

---

**Datum:** 17.01.2006  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 9. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 9 (12) Sa 892/05  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGK:2006:0117.9.12SA892.05.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Bonn, 4 Ca 918/05  
**Schlagworte:** Arbeitnehmerbegriff - übliche Vergütung  
**Normen:** § 612 BGB  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**

Wer aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages die Leitung eines Zeitschriftenstandes und einer Lottoannahmestelle in einem Verbrauchermarkt übernimmt, ist nicht Arbeitnehmer, wenn er nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet ist, sondern Personal einstellen und entlassen darf, das nach seinen Weisungen tätig wird.

---

**Tenor:**

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 25.05.2005 – 4 Ca 918/05 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

2. Die Revision gegen das Urteil wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand**

Die Parteien streiten über die Höhe der Vergütung für geleistete Arbeit sowie eine Mankoabrede und hierbei über die Frage, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis bestanden

1

2

hat.

Der Ehemann der Klägerin übernahm aufgrund eines Geschäftsbesorgungsvertrages seit dem 15. März 1997 die Leitung des im Globus SB-Markt in B -P befindlichen Einzelhandelsgeschäfts, das die Beklagte und ihr Ehemann zunächst unter der H R K betrieben. Darin wurden Tabakwaren, Zubehör und Zeitschriften verkauft. Zudem war eine Lottoannahmestelle eingerichtet, die der Ehemann der Klägerin in Übereinstimmung mit dem Geschäftsbesorgungsvertrag als Vertragspartner der W L G & C . K betrieb. 3

Nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag war der Ehemann der Klägerin Selbständiger. Es war darin bestimmt, dass er über die Art und den Umfang seiner Tätigkeit in der Betriebsstätte frei verfügen konnte und zur Bewältigung der Tätigkeit Personal einstellen oder entlassen konnte. 4

Der Ehemann der Klägerin hatte die Waren im Namen und auf Rechnung der Beklagten zu verkaufen und erhielt dafür eine Beteiligung in Höhe von 4 % des Umsatzes zu Bruttoverkaufspreisen zuzüglich Mehrwertsteuer. Zudem erhielt er ein Mankogeld in Höhe von 0,5 % des Umsatzes zuzüglich Mehrwertsteuer. Für Überstunden wurde ihm eine Pauschalvergütung in Höhe von EUR 255,00 pro Monat gewährt. Schließlich erhielt er eine Fahrtkostenerstattung in Höhe von EUR 153,00 pro Monat. Es war ein Kautionskonto zur Sicherung aller Forderungen der Beklagten eingerichtet worden, auf das die Beklagte das vereinbarte monatliche Mankogeld überwies. Sie konnte über das Guthaben verfügen. 5

Von den Einnahmen aus dem Lottogeschäft, die in einer gesonderten Kasse zu verwalten waren, hatte der Ehemann der Klägerin an die Beklagte 6

60 % plus Mehrwertsteuer als Kostenbeitrag abzuführen. Die Beklagte war berechtigt, Inventuren durchzuführen und Einsicht in die Abrechnungsunterlagen der W L G & C . K zu nehmen. Für Fehlbeträge hatte der Ehemann der Klägerin einzustehen, wobei diese mit Provisionen verrechnet und über das Kautionskonto ausgeglichen werden konnten. 7

Die Betriebskosten und Personalkosten der Filiale hatte der Ehemann der Klägerin zu tragen. Er beschäftigte einen festangestellten Arbeitnehmer und 2 Aushilfskräfte. Im Jahr 2001 beschäftigte er zeitweise bis zu 7 Angestellte. 8

Wegen der übrigen Einzelheiten wird auf den nach klägerischem Vorbringen gleichlautenden Geschäftsbesorgungsvertrag verwiesen, der ab dem 1. Januar 2003 zwischen der R K bzw. der Beklagten und der Klägerin galt (vgl. Bl. 44 – 50 d.A. in dem Parallelverfahren 9 (11) Sa 891/05). 9

