

8 Sa 147/23
10 Ca 5020/22
(Arbeitsgericht Nürnberg)

Verkündet am: 20.10.2023

...
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht Nürnberg

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma **C. GmbH**
C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **D.**
D-Straße, D-Stadt

- 2 -

hat die 8. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20. Oktober 2023 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... und die ehrenamtlichen Richter ... und ...

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 09.05.2023, Az. 10 Ca 5020/22, teilweise abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Urlaubsabgeltung in Höhe von € 1.076,66 brutto zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 01.08.2022 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung sowie Zahlungsansprüche des Klägers und in diesem Zusammenhang über die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers.

Die Beklagte konzipiert für Kunden Kampagnen. Die Beklagte entwickelt das Design hierzu und plant das Projekt in Abstimmung mit dem Kunden. Der Kunde bucht hierzu bei der Beklagten ein komplettes Show-Paket, bei dem die Beklagte einen Truck stellt, den sie individuell ausstattet und schmückt. Die jeweiligen Veranstaltungen finden sowohl im Truck als auch im Außenbereich davor statt.

Unter dem 07.03.2022 schlossen die Parteien einen „Vertrag über freie Mitarbeit“. Die Beklagte hatte dem Kläger zuvor als Alternative angeboten, ein Arbeitsverhältnis mit einer Vergütung von € 3.500,-- brutto zu vereinbaren; dies lehnte der Kläger ab. Das Vertragsverhältnis der Parteien begann am 14.03.2022. Die Beklagte beauftragte den Kläger für die Kampagne „Sichtbarkeit erhöhen“ der Z. als Truckmanager. Der Vertrag vom 07.03.2022 sah eine Befristung bis einschließlich 11.11.2022 vor, aber mit der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung. Ausweislich des Bescheides der Deutschen Rentenversicherung vom 22.02.2022 bezieht der Kläger seit 01.11.2021 eine Regelaltersrente in Höhe von € 1.087,25.

Mit E-Mail vom 30.06.2022 kündigte die Beklagte den Vertrag über die freie Mitarbeit fristgerecht zum 31.07.2022.

Mit Klageschrift vom 12.12.2022, eingegangen beim Arbeitsgericht Nürnberg am selben Tag, machte der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung und mit Klageerweiterungen vom 20.03.2023 sowie vom 11.04.2023 Urlaubsabgeltung, Annahmeverzugsvergütung und Zeugniserteilung geltend.

Der Kläger trug erstinstanzlich zur Begründung vor, er sei Arbeitnehmer. Er sei durch den Mitarbeiter der Beklagten Y. eingearbeitet worden. Von diesem habe er als quasi Vorort-Vorgesetzten jeweils konkrete Weisungen und Vorgaben erhalten, wann und wohin der Truck zum nächsten Einsatzort gefahren werden müsse, wie der Truck zu platzieren sei und wann Aufbau bzw. Abbau vor Ort jeweils zu erfolgen hätten. Bezüglich der Arbeitszeit sei unter anderem der Aufbaublock mit ca. zwei bis zweieinhalb Stunden vorgegeben gewesen, dann freie Zeit bis zum Abbaublock ab 17:00 Uhr, geändert auf 18:00 Uhr. Arbeitsbeginn sei in der Regel ab 6:30 Uhr gewesen. Gleichfalls sei er angewiesen worden, wann Frühstück einzunehmen sei, wann die Abfahrt vom Hotel zum Truck zu erfolgen

habe, was wie und wann vor Ort durchzuführen sei und wann die Abfahrt zum nächsten Standort zu erfolgen habe. Unter anderem habe ihn die Beklagte konkret angewiesen, einen Stellplatz in X. nachts inmitten eines Wohngebietes anzufahren. Anlässlich eines technischen Defekts in W. sei er angewiesen worden, wann der Truck zur Reparatur zum Firmenstandort zu fahren sei, den sodann reparierten Auflieger mit einem VW-Bus am Sonntag am Firmenstandort abzuholen und sogleich zum nächsten Aufstellungsort in V. zu fahren.

Er habe auch Urlaub genommen. Rechnungskorrekturen und Reisekostenabrechnungen habe er nach Anweisungen des Eventmanagers U. selbst vorgenommen. Er habe die Anweisung erhalten, über die firmeninterne Software Reisekosten und Verpflegungsaufwendungen abzurechnen. Die Fahrzeuge sowie Arbeitskleidung, Laptop und Smartphone habe die Beklagte gestellt. Soweit er habe übernachten müssen, seien die Rechnungen auf die Beklagte ausgestellt worden. Die Hotels seien von der Beklagten vorgegeben und gebucht worden. Es sei auf den Ganztagesatz von € 260,- zuzüglich Mehrwertsteuer zu verweisen bei neun Stunden inklusive einer Stunde Pause. Dass er entsprechend angewiesen worden sei, diese Leistungen zu erbringen, sei aus der Rechnung vom 06.06.2022 ersichtlich. Zu den geleisteten Stunden werde auf die beigefügten Zusammenstellungen verwiesen. Die Beklagte beschäftige auch Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit; so sei Herr T. sogenannter Vorort-Manager gewesen mit ähnlichen Arbeitszeiten wie er, der Kläger. Es sei auf § 7 des Vertrages zu verweisen, wonach er die Dienstleistung höchstpersönlich geschuldet habe.

Jedenfalls sei er als arbeitnehmerähnliche Person einzustufen. Er habe während des Vertragszeitraumes kein anderes Erwerbseinkommen bezogen. Daher liege zumindest eine wirtschaftliche Abhängigkeit vor. Aufgrund des hohen dargelegten Stundenvolumens habe er auch keine Möglichkeit gehabt, im Vertragszeitraum für andere Vertragspartner tätig zu sein. Zumindes wäre er nach dem europarechtlichen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff als Arbeitnehmer einzustufen.

Da die Kündigungserklärung der Beklagten nur als E-Mail existiere und ihm auch nur als E-Mail zugegangen sei, erfülle diese die Voraussetzungen der vertraglich vereinbarten

Schriftform nach § 3 Abs. 4 des Vertrages nicht. Da tatsächlich ein Arbeitsverhältnis praktiziert worden sei, sei die gesetzliche Schriftform gemäß § 623 BGB maßgeblich.

Im Falle eines Arbeitsverhältnisses habe er unter Berücksichtigung einer Siebentagewoche einen Urlaubsabgeltungsanspruch von 28 Arbeitstagen nach dem Bundesurlaubsgesetz. Als Arbeitnehmer hätte er mindestens eine Monatsvergütung von € 3.500,- brutto zu beanspruchen. Soweit er lediglich als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sei, ergebe sich ein Urlaubsabgeltungsanspruch orientiert an seiner Abrechnung vom 06.06.2022.

Aufgrund der unberechtigten Kündigung seien aufgrund Annahmeverzugs der Beklagten Vergütungsansprüche für den Zeitraum vom 01.08.2022 bis zum 11.11.2022 durch die Beklagte abzurechnen und auszubezahlen. Ein funktionsgerechter Arbeitsplatz sei ab dem 01.08.2022 nicht zur Verfügung gestellt worden, so dass es auf ein förmliches Angebot der Arbeitsleistung nicht ankomme. Gleiches müsse auch im Falle der Annahme eines arbeitnehmerähnlichen Vertragsverhältnisses gelten. Im Übrigen habe er mit E-Mail vom 01.07.2022 der Beklagten die Arbeitsleistung angeboten.

Ein Anspruch auf ein Arbeitszeugnis sei arbeitnehmerähnlichen Personen im Wege der Analogie zuzugestehen.

Nach teilweiser Klagerücknahme beantragte der Kläger erstinstanzlich zuletzt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund Kündigungserklärungen der Beklagtenpartei vom 30.06.2022 aufgelöst wurde, sondern bis zum Ablauf des 11.11.2022 fortbestanden hat.

Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass ein zwischen den Parteien bestehendes Vertragsverhältnis über eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung nicht aufgrund Kündigungserklärungen der Beklagtenpartei vom 30.06.2022 aufgelöst wurde, sondern bis zum Ablauf des 11.11.2022 fortbestanden hat.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Urlaubsabgeltung i.H.v. 3.231,76 Euro brutto nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.12.2022 zu bezahlen.

Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Urlaubsabgeltung i.H.v. 1.077,25 € brutto nebst 5 Prozent Zinsen über dem jeweiligen Basiszins-

satz der EZB seit 1.8.2022 zu bezahlen.

Nachrangig hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Urlaubsabgeltung in Höhe von netto 5.287,76 Euro zzgl. 19 Prozent Mehrwertsteuer 1.004,67 € mithin brutto 6.292,43 € nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.12.2022 zu bezahlen.

Letztrangig nachrangig hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Urlaubsabgeltung in Höhe von netto 1.762,58 € zzgl. 19 Prozent Mehrwertsteuer 334,89 € mithin brutto 2.097,47 € nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.8.2022 zu bezahlen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Annahmeverzugslohnvergütung für den Zeitraum 1. 8.2022 bis 11.11.2022 i.H.v. 11.083,33 Euro brutto nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.12.2022 zu bezahlen.

Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Annahmeverzugslohnvergütung für den Zeitraum 1.8.2022 bis 11.11.2022 i.H.v. 17.941,42 Euro netto zzgl. 19 Prozent Mehrwertsteuer 3.408,87 Euro mithin brutto 21.350,30 Euro nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.12.2022 zu bezahlen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein wohlwollendes qualifiziertes Arbeitszeugnis für die Tätigkeit des Klägers im Vertragszeitraum zu erteilen.

