AP Nr. 63 zu § 611 BGB Abhängigkeit; BSG Urteil vom 15. März 1979 - 2 Ru 80/78 - SozSich 1979, 187; BSG Urteil vom 19. Januar 1968 - 3 RK 101/64 - USK 6801; BSG Urteil vom 26. Februar 1960 - 3 RK 71/57 - SozR Nr. 19 zu § 165 RVO; a.A. ArbG Oldenburg, Urteil vom 7. Juni 1996 - 3 Ca 819/95 - BB 1996, 2148; HessFinG Urteil vom 25. Februar 1976 - I 224/72 - EFG 1976, 387). Die Arbeitnehmereigenschaft wurde teilweise auch dann bejaht, wenn der Zusteller auch für andere Verlage tätig werden und sich vertreten lassen konnte (BSG, aaO;

BFH, Urteil vom 2. Oktober 1968; zweifelnd dagegen BAG Beschluß vom 29. März 1974 - 1 ABR 27/73 - BAGE 26, 107 = AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1972 = EzA § 19 BetrVG 1972 Nr. 2).

24

Aus den dargestellten Umständen läßt sich jedoch nicht schließen, daß Zeitungszusteller stets und ausnahmslos Arbeitnehmer sind. Sie können auch aufgrund freien Dienst- oder Werkvertrages, also selbständig tätig sein (BAG Beschluß vom 29. März 1974, aaO; BFH Urteil vom 14. Juni 1985, aaO; BayObLG Urteil vom 21. Dezember 1994 - 4 StRR 116/94 - BayObLGSt 1994, 264; vgl. auch BGH Urteil vom 10. April 1990 - IX ZR 177/89 - AP Nr. 2 zu § 611 BGB Zeitungsaussträger = NJW-RR 1990, 1075). Das ist der Fall, wenn die Zustellung der Zeitungen so organisiert wird, daß dem dafür Verantwortlichen ein größerer Gestaltungsspielraum verbleibt. Entscheidend sind also die Umstände des Einzelfalls. Bei den Zeitungsaussträgern, die sechs Tage in der Woche Tageszeitungen zustellen, wird der Unternehmer im allgemeinen innerhalb des abgegrenzten zeitlichen Rahmens über die Arbeitsleistung des Zustellers verfügen können, auch wenn dieser nicht exakt nach Stunden und Minuten bestimmt ist und der Zusteller die Reihenfolge der Zustellung bestimmen kann (BAG Beschluß vom 29. Januar 1992 - 7 ABR 2/91 - AP Nr. 1 zu § 7 BetrVG 1972). Dagegen spricht gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, wenn die Anzahl der auszutragenden Zeitungen so groß ist, daß die Einschaltung von Hilfskräften erforderlich erscheint, das Arbeitsvolumen also erheblich über das hinausgeht, was ein Einzelner in der vorgegebenen Zeit leisten kann. In diesem Fall wird der Zusteller das Austragen der Zeitungen durch andere organisieren müssen, um seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllen zu können.

25

III. Der Streitfall weist Besonderheiten auf, die das Landesarbeitsgericht nicht berücksichtigt hat.

26

Der Kläger war bereits vom 1. August 1980 bis zum 30. Juni 1987 für die Beklagte tätig, damals als Arbeitnehmer. Daraus folgt aber nicht, daß es sich bei dem im Jahre 1990 neubegründeten Vertragsverhältnis ebenfalls um ein Arbeitsverhältnis handelt. Dem Kläger waren nunmehr zwei andere und auseinanderliegende Zustellbezirke zugewiesen. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Parteien sich auf die Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 28. Juli 1980 geeinigt hätten.

27

Die Beklagte hat bereits bezweifelt, daß der Kläger seine beiden weit auseinander liegenden "festen" Zustellbezirke allein bewältigen kann. Unabhängig davon lassen schon die Höhe der der Beklagten für die monatliche Zustellung in Rechnung gestellten Beträge und die Anzahl der jeweils zu beliefernden Kunden erhebliche Zweifel daran aufkommen, daß der Kläger die Zustellung jeweils bis 7.00 Uhr in eigener Person überhaupt vornehmen konnte. Der Kläger hat der Beklagten für den Monat Juni 1994 für die Belieferung von täglich 1.083 Exemplaren der FAZ und 197 Exemplaren der BDDW einschließlich MwSt. 6.430,17 DM und für die Zustellung im September 1994 4.745,65 DM in Rechnung gestellt. Für November 1994 waren es 3.010,59 DM und für Dezember 1994 3.142,95 DM. Hinzu kommt, daß der Kläger für annähernd denselben Zeitraum (21. Oktober bis 31. Dezember 1994) einer Firma Wolfgang Dreher Kleintransporte 6.769,02 DM und 5.206,86 DM ebenfalls für die Zustellung der genannten Zeitungen in Rechnung stellte. Es ist nicht vorstellbar, daß der Kläger sämtliche Zeitungen jeweils selbst ausgetragen hat. Vielmehr liegt die Annahme nahe, daß er mehrere andere Zusteller einsetzte und damit - wie es die Briefköpfe der Rechnungen ausweisen - tatsächlich selbständiger Unternehmer war. Weiter hat die Beklagte substantiiert vorgetragen, der Kläger sei in demselben

Zeitraum bei der Rhein-Ruhr-Zeitung als Arbeitnehmer mit Steuerklasse 6 und zusätzlich für die Firma IPS als Zeitungszusteller tätig gewesen. Die Beklagte hat daraus den naheliegenden Schluß gezogen, daß der Kläger die Zustellungen für sie nicht in Person erbringen konnte.

28

Angesichts dieser erheblichen Indizien für eine selbständige Tätigkeit wäre es Sache des Klägers gewesen, zunächst vorzutragen, wann und wo er jeweils die Zeitungen der Beklagten abholt und ausgetragen hat und welcher Hilfspersonen er sich bedient hat. Diesen Anforderungen genügt sein Vortrag nicht. Nachdem er in erster Instanz zunächst behauptet hatte, er habe die Zeitungen durchweg persönlich ausgetragen, hat er sich später dahin eingelassen, es treffe nicht zu, daß er sich zur Zustellung anderer Personen bedient habe, er werde nur von seiner Lebensgefährtin Frau M unterstützt. Es fehlt an jedem Vortrag dazu, in welcher Weise ihn seine Lebensgefährtin unterstützt, und wann er und sie die Zeitungen austragen. Es fehlt auch jede einsichtige und nachvollziehbare Erklärung dafür, wie er - mit oder ohne Lebensgefährtin - die abgerechneten Umsätze erzielen konnte.