Auf Veranlassung der Beklagten gründete die Klägerin mit ihrem Ehemann eine Kommanditgesellschaft, die ab 1. Januar 2000 Vertragspartnerin der Beklagten war. Die Klägerin war die Komplementärin dieser Gesellschaft, ihr Ehemann der Kommanditist. Die Kosten der Gründung übernahm die Beklagte. 10

Das Vertragsverhältnis mit dem Ehemann der Klägerin endete zum 31. Dezember 2002. Ab dem 1. Januar 2003 bis zum 31. Oktober 2003 führte die Klägerin aufgrund des genannten Geschäftsbesorgungsvertrages als Komplementärin der Kommanditgesellschaft die Filiale. 11

Mit der vorliegenden Klage, die am 26. März 2005 beim Arbeitsgericht Bonn eingegangen ist, begehrt die Klägerin von der Beklagten zuletzt Zahlung von EUR 17.430,00 als Restvergütung für den Zeitraum, in dem sie die Filiale geführt hat, sowie von EUR 7.507,57 12

als zu Unrecht von ihr verlangte Mankobeteiligung.

Sie hat vorgetragen, tatsächlich sei das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren. Sie sei als Filialleiterin ebenso wie zuvor ihr Ehemann weisungsgebunden und rechenschaftspflichtig gewesen. Das Warensortiment habe die Beklagte vorgegeben. Die Beklagte habe die Waren gestellt und sowohl die Preise als auch die Verkaufsstrategie bestimmt. Die Beklagte habe sowohl Schlüssel zu dem Geschäftslokal als auch zu dem Tresor gehabt. Der Ehemann der Klägerin und später auch sie hätten Personal einstellen müssen, weil mindestens 2 Personen erforderlich gewesen seien, um sowohl den Verkauf von Waren als auch die Lottostelle zu betreiben. Auch für die Angestellten habe das Weisungsrecht der Beklagten gegolten, soweit es um das Warensortiment, die Preisgestaltung und die Präsentation der Waren gegangen sei. Aufgrund einer schweren Erkrankung habe ihr Ehemann im Jahr 2001 bis zu 7 Angestellte beschäftigen müssen. Die Beklagte habe sie zur Gründung der Kommanditgesellschaft genötigt, um dem Verdacht zu begegnen, ihr Ehemann und später sie seien als Scheinselbständige für die Beklagte tätig. Ihr Ehemann habe am 31. Dezember 2002 die Leitung der Filiale aus gesundheitlichen Gründen aufgegeben.

Nach Abzug aller Betriebs- und Personalkosten seien ihr monatlich im Durchschnitt EUR 2.055,81 bei einer Arbeitszeit von 329 Stunden verblieben. Als Tarifvergütung hätte ihr als Arbeitnehmerin nach dem Einzelhandelsstarifvertrag demgegenüber ein monatliches Nettogehalt in Höhe von EUR 3.798,36 zugestanden. Somit errechne sich ein monatlicher Differenzbetrag in Höhe von EUR 1.743,00 netto, was bei einer Gesamtvertragsdauer von 10 Monaten einen Betrag in Höhe von EUR 17.430,00 zuzüglich entgangener Sozialabgaben (Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge) ergebe.

Zudem hat sie vorgetragen, die Beklagte habe von dem Kautionskonto insgesamt EUR 7.507,00 zur Abdeckung von unberechtigten Forderungen abgehoben. Nach den Grundsätzen über die beschränkte Mankohaftung von Arbeitnehmern könne sie von der Beklagten verlangen, ihr diesen Betrag zurückzuzahlen.