Die Beklagte beantragte erstinstanzlich,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trug vor, ein Arbeitsvertrag habe zwischen den Parteien nicht bestanden, diese hätten einen freien Mitarbeitervertrag geschlossen und praktiziert. Der Vertrag über die freie Mitarbeit räume der Beklagten keinerlei Weisungsrechte ein. Vielmehr bestimme § 5 des Vertrages, dass der freie Mitarbeiter bei der Durchführung der beauftragten Tätigkeiten in inhaltlicher Hinsicht völlig frei sei, genauso wie in der Gestaltung seiner Tätigkeit hinsichtlich Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausübung. Lediglich projektbezogene Vorgaben hätten eingehalten werden sollen, um den Zweck des Projekts sicherzustellen. Auch halte § 5 des Vertrages fest, dass der Kläger berechtigt sei, einzelne Aufträge ohne die Angabe von Gründen abzulehnen. Die erbrachten Leistungen habe der Kläger vertragsgemäß monatlich gegenüber der Beklagten abgerechnet. Es sei dem freien Mitarbeiter entsprechend § 6 des Vertrages unbenommen geblieben, während der Beauftragung

durch die Beklagte für andere Auftraggeber tätig zu werden. Die vertraglichen Vereinbarungen seien von den Parteien auch wie vereinbart ausgeführt worden. Der Kläger habe bei der Durchführung seiner Tätigkeiten gerade keinen Weisungen unterlegen. Herr Y. habe nicht als Vorgesetzter fungiert, der Kläger habe dessen Weisungen nicht nachkommen müssen. Vielmehr sei bei Vertragsschluss vereinbart worden, dass Herr Y. dem Kläger die Besonderheiten des ausgestatteten Trucks zeige, so dass der Kläger den Auftrag eigenmächtig durchführen könne. Herr Y. habe den Kläger somit zunächst für zwei oder drei Wochen begleitet, um die Einführung nachzuholen. Entsprechend habe der Kläger mit Herrn Y. vereinbart, wann beide zum Veranstaltungsort aufbrechen. Dabei habe es sich um einvernehmliche Absprachen gehandelt, die der Kläger getroffen habe, um die Unterstützung von Herrn Y. in Anspruch zu nehmen. Herr Y. habe lediglich aus Erfahrungswerten dem Kläger berichtet, wie viel Zeit eingeplant werden müsste.

Die Beklagte habe mit dem Kunden sowohl den Veranstaltungsort als auch die Veranstaltungszeit, zu welcher der Roadshow-Truck bei dem Kunden sein müsse, vereinbart. Der Kläger sei als Truckmanager dafür zuständig gewesen, den ausgestatteten und vorbereiteten Truck zur richtigen Zeit zu dem vereinbarten Veranstaltungsort zu bringen. Niemand habe verlangt, dass der Kläger neun Stunden pro Tag arbeite. Meist hätten die Veranstaltungen von 10:00 Uhr bis 17:00 Uhr stattgefunden, so dass der Kläger rechtzeitig bis zur Ankunft des Kunden den Truck aufgebaut haben musste. Der Stellplatz sei nur einen Tag angemietet gewesen, so dass der Kläger vor Ablauf der Mietzeit dafür habe sorgen müssen, dass der Truck abgebaut sei. Was der Kläger während der Veranstaltung gemacht habe, sei ihm selbst überlassen gewesen. Der Kläger sei berechtigt gewesen, einzelne Aufträge ohne die Angabe von Gründen abzulehnen. Der Kläger habe ein unternehmerisches Risiko getroffen. Wäre die Veranstaltung abgesagt, unterbrochen oder verschoben worden, wäre auch die Vergütung des Klägers entfallen. Die Erbringung der Leistung sei mit Zustimmung der Beklagten auch durch Subunternehmer oder eigene Mitarbeiter des Klägers möglich gewesen.

Zudem handele der Kläger rechtsmissbräuchlich, indem er den Abschluss eines Arbeitsvertrages erst ablehne und sich jetzt auf den erweiterten Schutz berufe.

Auch im Rahmen der unionsrechtlichen Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs sei die Weisungsgebundenheit ausschlaggebendes Merkmal für das Vorliegen einer Arbeitnehmertätigkeit.

Der Kläger sei auch nicht als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren. Er trage selbst schon nicht vor, dass er tatsächlich täglich neun Stunden beschäftigt gewesen sei. Zudem sei die Beschäftigung von vornherein bis zum 11.11.2022 befristet gewesen.

Die Kündigung habe zu ihrer Wirksamkeit keiner Schriftform bedurft. § 623 Abs. 1 BGB finde nur auf Arbeitsverhältnisse Anwendung.

Das Bundesurlaubsgesetz gelte für den Kläger nicht, weil dieser kein Arbeitnehmer sei. Der Kläger sei im Übrigen auch nicht durchgehend sieben Tage pro Woche für die Beklagte tätig gewesen.

Der Kläger habe nach der Kündigung nie seine Leistung ordnungsgemäß angeboten. Der Anspruch auf Erteilung eines Arbeitszeugnisses scheitere schon mangels Eigenschaft als Arbeitnehmer. Da der Kläger Regelaltersrente beziehe, sei jedenfalls davon auszugehen, dass ein fehlendes Arbeitszeugnis das berufliche Fortkommen des Klägers nicht mehr maßgebend beeinflusse.

Das Arbeitsgericht Nürnberg hat mit Endurteil vom 09.05.2023 die Klage abgewiesen.

Das Arbeitsgericht begründete die Klageabweisung damit, dass der Kläger nicht Arbeitnehmer der Beklagten gewesen sei und auch nicht als arbeitnehmerähnlich einzustufen gewesen sei.

Ein Arbeitsverhältnis unterscheide sich von dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befinde. Arbeitnehmer sei, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet sei. Das Weisungsrecht könne Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer sei derjenige Mitarbeiter, der

nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen könne. Dabei habe auch die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit Einfluss auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Letztlich komme es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliege, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles an. Der jeweilige Vertragstyp ergebe sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse könnten nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt sei den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprächen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, sei letztere maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen ließen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen seien, was sie also wirklich gewollt hätten. Die Vorschrift des § 611a BGB spiegele diese Rechtsgrundsätze wider. Könne die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbständig erbracht werden, sei die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen.

Die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien mit „Vertrag über freie Mitarbeit“ vom 07.03.2022 hätten auf die Begründung eines freien Dienstverhältnisses gezielt. Nach § 5 des Vertrages unterliege der freie Mitarbeiter bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten keinen Weisungen des Auftraggebers. Er sei in der Gestaltung seiner Tätigkeit selbstständig tätig und vollkommen frei. Der freie Mitarbeiter sei an keinerlei Vorgaben zum Arbeitsort oder zur Arbeitszeit gebunden. Gemäß § 5 Abs. 3 des Vertrages sei der freie Mitarbeiter ferner berechtigt, einzelne Aufträge ohne Angabe von Gründen abzulehnen. Nach § 6 Abs. 1 des Vertrages werde der freie Mitarbeiter nur dann eingeteilt, wenn er auch für die jeweilige Aktion verfügbar sei. Nach § 6 Abs. 2 habe er das Recht, auch für dritte Auftraggeber tätig zu sein. § 7 des Vertrages lasse erkennen, dass keine höchstpersönliche Leistungserbringung geschuldet sei. Denn nach dessen Satz 2 sei – zwar mit Zustimmung der Beklagten aber generell – die Hinzuziehung eigener Mitarbeiter oder die Vergabe von Unteraufträgen zulässig. Sei der zur Leistung Verpflichtete be-

rechtigt, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, so stehe ihm ein eigener Gestaltungsspielraum zu, der gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses spreche. Gemäß § 9 des Vertrages würden Steuern, Sozialversicherungsbeiträge etc. vom Auftraggeber nicht abgeführt. Die Erfüllung von Abgaben und Versicherungsleistungen sei, soweit erforderlich, Sache des freien Mitarbeiters.

Aus der praktischen Handhabung ergäbe sich nichts Anderes, insbesondere seien weitere hinzutretende Umstände, die bei einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalles auf den für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses erforderlichen Grad persönlicher Abhängigkeit des Klägers schließen ließen, nicht feststellbar. So sei der Kläger in seiner Arbeitszeitgestaltung im Wesentlichen frei gewesen. Für die Frage, ob der Dienstnehmer in seiner Arbeitszeithoheit eingeschränkt sei, sei allein auf das rechtliche Dürfen gegenüber dem Unternehmer abzustellen; faktische Zwänge blieben unberücksichtigt. Die Parteien hätten eine feste Arbeitszeit bzw. fixe Erreichbarkeitszeiten des Klägers nicht geregelt. Eine solche ergebe sich auch nicht aus § 2 des Vertrages über freie Mitarbeit. Dieser regle lediglich eine Pauschalvergütung für einen Zeitraum von bis zu neun Stunden pro Tag, enthalte aber keine Verpflichtung des Klägers, in einem solchen Umfang Arbeitsleistung zu erbringen oder zur Arbeitsleistung bereitzustehen. Der Kläger habe nicht substantiiert dargetan, aufgrund welcher und wessen Weisungen im Einzelnen er verpflichtet gewesen wäre, seine Arbeitsleistung zu erbringen. Dem Vorbringen des Klägers sei nicht zu entnehmen, durch wen wann solche Anweisungen erfolgt sein sollen. Ein Weisungsrecht des Mitarbeiters Y. bzw. ein Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen diesem und dem Kläger sei nicht ersichtlich. Die Beklagte habe hierzu insbesondere ausgeführt, Herr Y. sei dem Kläger für die ersten Wochen zur Seite gestellt worden, um diesen in die Tätigkeit einzuweisen. Allein der Bezeichnung des Herrn Y. durch den Kläger als „quasi Vorort-Vorgesetzten“ lasse sich eine Weisungsbefugnis des Herrn Y. nicht entnehmen. Die auf den Vereinbarungen der Beklagten und ihren Kunden beruhenden Vorgaben dazu, wann der Truck wo zu stehen habe, würden sich lediglich auf das Fahrzeug und dessen Standort beziehen. Auch im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen könnten von dem Dienstberechtigten oder dem Besteller Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden, ohne dass daraus eine zeitliche Weisungsabhängigkeit folge, wie sie für ein Arbeitsverhältnis regelmäßig kennzeichnend sei. Auch bezüglich der Vorgaben des Ortes der Erbringung der Tätigkeit käme es allein auf die Vereinbarungen zwischen der Beklagten und

ihren Kunden an, wann der Truck wo zu stehen habe. Damit haben sich diese Vorgaben ebenfalls lediglich auf das Fahrzeug und dessen Standort bezogen. Weisungen, die Pflichten des freien Dienstnehmers zu erfüllen, führten nicht dazu, dass eine solche Weisung als Ausübung des arbeitsrechtlichen Direktionsrechts zu qualifizieren wäre. Die notwendige Kommunikation betreffend Leistungskontrolle, Information und Unterstützung oder die Konkretisierung des unmittelbaren Vertragszwecks qualifiziere das Vertragsverhältnis gerade nicht zum Arbeitsverhältnis. Weisungen, die unmittelbar die Konkretisierung des Vertragsinhalts betreffen, wie etwaige Vorgaben dazu, wann der Truck wo in welchem Zustand abzustellen bzw. wieder abzubauen sei oder wie eine Abrechnung von Reisekosten und Verpflegungsaufwendungen zu erfolgen habe, seien jedenfalls nicht als Ausübung eines arbeitgeberseitigen Direktionsrechts zu qualifizieren. Insbesondere sei der Kläger auch berechtigt gewesen, einzelne Aufträge der Beklagten ohne Angabe von Gründen abzulehnen.

Dem Kläger sei durch die Vereinbarung einer Pauschalvergütung für jeden Einsatz ein für die selbständige Tätigkeit typisches unternehmerisches Risiko auferlegt worden. Der Kläger habe gerade kein monatliches Fixum beanspruchen können. Soweit dem Kläger Auslagen zu erstatten gewesen wären, stünde dies einer Selbständigkeit des Klägers ebenfalls nicht entgegen, da die Gewährung von Aufwendungsersatzleistungen kein Merkmal eines Arbeitsverhältnisses, sondern eine allgemeine Verpflichtung in den unterschiedlichsten Vertragsverhältnissen sei.

Der Kläger sei befugt gewesen, auch für andere Auftraggeber tätig zu werden. Der Kläger sei weder verpflichtet gewesen, seine Tätigkeit in einem bestimmten zeitlichen Umfang für die Beklagte zu erbringen, noch habe er jegliche Aufträge der Beklagten durchführen müssen. Dass er dies gegebenenfalls tatsächlich in einem Umfang getan habe, der eine Tätigkeit für andere Auftraggeber ausschloss, sei nicht erheblich. Es habe der Entscheidung des Klägers obliegen, hierüber unter Berücksichtigung seiner Vergütungsinteressen zu entscheiden. Der Kläger habe demnach gerade nicht seine vollständige Arbeitskraft der Beklagten geschuldet, was weiter gegen das Vorliegen einer ein Arbeitsverhältnis begründenden persönlichen Abhängigkeit des Klägers spreche. Auch habe der Kläger keine höchstpersönliche Leistung geschuldet, die Hinzuziehung eigener Mitarbeiter oder die Vergabe von Unteraufträgen war mit Zustimmung der Beklagten zulässig.

Dass die Beklagte dem Kläger den Truck sowie Arbeitskleidung, Laptop und Smartphone gestellt habe, lasse keine Rückschlüsse auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis zu. Die Nutzung des von der Beklagten gestellten Trucks sei dem vorliegenden Vertragsverhältnis immanent, nachdem dieser nach den jeweiligen Kundenwünschen individuell ausgestattet und geschmückt werde. Zudem lasse sich dem klägerischen Vorbringen auch nicht entnehmen, woraus sich eine Verpflichtung zum Tragen etwaig gestellter Arbeitskleidung bzw. zur Nutzung des Laptops oder Smartphones ergeben sollte. Selbst die vertragliche Vereinbarung einer bestimmten Arbeitskleidung wäre kein für Arbeitsverhältnisse typisches Merkmal. Im Übrigen käme es für die Abgrenzung verschiedener Vertragstypen nicht auf die Außenwirkung gegenüber Dritten, sondern allein auf die rechtlichen Befugnisse der Vertragsparteien im Innenverhältnis an.

Der Vorrang der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen vor der formalen Vertragstypenwahl durch die Parteien bedeute nicht, dass die Entscheidung der Parteien für eine bestimmte Art von Vertrag irrelevant wäre. Könnte die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden, sei die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung zu berücksichtigen.

Unter Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung sowohl der zwischen den Parteien schriftlich getroffenen vertraglichen Vereinbarungen als auch deren tatsächlicher Durchführung sei der Kläger nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für die Beklagte tätig gewesen. Die Kündigung sei nicht an den Vorschriften des § 1 KSchG zu messen. Ob es dem Kläger unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbräuchlichkeit nicht ohnehin verwehrt wäre, sich auf einen Arbeitnehmerstatus zu berufen, nachdem ihm unstreitig zunächst ein Arbeitsverhältnis durch die Beklagte angeboten worden sei, dessen Abschluss der Kläger unstreitig abgelehnt habe, könne mithin dahinstehen.

Eine Unwirksamkeit der Kündigungserklärung vom 30.06.2022 folgt nicht aus fehlender Wahrung der vertraglichen Schriftform. § 623 BGB finde mangels bestehendem Arbeitsverhältnisses vorliegend keine Anwendung.

Zwar sei es richtig, dass die Parteien in § 3 Abs. 4 des Vertrages die Schriftform für eine Kündigung des Vertragsverhältnisses vorgesehen haben. Für die Auslegung der Klausel sei jedoch § 127 BGB zu beachten. Diese Norm verweise zwar zunächst in ihrem Absatz 1 für die durch Rechtsgeschäfte bestimmte Form auf die Regelungen zur gesetzlichen Schriftform. Nach ihrem Abs. 2 Satz 1 BGB genüge jedoch – abweichend vom Grundsatz des Abs. 1 – bei gewillkürter Schriftform grundsätzlich die telekommunikative Übermittlung. Nach dieser Regelung werde bei der vereinbarten Schriftform damit vom Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift abgesehen. Eine Kündigung durch E-Mail – wie vorliegend – sei mithin ausreichend, um die Form zu wahren sofern sie – wie hier gegeben – mit dem Namen des Erklärenden abschließe.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gelte nach § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB zwar dann, wenn ein anderer Wille der Parteien anzunehmen sei. Anhaltspunkte hierfür seien allerdings dem Vorbringen des Klägers nicht zu entnehmen und auch nicht ersichtlich.

Der Kläger könne eine Urlaubsabgeltung nicht beanspruchen. Der Vertrag über freie Zusammenarbeit habe eine Urlaubsgewährung nicht vorgesehen. Der Kläger sei auch nicht Arbeitnehmer im Sinne des § 2 BUrlG. Der Kläger sei auch nicht Arbeitnehmer im Sinne des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs. Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts seien Arbeitnehmer im Sinne des § 1 BUrlG und hätten Anspruch auf den gesetzlichen Urlaub. Bei dem Merkmal der Weisungsbindung orientiere sich der EuGH an persönlicher Abhängigkeit, diese sei inhaltlich aber weiter gefasst. Nach Auffassung des EuGH genüge ein irgendwie geartetes Unterordnungsverhältnis, wobei dieser Begriff des Unterordnungsverhältnisses als Synonym für die im deutschen Recht verwendeten Begriffe der Fremdbestimmung und der persönlichen Abhängigkeit verwendet werde. Die Kriterien, die der EuGH entwickelt habe, kämen durchaus der deutschen Rechtslage nahe. Es sei zu prüfen, ob dem Dienstnehmer Entscheidungsspielraum gewährt werde hinsichtlich der Möglichkeit, Subunternehmer einzusetzen, angebotene Aufträge abzulehnen, den maximalen Arbeitsaufwand selbst festzulegen, gleichzeitig vergleichbare Dienstleistungen für Dritte zu erbringen, auch wenn diese direkte Wettbewerber seien, seine Arbeitszeit innerhalb eines bestimmten Rahmens selbst frei zu bestimmen, sich seine Zeit entsprechend

seinen persönlichen Bedürfnissen einzuteilen und nicht ausschließlich den Interessen des mutmaßlichen Arbeitgebers Rechnung zu tragen.

Unter Berücksichtigung dieser Prüfungskriterien des EuGH sei der Kläger nicht Arbeitnehmer im Sinne des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs. Es fehle bereits an einem entsprechenden Unterordnungsverhältnis im Sinne einer Fremdbestimmung bzw. persönlichen Abhängigkeit. Der Kläger verfüge über Entscheidungsspielraum im Hinblick auf seine Leistungserbringung, d.h. er habe angebotene Aufträge ablehnen können, sei berechtigt gewesen Subunternehmer einzusetzen und habe den maximalen Arbeitsaufwand selbst festlegen können.