Sie hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie EUR 17.430,00

nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2005 zu zahlen,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn EUR 7.507,57

nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2005 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, die Klägerin habe - wie zuvor ihr Ehemann - das Filialgeschäft als selbständige Unternehmerin betrieben. Das Warensortiment sei nicht von ihr – der Beklagten - vorgegeben worden, sondern habe sich aus dem Mietvertrag mit der Eigentümerin des G - Marktes ergeben. Auch habe sie – die Beklagte - auf die Preisgestaltung keinen Einfluss nehmen können, da sowohl die Zeitschriften als auch die Tabakwaren einer Preisbindung

unterlegen hätten. Die Klägerin habe selbständig die Waren bei den Lieferanten bestellt. Auf Wunsch der Klägerin sei ein Schlüssel für die Geschäftsräume bei ihr hinterlegt gewesen. Die Klägerin habe selbständig Personal eingestellt, das ausschließlich ihren Weisungen unterlegen habe. Nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag sei auch die Aufnahme einer anderweitigen Beschäftigung zulässig gewesen. So habe der Ehemann der Klägerin während seiner Vertragszeit nicht nur die Filiale geleitet, sondern daneben noch als selbständiger Software-Betreuer gearbeitet und dabei nicht unwesentliche Einkünfte erzielt. Sie – die Beklagte - habe die Gründung einer Kommanditgesellschaft angeregt, um die ohnehin gegebene Selbständigkeit der Tätigkeit noch besonders zu verdeutlichen.

Sie hat die Einrede der Verjährung erhoben und eingewandt, etwaige Ansprüche wären auch nach dem allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrag für den Einzelhandel NRW verfallen. Zudem sei im Geschäftsbesorgungsvertrag ausdrücklich bestimmt gewesen, dass eventuelle Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis innerhalb von 3 Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses per Einschreiben geltend zu machen seien. 24

Das Arbeitsgericht Bonn hat durch Urteil vom 25. Mai 2005 die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten sei für beide Klageanträge gegeben, da die geltend gemachten Ansprüche voraussetzten, dass ein Arbeitsverhältnis vorgelegen habe. Die Klägerin sei aber nicht als Arbeitnehmerin von der Beklagten beschäftigt worden. Wesentlich sei für eine Arbeitnehmerin, dass sie die Dienstleistung in Person zu erbringen habe. Die Klägerin habe aber Arbeitnehmer eingestellt und zur Erledigung der ihr nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag obliegenden Aufgaben beschäftigt. Sie habe deshalb auch selbst bestimmen können, wann sie sich innerhalb der Öffnungszeiten selbst in der Filiale aufgehalten habe. Soweit sie Weisungen von der Beklagten erhalten habe, seien diese nicht über das hinausgegangen, was bei freien Geschäftsbesorgungsverträgen üblich sei. Sie hätten sich auf das Arbeitsergebnis, nicht aber auf die persönliche Arbeitsdurchführung bezogen. Wenn die Klägerin auch hinsichtlich des Warensortiments und der Gestaltung des Geschäftsraums gebunden gewesen sei, so habe sie doch ansonsten über die Gestaltung der Arbeit frei entscheiden können. Die Klägerin habe nicht konkretisiert, inwiefern die Beklagte auf die Verkaufsstrategie Einfluss genommen habe. Gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses spreche auch, dass es dem Ehemann der Klägerin bei gleichen Vertragsbedingungen erlaubt und auch tatsächlich möglich gewesen sei, neben seiner Tätigkeit in der Filiale einer weiteren Beschäftigung als Software-Betreuer nachzugehen. Im Übrigen sei die Berechnung des Differenzvergütungsanspruchs nicht nachvollziehbar. Als übliche Vergütung bei unterstellter Arbeitnehmereigenschaft könne nur der Lohn nach dem Tarifvertrag für den Einzelhandel NRW herangezogen werden und nicht ein Gehalt von EUR 5.876,00 brutto. Auch stehe der Klägerin kein Anspruch auf Rückzahlung von Mankogeldern zu, da die Grundsätze über die Mankohaftung von Arbeitnehmern nicht anwendbar seien. 25

Das Urteil ist der Klägerin am 22. Juli 2005 zugestellt worden. Sie hat hiergegen am 1. Juli 2005 und nochmals am 1. August 2005 Berufung einlegen lassen und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 6. Oktober 2005 - am 22. September 2005 begründen lassen. 26