Der Kläger sei auch nicht arbeitnehmerähnliche Person i.S.d. § 2 Satz 2 BUrlG. Nach § 2 Satz 2 BUrlG würden als Arbeitnehmer auch Personen gelten, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen seien. Arbeitnehmerähnlich seien Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig seien, wenn sie aufgrund von Dienst- und Werkverträgen für andere Personen tätig seien und die geschuldeten Leistungen persönlich und im Wesentlichen ohne Mitarbeit von Arbeitnehmern zu erbringen hätten. Weitere Voraussetzung sei, dass der Beschäftigte entweder für eine Person tätig sei oder ihm von einer Person im Durchschnitt mehr als die Hälfte des Entgelts zustehe, das er für seine Erwerbstätigkeit insgesamt verlangen könne. § 2 BUrlG hebe nicht nur auf die wirtschaftliche Unselbständigkeit ab. Darüber hinaus bedürfe es auch einer sozialen Schutzbedürftigkeit. Sozial Schutzbedürftigkeit sei dabei anzunehmen, wenn das Maß der Abhängigkeit nach der Verkehrsanschauung einen solchen Grad erreiche, wie er im Allgemeinen nur in einem Arbeitsverhältnis vorkomme und die geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen eines Arbeitnehmers vergleichbar seien. Entscheidend sei, ob eine für Arbeitnehmer typische Notwendigkeit bestehe, die Arbeitskraft zur Sicherung der wirtschaftlichen Existenz zu verwerten. Der unbestimmte Rechtsbegriff der sozialen Schutzbedürftigkeit erfordere eine Bewertung aller Umstände des Einzelfalles. Zu diesem gehörte notwendig neben der Höhe der Vergütung aus dem Rechtsverhältnis, das den arbeitnehmerähnlichen Status begründen solle, die Berücksichtigung anderweitiger Einkünfte. Diese könnten dazu führen, dass die für einen Arbeitnehmer typische Notwendigkeit, seine Arbeitskraft

zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz zu verwerten, nicht bestehe. Wirtschaftliche Abhängigkeit und soziale Schutzbedürftigkeit müssten kumulativ vorliegen.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sei der Kläger keine arbeitnehmerähnliche Person i.S.d. § 2 Satz 2 BUrlG. Es fehle an einer entsprechenden sozialen Schutzwürdigkeit des Klägers. Dies zum einen, da für den Kläger aufgrund der Tatsache, dass er bereits seit 01.11.2022 Regelaltersrente beziehe, gerade nicht die für einen Arbeitnehmer typische Notwendigkeit bestehe, seine Arbeitskraft zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz zu verwerten. Zum anderen sei dem Kläger die Gestaltung seines Arbeitseinsatzes und damit auch die Bestimmung der Höhe seiner Vergütung freigestellt; der Kläger habe selbständig bestimmt, in welchem Umfang er für die Beklagte tätig werde. Ein solches Rechtsverhältnis sei vom Typus mit demjenigen eines Arbeitnehmers nicht vergleichbar.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 09.05.2023 wurde dem Kläger am 23.05.2023 zugestellt. Gegen dieses Endurteil hat der Kläger mit Schriftsatz vom 24.05.2023, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tag eingegangen, Berufung eingelegt und diese mit Berufungsbegründungsschrift vom 20.07.2023, beim Landesarbeitsgericht Nürnberg am selben Tag eingegangen, begründet.

Der Kläger begründet seine Berufung, dass das Arbeitsgericht zu Unrecht das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses verneint habe. Es käme nicht auf die Bezeichnung im Vertrag selbst, sondern auf die tatsächliche gelebte Praxis des Vertragsverhältnisses an, bei der Beurteilung, ob eine persönliche Abhängigkeit gegeben sei. So habe das Erstgericht fehlerhaft argumentiert, dass § 7 des Vertrages habe erkennen lassen, dass keine höchstpersönliche Leistungserbringung geschuldet sei. Diese Klausel sei richtigerweise so zu werten, dass der Kläger zunächst zur höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet sei, soweit die Beklagte nicht zuvor zugestimmt habe, dass der Kläger eigene Mitarbeiter hinzuziehe. Somit habe der Kläger vielmehr seine Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen gehabt. Ebenfalls habe das Erstgericht fehlerhaft der Klausel zur Abgabenabführung bei der Bewertung, ob eine Arbeitnehmerstellung vorliege, keine Bedeutung beimessen dürfen. Regelungen im Vertrag, die bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses gerade

nicht dispositiv seien, dürften zu einer Wertung des Vertrages nicht herangezogen werden. Diesen vertraglichen Regelungen sei daher keine maßgeblich Indizwirkung beizumessen, dass ein Arbeitsverhältnis nicht vorläge. Soweit das Erstgericht ausgeführt habe, dass auch aus der praktischen Handhabung sich kein anderes Bild ergäbe, werde verkannt, dass ein ausreichender erforderlicher Grad der persönlichen Abhängigkeit festgestellt hätte werden müssen. So sei insbesondere zu berücksichtigen, dass der Kläger Arbeitszeiten von mindestens neun Stunde geleistet habe. Der Kläger habe bei einem neunstündigen vorgegebenen Arbeitstag die Arbeitszeit kaum in Eigenregie hätte bestimmen können. Dem Kläger seien feste Aufgaben zugewiesen worden und in diesem Zusammenhang sogar ein einseitiger Versetzungsvorbehalt vereinbart worden. Damit hätte die Beklagte sich das Recht eingeräumt, ohne Änderung des Vertrages die Aufgaben einseitig gegenüber dem Kläger bindend zu erweitern. Darüber hinaus sei dort ausgeführt, dass die Beklagte das sog. Equipment stelle und der Kläger dies zu verwahren und ordentlich zu behandeln habe. Ein wirklich freier Mitarbeiter würde sein eigenes Equipment mitbringen und wäre nicht Verwahrer und Sachwalter von Gegenständen einer fremden Betriebsorganisation. Soweit er nicht angefahren, auf- und abgebaut habe, hätte er sich vor Ort zur Verfügung halten müssen. Auch wenn die Parteien im schriftlichen Vertrag keine feste Arbeitszeit bzw. fixe Erreichbarkeitszeiten geregelt hätten, so sei aus den dokumentierten Arbeitszeiten ein vollschichtiger Einsatz des Klägers zu entnehmen und damit eine Eingliederung in die Betriebsorganisation der Beklagten vor Ort anzunehmen. Es sei lebensfremd, dass der Kläger hier bei dem Umfang der geschuldeten Aufgabenbereiche in der Lage gewesen sein soll, anderweitig für andere Auftraggeber Einsätze zu fahren.

Das Arbeitsgericht habe verkannt, dass Kollegen des Klägers die Tätigkeit auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses durchgeführt hätten und dem Kläger daher zu Unrecht die Darlegung weiterer Einzelweisungen in spezieller Form abverlangt. Die Einsatzorte und die Arbeitszeiten in der Roadshow und seine Fahrzeiten habe die Beklagte bestimmt, die all dies angeordnet habe. Der Kläger sei nur ein kleines Glied in der Kette und die Organisation der Roadshow sei nicht sein Werk, sondern die betriebliche Leistung der Beklagten. Reisekostenabrechnungen, die durch die Beklagte geschrieben worden seien, seien für ein freies Mitarbeiterverhältnis ebenfalls eher ungewöhnlich. Bei richtiger Einbeziehung der vom Kläger dokumentierten Arbeitszeiten und Einsätze gemäß der unstreitig bezahl-

ten Rechnung hätte das Arbeitsgericht bei Würdigung einer Gesamtbetrachtung aller Umstände eine persönliche Abhängigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses bejahen müssen. Aufgrund der vorgelegten Rechnung sei von einer betriebsüblichen Arbeitszeit von mindestens 45 Stunden allein in der Fünftageweche auszugehen, jedenfalls einem Vollarbeitsverhältnis, so dass es, welches das Arbeitsgericht verkannt habe, in rechtlicher Hinsicht nicht darauf ankommen könne, ob der Vertrag hier eine spezifizierte Regelung zur Tages-, Wochen- oder Monatsstundenzahl vorsehe. Das Erstgericht habe auch verkannt, dass der Kläger vorgetragen habe, dass er im Einzelnen weisungsgebunden gewesen sei, wo und wie er seine Arbeitsleistung zu erbringen habe. So habe die Beklagte dem Kläger Anweisungen gegeben, einen Stellplatz in X. anzufahren und auch angewiesen, anlässlich eines Defektes zur Reparatur zum Firmenstandort zu fahren und den sodann reparierten Auflieger mit einem VW-Bus am Firmenstandort abzuholen und zum nächsten Aufstellort zu fahren. Damit sei der Kläger nicht mehr frei gewesen zu entscheiden, wo er das Fahrzeug abstellt, sondern auch dies habe der Dispositionsbefugnis der Beklagten unterlegen. Der Kläger hätte das Fahrzeug sonst anderweitig abgestellt, wenn er dies hätte frei entscheiden können und dürfen. Der Kläger habe auch keinerlei Unternehmerrisiko gehabt. Das Arbeitsgericht habe dabei verkannt, dass es geradezu typisch für ein Arbeitsverhältnis sei, dass ausschließlich mit Gerätschaften des Auftraggebers durch den Auftragnehmer gearbeitet werde. Der Kläger sei gerade nicht frei in der Entscheidung gewesen, zu welcher Roadshow er fahre oder nicht. Herr Y. sei unstreitig der Einweiser für den Kläger gewesen. Er habe überlegenes Wissen gehabt und sei gegenüber dem Kläger nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse der Beklagten aufgetreten. Insoweit habe Herr Y. tatsächlich eine Vorgesetztenfunktion innegehabt. Die Abstimmungen mit Herrn Y. seien bei genauerer Betrachtung Anweisungen gewesen. Jedenfalls sei Herr Y. ihm gegenüber wie ein Vorgesetzter aufgetreten. Dem Kläger sei unbezahlter Urlaub für einige Tage erteilt worden. Die freie Arbeitszeit sei ihm vom Auftraggeber per Direktion zugeteilt worden.