Sie trägt vor, die Beklagte habe ein eindeutig arbeitnehmerartig ausgerichtetes Vertragsverhältnis als Geschäftsbesorgungsvertrag verschleiert. Der Arbeitnehmereigenschaft stehe nicht entgegen, dass Geschäftsgegenstand die Ausübung eines Gewerbes unter Hinzuziehung von Hilfskräften sei. Sie sei weisungsgebunden und absolut von der Beklagten – wirtschaftlich - abhängig gewesen. Das Warensortiment nebst 27

Preis sei vorgegeben gewesen. Sie habe sich in jeder Hinsicht den Anordnungen der Beklagten beugen müssen. Dies zeige auch die vereinbarte Mankohaftung. Ein wirtschaftlich Selbständiger unterliege keiner Mankohaftung, also einer Haftung für einen Waren- oder Kassenfehlbestand. Nicht sie müsse vortragen, welcher konkrete Arbeitslohn ihr als Arbeitnehmerin zugestanden habe und welche Abzüge vorzunehmen gewesen seien. Vielmehr müsse dies die Beklagte. Sie sei berechtigt, einen Bruttolohn einzuklagen.

Die Klägerin beantragt, 28

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Bonn vom 25. Mai 2005 – 4 Ca 912/05 –  
entsprechend den erstinstanzlichen Anträgen zu erkennen.

Die Beklagte beantragt, 30

die Berufung zurückzuweisen. 31

Sie schließt sich den Ausführungen in dem erstinstanzlichen Urteil an. Weder sei die Klägerin weisungsgebunden noch von ihr absolut abhängig gewesen. Die Bindung an das Warensortiment habe aufgrund des Mietvertrages bestanden, die Preisbindung aufgrund gesetzlicher Vorschriften. Bei einer selbständigen Tätigkeit sei es typisch, dass der Betreiber für Warenfehlbestände hafte. Die Klägerin habe weiterhin nicht dargelegt, inwiefern sie den ihr - bei unterstellter Arbeitnehmereigenschaft - zustehenden Tariflohn bei der Differenzberechnung in Ansatz gebracht habe. Die Berufung sei mutwillig. 32

Wegen des übrigen Vorbringens der Parteien wird auf den Akteninhalt verwiesen. 33

## Entscheidungsgründe 34

I. Die Berufung ist zulässig. 35

Sie ist gemäß § 64 Abs. 2 b ArbGG statthaft und wurde innerhalb der in § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG vorgeschriebenen Fristen eingelegt und begründet. 36

II. Die Berufung hat keinen Erfolg. 37

1. Die Berufung ist bereits unzulässig, weil die Berufungsbegründung der Klägerin nicht den gesetzlichen Anforderungen genügt. 38

Nach § 520 Abs. 3 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung über die Berufungsanträge hinaus die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung der angefochtenen Entscheidung ergeben soll. Das bedarf einer auf den Einzelfall abgestimmten Auseinandersetzung. Bezweckt ist damit eine Zusammenfassung und Beschleunigung des Rechtsmittelverfahrens. Gericht und Gegner sollen möglichst schnell und sicher erkennen können, wie der Rechtsmittelführer den Streitfall beurteilt wissen will. Sie sollen sich auf den Angriff erschöpfend vorbereiten können. Bezieht sich das Rechtsmittel auf mehrere Ansprüche im prozessualen Sinn, ist zu jedem Anspruch eine ausreichende Begründung zu geben. Fehlen Ausführungen zu einem Anspruch, ist das Rechtsmittel insoweit unzulässig. Etwas anderes gilt, wenn die Begründetheit des einen Anspruchs denotwendig von der des anderen abhängt (vgl. BAG, Urteil vom 17. August 2005 – 7 AZR 553/04 -). Dadurch soll bloß formelhaften Berufungsbegründungen entgegengewirkt werden. Die bloße Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen reicht auch dann nicht aus, wenn der Streit nur eine einzelne Rechtsfrage betrifft (vgl. BAG, Urteil vom 15. August 2002 – 2 AZR 473/01 -). 39

Diesen Anforderungen genügt die auf die Abweisung der beiden Klageanträge bezogene Berufungsbegründung nicht. Die Klägerin hat sich mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts zur Abweisung der Zahlungsanträge nicht hinreichend auseinandergesetzt.

Das Arbeitsgericht hat einen Anspruch auf Zahlung der für einen Arbeitnehmer üblichen Vergütung aus zwei Gründen verneint. Zum Einen sei die Klägerin nicht Arbeitnehmerin gewesen, zum Anderen sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die Klägerin den für Arbeitnehmer üblichen Tariflohn bei der Berechnung des Klageanspruchs in Ansatz gebracht habe. 41

Mit den unter Hinweis auf höchstrichterliche Rechtsprechung getroffenen Feststellungen des Arbeitsgerichts zur fehlenden Arbeitnehmereigenschaft setzt sich die Klägerin auch nicht ansatzweise argumentativ auseinander. Ihr Hinweis auf eine "hinlänglich vorgetragene Weisungsgebundenheit" und eine "absolute Abhängigkeit von der Beklagten" stellt nicht mehr als eine pauschale Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen dar. Mit ihrem Vorbringen, sie sei "wirtschaftlich" von der Beklagten vollkommen abhängig gewesen, geht sie nicht auf die zutreffenden Ausführungen in dem erstinstanzlichen Urteil ein, wonach es gerade nicht auf die wirtschaftliche Abhängigkeit, sondern auf die persönliche ankommt. Mit ihrem Vortrag, es gehöre gerade zum typischen Charakter eines Gewerbes, auch Hilfskräfte hinzuziehen, bestätigt sie sogar die Bewertung ihrer Tätigkeit durch das Arbeitsgericht. Denn ein Gewerbetreibender ist kein Arbeitnehmer. Ihr Vorbringen, Selbständige hätten nicht für ein Manko, d. h. einen Waren- oder Kassenfehlbestand, zu haften, ist geradezu abwegig. 42

Auch mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts, die Höhe des geltend gemachten Anspruchs auf eine für Arbeitnehmer übliche Vergütung habe sie anhand des Tarifvertrages für den Einzelhandel NRW darzulegen, setzt sie sich nicht ansatzweise argumentativ auseinander. Statt vorzutragen, inwiefern der von ihr in Ansatz gebrachte Bruttolohn als übliche Vergütung zutrifft, oder aber auf eine Berechnung nach einem von ihm darzulegenden Tariflohn abzustellen, meint sie, die Beklagte müsse ihre Klage hinsichtlich der Anspruchshöhe begründen. 43

Den Anspruch auf Erstattung der Beträge, die die Beklagte zur Abdeckung von Forderungen von dem Kautionskonto abgehoben hat, hat das Arbeitsgericht mit der Begründung abgewiesen, die Grundsätze über die Mankohaftung von Arbeitnehmern fänden keine Anwendung, weil die Klägerin keine Arbeitnehmerin gewesen sei. Auch dazu fehlt die erforderliche argumentative Auseinandersetzung mit den Feststellungen des Arbeitsgerichts über die fehlende Arbeitnehmereigenschaft. 44