Die Würdigung des Erstgerichtes, der Kläger habe im Wesentlichen über Beginn, Ende und Dauer seiner Tätigkeit frei bestimmen können, sei nicht nachvollziehbar, da der Kläger bei der tatsächlichen zeitlichen Beanspruchung von morgens bis abends für die Roadshow zur Verfügung hätte stehen müssen. Das Erstgericht habe bei der Gesamtabwägung auch das auf der Hand liegende fehlende Unternehmerrisiko nicht bewertet, obwohl

dieses neben der Eingliederung in die Betriebsorganisation ein sehr starkes Merkmal für die Qualifizierung einer persönlichen Abhängigkeit darstelle. Er habe keinerlei Risiko getragen. Er habe keinen teuren LKW anschaffen oder unterhalten müssen. Er habe sein Geld für ihn unternehmerisch und wirtschaftlich risikolos durch die Tagespauschale erhalten. Die Beklagte habe den Kläger angewiesen, die Betriebsgegenstände, die im Eigentum der Beklagten standen, wie auch deren Arbeitskleidung zu verwenden. Dabei handele es sich unstreitig um Weisungen, die die Art und Weise, wie die Arbeitsleistung zu erbringen sei, regeln.

Es sei auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Kläger auf einen Arbeitnehmerstatus berufe. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Klägers würde voraussetzen, dass sich die Beklagte selbst rechtstreu verhalten hätte. Beide Parteien hätten von der Gestaltungsform eines Arbeitsverhältnisses Abstand genommen.

Die Kündigung sei mangels Einhaltung der Schriftform des § 623 BGB formunwirksam. Aber auch ohne, dass ein Arbeitsverhältnis anzunehmen wäre, folge die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung aus der fehlenden Wahrung der vertraglichen Schriftform, so dass ein Verstoß gegen § 127 BGB gerügt werde. Die Parteien haben wörtlich geregelt, dass jede Kündigung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfe. Damit hätten die Parteien einen anderen Willen im Sinne von § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB bekundet. Die Auslegung der Vereinbarung würde eine konstitutive Schriftform ergeben. Demgemäß hätte das Arbeitsgericht von einer unwirksamen Kündigung ausgehen müssen, so dass das Vertragsverhältnis der Parteien richtigerweise erst am 11.11.2022 und nicht etwa schon zum 31.07.2022 geendet habe.

Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht einen Urlaubsanspruch des Klägers abschlägig verbeschieden. Der Kläger hätte bei richtiger Bewertung als Arbeitnehmer im Sinne des § 2 BUrlG eingestuft werden müssen. Zumindest sei der Kläger Arbeitnehmer im Sinne des unionsrechtlichen Arbeitnehmersbegriffs bzw. wäre als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen. Das Arbeitsgericht habe ein Unterordnungsverhältnis im Sinne einer Fremdbestimmung bzw. persönlichen Abhängigkeit des Klägers zu Unrecht verneint. Er habe seine Arbeitsleistung höchstpersönlich geschuldet und habe den maximalen Arbeitsaufwand nicht selbst festlegen können. Das Arbeitsgericht habe zu Unrecht die Eigenschaft des

Klägers als arbeitnehmerähnliche Person deshalb verneint, weil diese nicht „sozial schutzbedürftig“ gewesen sei. Der Kläger sei darauf angewiesen gewesen, zu arbeiten, um ein auskömmliches Leben führen zu können, da seine Altersrente viel zu gering gewesen sei, um eine wirtschaftliche Existenz zu sichern. Es sei vermessen, dem Kläger vorzuschreiben, er sei nicht sozial schutzbedürftig, soweit er bezogen auf das Sozialhilfeniveau abgesichert wäre. Nachdem der Kläger vor die Wahl gestellt worden sei, als freier Mitarbeiter tätig zu sein oder im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses zu einer Bruttovergütung von € 3.500,-, könne bei der Berechnung der Urlaubsabgeltung diese Vergütung, zumal diese auch angemessen sein dürfte, herangezogen werden. Der Kläger könne sich zur Urlaubsberechnung auf die angemessene Bruttovergütung berufen, die von den Parteien im Fall eines Arbeitsverhältnisses so vereinbart worden wäre.

Da richtigerweise von einer unwirksamen Kündigung auszugehen sei und das Vertragsverhältnis richtigerweise erst zum 11.11.2022 geendet habe, sei dem Kläger eine Annahmeverzugsvergütung ab 01.08.2022 zuzusprechen.

Der Kläger beantragt daher in der Berufungsinstanz:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 9. Mai 2023 wird aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund Kündigungserklärungen der beklagten Partei vom 30.6.2022 aufgelöst wurde, sondern bis zum Ablauf des 11.11.2022 fortbestanden hat.

Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass ein zwischen den Parteien bestehendes Vertragsverhältnis über eine arbeitnehmerähnliche Beschäftigung nicht aufgrund Kündigungserklärungen der beklagten Partei vom 30.6.2022 aufgelöst wurde, sondern zum Ablauf des 11.11.2022 fortbestanden hat.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Urlaubsabgeltung i.H.v. 3.231,76 Euro brutto nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.12.2022 zu bezahlen.

Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Urlaubsabgeltung i.H.v. 1.077,25 Euro brutto nebst 5 Prozent Punkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.8.2022 zu bezahlen.

Nachrangig hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Urlaubsabgeltung in Höhe von netto 5.287,76 Euro zzgl. 19 Prozent Mehrwertsteuer 1.004,67 Euro, mithin brutto 6.292,43 Euro nebst 5 Prozentpunkten

Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.12.2022 zu bezahlen.

Letztrangig nachrangig hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Urlaubsabgeltung in Höhe von netto 1.762,58 Euro zzgl. 19 Prozent Mehrwertsteuer 334,89 Euro mithin brutto 2.097,47 Euro nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.8.2022 zu bezahlen.

4. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Annahmeverzugslohnvergütung für den Zeitraum 1.8.2022 bis 11.11.2022 i.H.v. 11.083,33 Euro brutto nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.12.2022 zu bezahlen.

Hilfsweise: Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Annahmeverzugslohnvergütung für den Zeitraum 1.8.2022 bis 11.11.2022 i.H.v. 17.941,42 Euro netto zzgl. 19 Prozent Mehrwertsteuer 3.408,87 Euro mithin brutto 21.350,30 Euro nebst 5 Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz der EZB seit 1.12.2022 zu bezahlen.

5. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Rechtszügen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, dass das erstinstanzliche Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg zutreffenderweise die Arbeitnehmereigenschaft und die Eigenschaft als arbeitnehmerähnliche Person abgelehnt habe. Die ordentliche Kündigung sei wirksam und Zahlungsansprüche bestünden nicht. Der Vertrag über die freie Mitarbeit räume der Beklagten keinerlei Weisungsrechte ein. Lediglich projektbezogene Vorgaben seien einzuhalten gewesen, um den Zweck des Projekts sicherzustellen. § 5 des Vertrages habe festgehalten, dass der Kläger berechtigt gewesen sei, einzelne Aufträge abzulehnen ohne Angabe von Gründen. Die Parteien hätten lediglich einen Pauschalpreis für die Leistungen in Höhe von € 260,-- pro Tageseinsatz, falls die Leistungserbringung neun Stunden nicht überschreite, vereinbart. Die erbrachten Leistungen habe der Kläger monatlich gegenüber der Beklagten abgerechnet. Dem Kläger sei es unbenommen gewesen, während der Beauftragung durch die Beklagte für andere Auftraggeber tätig zu werden. Der Kläger sei berechtigt gewesen, eigene Mitarbeiter hinzuziehen oder Unteraufträge zu erteilen. Der Kläger sei nicht zur

höchstpersönlichen Leistungserbringung verpflichtet gewesen. Daran ändere der Zustimmungsvorbehalt in § 7 Satz 2 des Vertrages nichts. Rechtsfehlerfrei habe das Erstgericht auch festgestellt, dass sich aus der praktischen Handhabung nichts anderes ergebe. Der Kläger vergesse, dass es sich um einen projektbezogenen Einsatz handelte. Denknotwendigerweise habe die Beklagte mit dem Kunden sowohl den Veranstaltungsort als auch die Veranstaltungszeit vereinbart. Der Kläger als sog. Truck-Manager sei dafür zuständig gewesen, den ausgestatteten und vorbereiteten Truck zur richtigen Zeit zu dem vereinbarten Veranstaltungsort zu bringen. Auch im Rahmen von Dienstverträgen könnten von dem Dienstberechtigten oder dem Besteller Termine für die Erledigung der Arbeit bestimmt werden, ohne dass daraus eine zeitliche Weisungsabhängigkeit folge. Richtig habe das Erstgericht festgestellt, dass die Parteien eine feste Arbeitszeit bzw. fixe Erreichbarkeitszeiten des Klägers nicht geregelt haben. Es habe keine tatsächliche Anordnung bestimmter Arbeits- oder Erreichbarkeitszeiten des Klägers bzw. eine feste Tages-, Wochen- oder Monatsstundenzahl durch die Beklagte gegeben. So sei auch die Behauptung des Klägers falsch, er habe einen neunstündigen Arbeitstag gehabt. Niemand habe verlangt, dass der Kläger neun Stunden pro Tag arbeite. Vielmehr sei es dem Kläger überlassen gewesen, wann er die Fahrt zum neuen Standort beginne, wann er abbaue und wann er aufbaue. Arbeitsvertraglich relevante Weisungen habe es nicht gegeben. Meist hätten die Veranstaltungen der Roadshow-Trucks von 10:00 bis 17:00 Uhr stattgefunden. Der Kläger habe also rechtzeitig bis zur Ankunft des Kunden den Truck aufzubauen gehabt. Sei der Stellplatz nur einen Tag angemietet gewesen, so habe der Kläger vor Ablauf der Mietzeit dafür Sorge tragen müssen, dass der Truck abgebaut sei. Was der Kläger während der Veranstaltung gemacht habe, sei ihm überlassen gewesen.