2. Die Berufung ist aber auch nicht begründet. 45

a. Der Klägerin steht kein Anspruch auf eine für ein Arbeitsverhältnis übliche Vergütung zu. 46

aa. Legen die Parteien ihrer Vergütungsvereinbarung eine unrichtige rechtliche Beurteilung darüber zugrunde, ob die Dienste abhängig oder selbständig erbracht werden, bedarf es einer (ergänzenden) Auslegung. Die Vergütung kann unabhängig von der rechtlichen Einordnung des bestehenden Vertrages gewollt oder gerade an diese geknüpft sein. Maßgebend ist der erklärte Parteiwille, wie er nach den Umständen des konkreten Falls aus der Sicht des Erklärungsempfängers zum Ausdruck kommt (§§ 133, 157 BGB). Für die Beurteilung, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, ist ebenso wie für die Feststellung des gewöhnlich nicht ausdrücklich geäußerten Willens die spezifische Fallgestaltung entscheidend. Trifft der Arbeitgeber individuelle Vereinbarungen, spricht dies dafür, dass eine Vergütung nach Pauschalen gerade auf die konkrete Arbeitsleistung des Verpflichteten abstellt und im Hinblick auf den angenommenen Status nur (teilweise) die 47

"Ersparnis" der Arbeitgeberanteile berücksichtigt (vgl. BAG, Urteil vom 12. Januar 2005 – 5 AZR 144/04 -).

Lässt sich ein derartiger Parteiwille nicht feststellen, so führt die irrige Annahme der Parteien, zwischen ihnen bestehe ein freier Dienstvertrag oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag, nur dann zu einer Abänderung der Vergütungsvereinbarung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, wenn das Festhalten für den Arbeitnehmer ein unzumutbares Opfer darstellt. Ein solches unzumutbares Opfer kann allerdings noch nicht allein darin gesehen werden, dass der Arbeitgeber auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung Beiträge zur Sozialversicherung entrichten muss. Dies ist die gesetzliche Rechtsfolge einer Vergütungsvereinbarung, die allein nicht die Unzumutbarkeit begründen kann (vgl. BAG, Urteil vom 12. Dezember 2001 – 5 AZR 257/00 -).

Ergibt sich ein (höherer oder niedrigerer) Vergütungsanspruch unmittelbar und zwingend aus Tarifverträgen, die auf das Arbeitsverhältnis anwendbar sind, dann ist dieser zugrunde zu legen.

bb. Da die Klägerin nicht als Arbeitnehmerin tätig war, kann dahinstehen, ob ihr nach diesen Grundsätzen ein höherer Vergütungsanspruch zugestanden hätte.

Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist namentlich der Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Für die Abgrenzung von Bedeutung sind die Umstände, unter denen die Dienstleistung zu erbringen ist und nicht die Modalitäten der Zahlung oder die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Behandlung oder die Überbürdung vertraglicher Risiken. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, so ist letztere maßgebend (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. z. B. Urteil vom 12. Dez. 2001 – 5 AZR 253/00 -).

cc. Das Arbeitsgericht hat mit zutreffender Begründung, die sich das Berufungsgericht zu Eigen macht, festgestellt, dass zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Es ist auf folgende rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte nochmals hinzuweisen:

Zwar hatte die Klägerin nach Ziff. 5 des Geschäftsbesorgungsvertrages die Waren (Tabakwaren, Zubehör und Zeitschriften) im Namen und auf Rechnung der Beklagten zu verkaufen. Sie erhielt eine Umsatzprovision. Das Warensortiment war vorgegeben. Die Preise konnte sie nicht selbst bestimmen, was allerdings überwiegend auf dem Umstand beruhte, dass es sich um preisgebundene Artikel handelte. Die Pflicht, Inventuren durchzuführen, besteht auch für selbständig Tätige. Gleiches gilt für die vereinbarte Haftung der Klägerin für unaufgeklärte Fehlbestände bei Waren und beim Bargeld. Schließlich sind Berichts- und Abrechnungspflichten für einen Selbständigen nicht ungewöhnlich. Soweit der Klägerin die Gestaltung des Geschäftsraums und die Anbindung an die Öffnungszeiten des Einkaufszentrums vorgegeben waren, handelte es sich um standortbezogene Rahmenbedingungen, die für jeden Betreiber gelten mussten.

Entscheidend ist, dass die Klägerin gemäß Ziff. 2 Satz 1 des Geschäftsbesorgungsvertrages innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens über Art und Umfang ihrer Tätigkeit frei bestimmen konnte. Sie konnte nicht nur entscheiden, wann sie selbst welche Arbeiten in dem Geschäft

verrichtete, sondern auch Personal einstellen und entlassen, das nach ihren Weisungen tätig wurde. Von diesem Recht hat sie wie zuvor auch ihr Ehemann Gebrauch gemacht, der zeitweise sogar bis zu 7 Angestellten beschäftigte. Gerade der Umstand, dass sie nicht zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet war, spricht gegen eine Arbeitnehmereigenschaft (vgl. BAG, Urteil vom 16. Juli 1997 – 5 AZR 312/96 -).

Die Lottoannahmestelle führte die Klägerin wie zuvor schon ihr Ehemann ohnehin im eigenen Namen aufgrund eines von ihr selbst mit der Lotteriegesellschaft abgeschlossenen Vertrages. Soweit Vorgaben bestanden, ergaben sie sich aus dem Umstand, dass der Verkauf der Tabakwaren und Zeitschriften sowie die Führung des Lottogeschäfts in demselben Geschäftsraum erfolgten und folglich einer Koordination bedurften. Dabei hatte die Klägerin allein darüber zu entscheiden, ob und wie viele Hilfskräfte eingestellt wurden, um beiden Geschäftszweigen zu genügen. Die Beteiligung der Beklagten an den Umsätzen der Lottoannahmestelle als Entgelt für die Überlassung der Geschäftsräume ist eine Regelung, die in Verträgen zwischen Selbständigen nicht ungewöhnlich ist. Aus dieser Vereinbarung ergab sich zwangsläufig, dass der Beklagten Kontroll- und Inventurrechte zustehen mussten, um die Erfüllung des Vertrages abzusichern. 56

Es kommt hinzu, dass die Klägerin wie zuvor ihr Ehemann auch noch anderen Tätigkeiten nachgehen konnte. Dies hatte der Ehemann der Klägerin genutzt, um als selbständiger Software-Betreuer Verdienst zu erzielen. Auch dieser Umstand zeigt, dass der Klägerin wie zuvor ihrem Ehemann die Zeitsouveränität erhalten blieb. Welche wirtschaftlichen Überlegungen den Ehemann dazu veranlasst hatten, dieser weiteren Tätigkeit nachzugehen, ist in diesem Zusammenhang nicht von rechtlicher Bedeutung. 57

Bei Berücksichtigung dieser Umstände kann nicht festgestellt werden, dass die Klägerin als Arbeitnehmerin, also in persönlicher Abhängigkeit, für die Beklagte tätig geworden ist. Eine (bloße) wirtschaftliche Abhängigkeit von der anderen Vertragspartei führt nicht zur Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft. 58

b. Der Klägerin steht auch kein Anspruch auf Erstattung der Beträge zu, die die Beklagte von dem Kautionskonto abgehoben hat. 59

aa. Zunächst ist festzustellen, dass das Kautionskonto zur Sicherung aller Forderungen der Beklagten gegen die Klägerin diente, also insbesondere auch der Forderung auf Einzahlung der Erlöse aus dem Verkauf der Waren (Zeitschriften, Tabakwaren und Zubehör) und die Forderung auf Beteiligung an den Umsätzen der Lottoannahmestelle. Es handelte sich nicht um eine Sicherheit ausschließlich für unaufgeklärte Waren- und Kassenfehlbestände. 60

Nach dem Vorbringen der Beklagten hatte der Ehemann der Klägerin die Umsatzerlöse aus dem Warengeschäft und den Provisionsanteil der Beklagten am Lottogeschäft teilweise nicht abgeführt. Soweit die Beklagte wegen vergleichbarer Ansprüche Beträge von dem Kautionskonto der Klägerin abhob, handelte es sich nicht um die Inanspruchnahme der Klägerin wegen eines Mankos. 61