Herr Y. habe dem Kläger lediglich die Besonderheiten der ausgestatteten Trucks gezeigt und ihn zu Beginn begleitet, damit dieser den Auftrag später eigenmächtig durchführen könne. Es sollte eine Hilfestellung für den Kläger sein. Herr Y. habe seine Erfahrungswerte zur Verfügung gestellt. Entsprechend habe sich der Kläger mit Herrn Y. abgesprochen, wann beide zum Veranstaltungsort aufbrechen und wann am Tag nach der Übernachtung im Hotel der Truck für die Veranstaltung aufgebaut werden sollte. Eine Weisung sei hierin ganz bestimmt nicht zu sehen. Der Kläger habe den Empfehlungen folgen können, habe dies aber nicht gemusst. Bestritten werden müsse der pauschale Vortrag des Klägers, er hätte Weisungen erhalten, einen Stellplatz in X. anzufahren bzw. anlässlich

eines technischen Defekts den Truck zur Reparatur zum Firmenstandort zu fahren. Das Gericht habe zu Recht darauf hingewiesen, dass diesem Vorbringen nicht zu entnehmen sei, durch wen und wann eine solche Anweisung erfolgt sein soll. Der Kläger sei in der eigenständigen Festlegung der Urlaubszeiten und der Gestaltung seiner Arbeitszeiten freigesprochen. Er habe auch das unternehmerische Risiko, nämlich die ausbleibende Vergütung getragen. Der Kläger sei lediglich verpflichtet gewesen, die Beklagte über Einsatzverhinderungen unverzüglich zu informieren. Der Kläger sei nur eingeteilt worden, wenn er auch für die jeweilige Aktion verfügbar gewesen sei. Der Kläger sei lediglich aufgrund der Vereinbarungen zwischen der Beklagten und den Kunden verpflichtet gewesen, Vorgaben einzuhalten. Es habe sich somit lediglich um Weisungen bezüglich des Fahrzeuges und dessen Standort gehandelt. Es sei die Zahlung einer Pauschale vereinbart worden. Ob der Kläger drei, vier oder acht Stunden seine Leistung erbracht hätte, habe an der Höhe der Tagespauschale nichts geändert. Der Kläger sei befugt gewesen, auch für andere Auftraggeber tätig zu werden. Ihm sei mit Zustimmung der Beklagten gestattet gewesen, eigene Mitarbeiter hinzuzuziehen oder Unteraufträge zu vergeben.

Zu Recht sei das Erstgericht davon ausgegangen, dass die Kündigungserklärung wirksam gewesen sei. Eine Kündigung durch E-Mail sei nach § 127 Abs. 2 BGB ausreichend, um die Form zu wahren, sofern sie – wie hier – mit dem Namen des Erklärenden abschließe.

Zu Recht habe das Ausgangsgericht einem Urlaubsabgeltungsanspruch verneint. Der Kläger sei weder Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts noch eine arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des § 2 Satz 2 BUrlG. Es fehle bereits an einem entsprechenden Unterordnungsverhältnis im Sinne einer Fremdbestimmung bzw. persönlichen Abhängigkeit des Klägers. Es fehle auch an einer entsprechenden sozialen Schutzwürdigkeit des Klägers. Der Kläger habe seit 01.11.2022 Regelaltersrente bezogen, so dass nicht die für einen Arbeitnehmer typische Notwendigkeit bestanden habe, seine Arbeitskraft zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Existenz zu verwerten.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, § 64 Abs., Abs. 2 c ArbGG und auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 2 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO.

II.

Die Berufung war nur teilweise erfolgreich.

Das Berufungsgericht folgt in vollem Umfang der ausführlich und sorgfältig begründeten Entscheidung des Erstgerichts hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung vom 30.06.2022 zum 31.07.2022 per E-Mail mangels Arbeitnehmereigenschaft des Klägers und schließt sich dieser nach eigener Prüfung vorbehaltlos an. Von einer bloß wiederholenden Darstellung der Gründe insoweit wird abgesehen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts liegt jedoch ein arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis vor, so dass dem Kläger eine Urlaubsabgeltung in Höhe von € 1.076,66 brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 01.08.2022 zuzusprechen ist.

1. Die Kündigung ist formwirksam. § 623 BGB findet mangels eines bestehenden Arbeitsverhältnisses keine Anwendung. Für die im Dienstvertrag vereinbarte Schriftform gilt – wie das Erstgericht zutreffend ausführt – § 127 BGB. Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen sind folgende Anmerkungen veranlasst.
 - a) Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass das Vertragsverhältnis der Parteien kein Arbeitsverhältnis darstellt. Das Maß der persönlichen Abhängigkeit, das

für ein Arbeitsverhältnis erforderlich ist, ist im vorliegenden Fall nicht erreicht.

- aa) Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis einer selbständigen Tätigkeit durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit des Verpflichteten. Nach § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB ist weisungsgebunden, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dabei hat auch die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit Einfluss auf den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles an. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können dadurch nicht abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgeblich, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gehabt haben (BAG, Urteil v. 27.06.2017, 9 AZR 851/16, in juris recherchiert).

Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit – wie im Streitfall – typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbständig erbracht werden, ist die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (BAG, Urteil v. 09.06.2010, 5 AZR 332/09, in juris recherchiert).

Bei der Abgrenzung verschiedener Vertragstypen kommt es auch nicht auf die Außenwirkung gegenüber Dritten, sondern allein auf die rechtlichen Befugnisse der Vertragsparteien im Innenverhältnis an (BAG, Urteil v. 27.06.2017 a.a.O.).

Eine eventuelle starke wirtschaftliche Abhängigkeit ist aber keine persönliche Abhängigkeit. Letzteres ist aber Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses.

- bb) Die vertraglichen Regelungen und die praktische Durchführung legen vorliegend die Annahme eines freien Dienstvertrages nahe.
- (1) Der Kläger war zunächst bezüglich der Arbeitszeit in einem für den selbständigen Status erforderlichen Maß frei von Weisungen. Der Kläger hatte gerade keine festen Arbeitszeiten, die Beklagte hatte keine Recht über einen bestimmten Arbeitszeitumfang zu bestimmen:
- (a) Eine zeitliche Festlegung einer geschuldeten Arbeitsleistung enthält auch § 2 des Vertrages nicht. Dort wird allein eine Pauschalvergütung für einen Ganztageseinsatz bzw. für neun Stunden inklusive Pausen in Höhe von € 260,-- zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Zusätzlich geleistete Arbeitsstunden hat der Kläger nach Anfall abzurechnen. Die Art der Vergütung spielt für die Abgrenzung eines Dienstvertrages von einem Arbeitsvertrag keine Rolle. Entscheidend sind allein die Umstände der Dienstleistung, nicht aber die Modalitäten der Entgeltzahlung (BAG, Urteil v. 27.07.2015, 9 AZR 484/14, in juris recherchiert). Insoweit bestimmt § 9 des Vertrages aber nicht einen fest vereinbarten Umfang einer Leistungsverpflichtung. Der Kläger ist gerade nicht verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Stunden am Tag/Woche oder Monat zu arbeiten bzw. die Beklagte nicht berechtigt, ihm in einem bestimmten zeitlichen Umfang Arbeit zuzuweisen. Nach § 5 des Vertrages war der Kläger vielmehr berechtigt, einzelne Aufträge ohne Angabe von Gründen abzulehnen, und nach § 4 des Vertrages lediglich verpflichtet, bei Einsatzverhinderung die Beklagte rechtzeitig zu informieren.

Dass sich bei tatsächlicher Annahme eines Auftrages aus diesem

selbst, nämlich durch die von den Kunden vorgegebenen Standorte und Standzeiten, zeitliche Vorgaben entstehen, führt nicht zur Bejahung eines Arbeitsverhältnisses. Diese zeitlichen Vorgaben ergeben sich aus dem Gegenstand der Leistungsvereinbarung und sind nicht Ausfluss eines Weisungsrechts, das der Beklagten zustünde. Derartige Vorgaben sind einem Dienstvertrag nicht fremd.

- (b) Die tatsächliche Durchführung des Vertrages lässt eine zeitliche Weisungsgebundenheit des Klägers nicht erkennen. Der Kläger trägt selbst vor, dass ihm die Annahme eines Auftrages freistand. Er will zwar an diesen Tagen unbezahlten Urlaub genommen haben. Im Ergebnis ist dies jedoch nichts anderes als über die Annahme eines Auftrages frei entschieden zu haben. Der Umstand, dass der Kläger von diesem Recht gegebenenfalls nur in einem geringen Umfang Gebrauch gemacht hat, ergibt sich aus seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit, aber eben nicht aus einer persönlichen Arbeitsverpflichtung. Diese Souveränität über den zeitlichen Umfang seiner Tätigkeit spricht gegen ein Arbeitsverhältnis. Einem Arbeitsverhältnis immanent ist nämlich die Weisungshoheit des Arbeitgebers, den zeitlichen Mindestumfang der zu leistenden Arbeit zu bestimmen.

Der Kläger hatte im Rahmen der durch den Auftrag gesetzten Grenzen auch einen erheblichen Spielraum. Wann er tatsächlich aufbaute oder abbaute und eine damit verbundene Einengung seines Spielraums zur Bestimmung von Dauer und Lage der Arbeitszeit lag nicht vor. Der Kläger hatte die Freiheit bei der Entscheidung über den Einsatz der eigenen Arbeitskraft.

- (2) Der Kläger war nach dem Dienstvertrag zwar verpflichtet, die Beklagte über Krankheit oder aus sonstigen Gründen veranlasste Einsatzverhinderung zu informieren. Eine solche Mitteilungspflicht trifft aber auch den Dienstverpflichteten und ist nicht nur eine in einem Arbeitsverhältnis immanente Pflicht. Eine Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

dagegen war nicht vereinbart.

- (3) Nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis spricht, dass der Kläger nach § 7 des Vertrages grundsätzlich verpflichtet ist, die vereinbarten Aufträge persönlich wahrzunehmen. Auch einem Dienstverhältnis ist eine Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung nicht fremd (BAG, Urteil v. 09.06.2010, 5 AZR 332/09, in juris recherchiert). Vielmehr hätte der Kläger eigene Mitarbeiter und Unterbeauftragte hinzuziehen können, wenn auch mit vorheriger Zustimmung der Beklagten. Eine solche Möglichkeit ist einem Arbeitsverhältnis jedoch völlig fremd. Darüber hinaus stand ihm frei, für Dritte tätig zu werden.
- (4) Zwar ist dem Kläger zuzugestehen, dass der Vorbehalt in § 1 des Dienstvertrages, dass der Auftraggeber und der Kunde den Aufgabenbereich im Rahmen der freien Mitarbeit einseitig ausweiten können, zu Fehlinterpretationen Anlass geben könnte. Ein detailliertes umfangreiches Weisungsrecht würde für ein Arbeitsverhältnis sprechen. Ein dementsprechendes weites Weisungsrecht des Dienstgebers, dass dem eines Arbeitgebers vergleichbar wäre, ist jedoch nicht zu bejahen. Der Aufgabenbereich des Klägers hat sich an den Wünschen des Kunden, hier der Z., im Rahmen der Kampagne zu orientieren. Diese können sich jedoch auch im Laufe eines Auftrages ändern. Insoweit soll sich der Aufgabenbereich gegebenenfalls ausweiten. Dies betrifft aber nur Aufträge, die der Kläger tatsächlich übernommen hat. Weisungen im Rahmen eines Auftrages sind aber auch einem Dienstvertrag immanent.
- (5) Der Kläger ist der Ansicht, dass er den Weisungen des Herrn Y., einem Mitarbeiter der Beklagten, unterworfen gewesen war. Unstreitig wurde Herr Y. dem Kläger im Rahmen einer Einarbeitung zur Seite gestellt. Auch ein freier Mitarbeiter kann eine Einarbeitung in einen Aufgabenbereich, der sich aus dem angenommenen Auftrag ergibt, in Anspruch nehmen. Die Beklagte sieht darin Empfehlungen des Herrn Y. an den Kläger bzw. die Weitergabe eigener Erfahrungen. Auch der Kläger selbst spricht von

einem überlegenen Wissen des Herrn Y., von dessen Erfahrungswerten und einer Abstimmung zwischen ihm und diesem. Die Stellplätze waren bereits durch die Kundenwünsche vorgegeben. Dass der Kläger den Vorschlägen des Herrn Y. Folge leisten musste, trägt er selbst substantiiert nicht vor. Dass er diese befolgt habe, eventuell auch mit dem subjektiven Empfinden, dies zu müssen, begründet aber keine Weisungsgebundenheit. Unstreitig war der Kläger nach der Einarbeitungsphase alleine unterwegs. Insoweit trägt der Kläger nur unsubstantiiert vor, dass er auch insoweit weiterhin weisungsgebunden gewesen sein soll. Woher sich dies ergeben soll und von wem entsprechende Weisungen erteilt worden sein sollen, ergibt sich aus dem Sachvortrag des Klägers nicht. Eine Darlegungs- und Beweislastumkehr kommt entgegen der Auffassung des Klägers nicht in Betracht. Der Kläger, der sich auf die Arbeitnehmereigenschaft beruft, hat dessen Voraussetzungen darzulegen und unter Beweis zu stellen.

- (6) Der Kläger trägt eine Verpflichtung zum Tragen einer Arbeitskleidung vor. Aus dem Vertrag selbst ergibt sich eine entsprechende Verpflichtung nicht. Das Zurverfügungstellen einer Arbeitskleidung allein beinhaltet auch keine entsprechende Pflicht zum Tragen. Der Kläger hat diese gegebenenfalls freiwillig angezogen. Er selbst trägt nicht vor, wer seitens der Beklagten eine verbindliche Weisung bezüglich des Tragens der Arbeitskleidung erteilt hat.
- (7) Das Fehlen eines unternehmerischen Risikos insoweit, dass dem Kläger das technische Equipment und die Aktionsmittel von der Beklagten zur Verfügung gestellt worden waren, spricht ebenfalls nicht eindeutig für ein Arbeitsverhältnis. Zwar arbeitet in der Regel ein Dienstnehmer mit eigenen Betriebsmitteln. Eine notwendige Voraussetzung ist es jedoch nicht. Dass der Kläger verpflichtet wurde, das ihm zur Verfügung gestellte Equipment, insbesondere den Truck, sorgfältig zu behandeln, ist auch im Rahmen einer freien Mitarbeit eine Selbstverständlichkeit und trifft nicht nur einen Arbeitnehmer bezüglich der Betriebsmittel seines Arbeitgebers.

Insoweit trägt der Kläger vor, einmal angewiesen worden zu sein, das Fahrzeug nachts in X. in einem Wohngebiet abzustellen. Von wem diese Weisung seitens der Beklagten erteilt worden sein soll, die diese auch bestritt, trägt der Kläger jedoch nicht vor. Der Kläger behauptet lediglich pauschal, an Weisungen gebunden gewesen zu sein und dass diese für ihn verbindlich gewesen sein sollen. In keinem Fall trägt der Kläger vor, dass er auf seine freie Entscheidung hingewiesen hätte und die Beklagte dennoch auf ihrer Anordnung beharrt habe. Es sind lediglich Vermutungen des Klägers, dass ihm bei Nichtbefolgung eine Kündigung gedroht habe und es ihm nicht gestattet gewesen sei, im Rahmen seiner Obhutspflicht einem anderen sicheren Standplatz den Vorrang zu geben. Ein entsprechender Sachvortrag erfolgte seitens des Klägers nicht.

- cc) Die Freiheit des Klägers bei der Gestaltung der Arbeitszeit und Tätigkeit wurden von der Beklagten somit nicht in einem mit dem Selbständigenstatus nicht mehr zu vereinbarenden Umfang eingeschränkt.

Da die Tätigkeit eines Truckmanagers sowohl selbständig als auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht werden konnte, ist bei der Gesamtwürdigung zudem die Vertragstypenwahl der Parteien zu berücksichtigen. Wenn – wie hier – die tatsächliche Handhabung nicht zwingend für ein Arbeitsverhältnis spricht, müssen die Parteien sich an den von ihnen gewählten Vertragstypus festhalten lassen. Vorliegend hat unstreitig die Beklagte dem Kläger den Abschluss eines Arbeitsvertrages angeboten. Diesem Angebot wollte der Kläger nicht näher treten. Sein Wunsch war ein Dienstverhältnis mit einer entsprechenden Souveränität über seinen Arbeitsumfang und die freie Entscheidung über die Annahme eines Auftrages. Gegebenenfalls war ein Motiv des Klägers für diese Entscheidung, dass er davon ausging, im Rahmen eines Dienstvertrages mit den Abrechnungen der Einzelaufträge finanziell besser zu stehen.

Aus alledem hat das Erstgericht somit eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers im Sinne des § 611 a BGB verneint.

b) Wenn der Kläger meint, aus den Regelungen des Dienstvertrages in §§ 3 Abs. 4, 13 müsse gefolgert werden, dass die Parteien für die Einhaltung der vereinbarten Schriftform die Übermittlung per E-Mail nicht ausreichen lassen wollten, kann dem nicht gefolgt werden. Das Rechtsverhältnis der Parteien fand vielmehr per E-Mail vom 30.06.2022 zum 31.07.2022 wirksam sein Ende.

Zwar ist es richtig, dass die Parteien in § 3 Abs. 4 des Dienstvertrages die Schriftform für eine Kündigung des Vertragsverhältnisses vorgesehen haben. Für die Auslegung der Klausel ist § 127 BGB zu beachten.

aa) Diese Norm verweist zunächst in ihrem Absatz 1 für die durch Rechtsgeschäft bestimmte Form auf die Regelung zur gesetzlichen Schriftform. Nach ihrem Absatz 2 Satz 1 BGB genügt jedoch – abweichend vom Grundsatz des Absatzes 1 – bei gewillkürter Schriftform grundsätzlich auch die telekommunikative Übermittlung. Nach dieser Regelung wird bei der vereinbarten Schriftform damit vom Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift abgesehen. Eine Kündigung per E-Mail – wie vorliegend – ist mithin ausreichend, um die Form zu wahren, sofern sie – wie hier gegeben – mit dem Namen des Erklärenden abschließt. Aus der Erklärung muss sich unzweideutig ergeben, von wem die Erklärung abgegeben worden ist (Palandt, BGB, 82. Aufl., § 127 Rdnr. 2). Die E-Mail schließt mit dem Namen S., dessen Kündigungsberechtigung der Kläger auch nicht in Frage stellt.

bb) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nach § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB nur dann, wenn ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist. Das ist hier aber – wie das Erstgericht zu Recht feststellt – nicht der Fall. Es heißt in § 3 Absatz 4, dass die Kündigung schriftlich zu erfolgen hat. Nach § 13 des Vertrages bedürfen Änderungen, Ergänzungen und Nebenabreden zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Damit haben die Parteien vertraglich die Schriftform gewählt, aber nicht auch die Voraussetzungen der gesetzlichen Schriftform vereinbart. Nach § 15 des Dienstvertrages „Mitteilungen“ haben die Parteien ausdrücklich

die Kommunikationsarten per Mail und Telefax vorgesehen. Die praktische Kommunikation der Parteien erfolgte somit grundsätzlich auch auf elektronischem Wege. Damit ergibt sich, dass die Telekommunikation per E-Mail durchaus üblich war. Der Kläger selbst behauptet nicht, dass die wesentlichen Erklärungen stets in gesetzlicher Schriftform abgefasst wurden. Die mit der Schriftformklausel bezweckte Klarheit wird auch durch eine einfache E-Mail erreicht. Damit hat das Erstgericht zutreffend ausgeführt, dass Anhaltspunkte für einen anderen Willen der Parteien dem Vorbringen des Klägers nicht zu entnehmen und nicht ersichtlich ist. So macht der Kläger die Formunwirksamkeit der Kündigung selbst erstmals mit Schriftsatz vom 12.12.2022 geltend, d.h. er wartete über fünf Monate mit seiner Rüge.

2. Zutreffend hat das Erstgericht eine Arbeitnehmereigenschaft des Klägers nach § 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrIG) im Sinne des Unionsrechts (EuGH, Urteil v. 11.11.2010, C-232/09, in juris recherchiert) verneint. Der Kläger ist nach Ansicht des Berufungsgerichts jedoch arbeitnehmerähnliche Person im Sinne des § 2 Satz 2 BUrIG und hat damit Anspruch auf Urlaub bzw. auf Urlaubsabgeltung bei Ende des Vertragsverhältnisses.
 - a) Die Kriterien, die der EuGH entwickelt hat, kommen der deutschen Rechtslage nahe. Es kommt auf die Fremdbestimmung und dabei insbesondere auf die persönliche Abhängigkeit an. Auch insoweit ist darauf abzustellen, dass der Kläger angebotene Aufträge ablehnen und somit den maximalen Arbeitsaufwand selbst festlegen konnte. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit reicht hierfür gerade eben nicht aus.
 - b) Arbeitnehmerähnliche Personen sind Selbständige.
 - aa) An die Stelle der das Arbeitsverhältnis prägenden persönlichen Abhängigkeit tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Wirtschaftliche Abhängigkeit ist regelmäßig gegeben, wenn der Beschäftigte auf die Verwertung seiner Arbeitskraft und die Einkünfte aus der Tätigkeit für den Vertragspartner zur Sicherung seiner Existenzgrundlage angewiesen ist. Eine arbeitnehmerähnliche

Person kann für mehrere Auftraggeber tätig sein, wenn die Beschäftigung für einen von ihnen überwiegend und die daraus fließende Vergütung die entscheidende Existenzgrundlage darstellt. Der wirtschaftlich Abhängige muss außerdem seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein (BAG, Urteil v. 21.12.2010, 10 AZB 14/10, in juris recherchiert). Ein Abstellen auf die persönliche Abhängigkeit wäre nicht nachvollziehbar, weil eine Person, deren persönliche Abhängigkeit das für Arbeitnehmer typische Maß erreicht hat, selbst als Arbeitnehmer einzuordnen wäre (Willemsen/Müntefering, NZA 2008, 193, 194; BAG, Urteil v. 15.04.1993, 2 AZB 32/92, in juris recherchiert). Die arbeitnehmerähnliche Person muss wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit in einer ähnlichen Abhängigkeit wie ein Arbeitnehmer stehen und eben wegen dieser Abhängigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sein. An der vergleichbaren Schutzbedürftigkeit fehlt es, wenn er wie ein Unternehmer in eigenem Namen Arbeitnehmer beschäftigt.

bb) Nach diesen Grundsätzen ist der Kläger als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen. Der Kläger war im streitgegenständlichen Zeitraum von der Beklagten wirtschaftlich abhängig. Der Kläger hat von der Beklagten € 12.809,16 incl. € 2.045,16 Mehrwertsteuer erhalten. Nach unbestrittener Aussage des Klägers hat er zusätzlich eine monatliche Rente in Höhe von € 1.087,25 bezogen. Die bei der Beklagten in der Zeit von Mai bis Juni 2022 erzielten Einkünfte in Höhe von € 12.809,-- bildeten somit den wesentlichen Teil der wirtschaftlichen Existenzgrundlage. Die Renteneinkünfte in Höhe von € 1.087,25 pro Monat bleiben somit weit zurück. Der Bezug einer Rente kann nur dann dazu führen, den freien Mitarbeiter als wirtschaftlich unabhängig anzusehen, wenn die Rente so hoch ist, dass sie allein für sich geeignet ist, die Existenz des Beschäftigten zu sichern und er deshalb nicht darauf angewiesen ist, durch die Verwertung seiner Arbeitskraft weitere Einnahmen zu erzielen (BAG, Urteil v. 17.01.2006, 9 AZR 61/05, in juris recherchiert). Eine Rente von € 1.087,25 unter Berücksichtigung einer Mietbelastung von über € 600,-- genügt hierfür nach Auffassung des Berufungsgerichtes ersichtlich nicht.

Der Kläger war nach der tatsächlichen Durchführung seiner Beschäftigung und seiner gesamten sozialen Stellung wie ein Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig. Für die einem Arbeitnehmer vergleichbare Schutzbedürftigkeit spricht auch, dass der Kläger selbst keine eigenen Betriebsmittel hatte, sondern die der Beklagten benutzte. Hinzu kommt, dass auch das Vorliegen einer eigenen Betriebsorganisation hinsichtlich der Tätigkeit des Klägers nicht ersichtlich ist (BAG, Urteil v. 21.01.2019, 9 AZB 23/18, in juris recherchiert). Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Kläger keine Arbeitgeberfunktionen wahrgenommen hat und seinerseits nicht wie ein Unternehmer in eigenem Namen Arbeitnehmer beschäftigt hat.

Bei Berücksichtigung der Gesamtumstände ist der Kläger somit nach Auffassung des Berufungsgerichts als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen.

- c) Erwerb und Inhalt des gesetzlichen Urlaubsanspruchs arbeitnehmerähnlicher Personen richten sich grundsätzlich nach den für Arbeitnehmer geltenden Bestimmungen. Nach § 7 Abs. 4 BUrlG ist Urlaub, der bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht gewährt worden ist, abzugelten.

Der Kläger hat für die Beschäftigungszeit vom 14.03.2022 bis 31.07.2022, d.h. für vier volle Monate, ausgehend von dem gesetzlichen Mindesturlaub für eine 6-Tage-Woche einen Anspruch auf acht Urlaubstage. Der Kläger hat insoweit unstreitig vorgetragen, dass er zeitweise montags bis sonntags gearbeitet habe. Eine 7-Tage-Woche ist jedoch gesetzlich nicht vorgesehen. Das Urlaubsgeld bzw. die Urlaubsabgeltung nach § 13 BUrlG errechnet sich grundsätzlich anhand des für die letzten 13 Wochen vor Beginn des Urlaubs bzw. vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses erzielten Verdienstes. Der Kläger selbst trägt vor, dass er lediglich in der Zeit vom 21.03. bis 16.05.2022 insgesamt € 10.763,84 ohne Mehrwertsteuer ins Verdienen gebracht hat. Das arbeitnehmerähnliche Vertragsverhältnis endete zum 31.07.2022. Annahmeverzugslohn hat der Kläger selbst jedoch erst ab August 2022 beanspruchen wollen. Danach war der Kläger in der Zeit vom 17.05.2022 bis 31.07.2022 ohne Verdienst.

- 34 -

Nachdem vorliegend jedoch feststeht, dass die Tätigkeit des Klägers im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses mit einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von € 3.500,-- vergütet worden wäre, sieht es das Berufungsgericht als angemessen an, diese Vergütungshöhe für die Berechnung der Urlaubsabgeltungshöhe heranzuziehen. Dies ergibt für acht Urlaubstage eine Urlaubsabgeltung in Höhe von € 1.076,66, zu verzinsen seit 01.08.2022.

Insoweit war das Ersturteil abzuändern.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

IV.

Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben;
auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

...
Vorsitzende Richterin
am Landesarbeitsgericht

...
ehrenamtlicher Richter

...
ehrenamtlicher Richter