Angesichts dessen ist allein die Aufstellung über die Einzahlungen auf das Kautionskonto und über die Abhebungen von dem Konto ohne Aussagewert über die tatsächliche Inanspruchnahme der Klägerin aufgrund der Mankoabrede. 62

bb. Zutreffend hat das Arbeitsgericht zudem darauf hingewiesen, dass die Grundsätze über die beschränkte Mankohaftung nur für Arbeitnehmer gelten. Die Grundsätze werden mit der privilegierten Arbeitnehmerhaftung begründet. Es soll nicht zu einer ungerechtfertigten 63

Verlagerung des dem Arbeitgeber zuzurechnenden Risikos kommen (BAG, Urteil vom 17. September 1998 - 8 AZR 175/97 –). Sie sind einseitig zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht (vgl. BAG, Urteil vom 2. Dezember 1999 – 8 AZR 386/98 -).

cc. Im Übrigen sind selbst in einem Arbeitsverhältnis Mankoabreden zulässig, wenn diese eine angemessene Gegenleistung, z. B. in Form eines Mankogeldes oder eines angemessen erhöhten Gehaltes vorsehen und sie für Bereiche getroffen werden, die der Arbeitnehmer kontrollieren kann (vgl. BAG, Urteil vom 17. September 1998 – 8 AZR 175/97 -). Die Begründung einer Erfolgshaftung durch eine Mankoabrede ist zulässig, wenn der Arbeitnehmer hiernach nur bis zur Höhe einer vereinbarten Mankovergütung haften soll und daher im Ergebnis allein die Chance einer zusätzlichen Vergütung für die erfolgreiche Verwaltung eines Waren- oder Kassenbestandes erhält. Eine Verschärfung der auf Gesetz beruhenden beschränkten Arbeitnehmerhaftung tritt dann nicht ein. Die Mankoabrede kann auch nicht voll beherrschbare Umstände und Risiken wie die Beaufsichtigung von Mitarbeitern und Hilfskräften einschließen (vgl. BAG, Urteil vom 2. Dezember 1999 - 8 AZR 386/98 –). 64

Ausgehend von dem vom Ehemann der Klägerin beispielhaft für das Jahr 2002 ermittelten durchschnittlichen Monatsumsatz durch den Verkauf von Zeitschriften, Tabakwaren und Zubehör in Höhe von EUR 85.258,33, ergibt sich eine monatliche Mankovergütung in Höhe von EUR 426,29 (= 0,5 %). 65

Die Klägerin hat nicht dargelegt, in welchen Monaten der Waren- und Kassenbestand in welcher Höhe über dieser Mankovergütung lag. 66

dd. Zutreffend hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die Mankoabrede auch nicht aus anderen Gründen unwirksam ist. Solche Gründe sind von der Klägerin auch nicht dargelegt worden. 67

c. Zudem wären etwaige Ansprüche der Klägerin auf Zahlung einer für ein Arbeitsverhältnis üblichen Vergütung und auf Rückzahlung der Kautions auch verfallen. 68

Nach Ziff. 10 Abs. 2 des Geschäftsbesorgungsvertrages waren Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis innerhalb von 3 Monaten nach Beendigung des Vertragsverhältnisses schriftlich per Einschreiben geltend zu machen, ansonsten war die Geltendmachung ausgeschlossen. Die Ausschlussfrist galt auch für den Anspruch auf Rückzahlung der Kautions. Die Klägerin hat nicht dargelegt, dass er diese vom Regelungsgehalt klare vertragliche Ausschlussfrist gewahrt hat. Ihr in dem Parallelverfahren 9 (11) Sa 891/05 vorgelegtes Schreiben vom 11. Oktober 2003 genügte diesen Anforderungen nicht. 69

Wenn ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hätte, wäre diese vertragliche Ausschlussfrist zwar nach § 4 Abs. 3 TVG nicht wirksam gewesen, da mit ihr von der Regelung unter § 24 des allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrages für den Einzelhandel NRW zu Lasten der Arbeitnehmerin abgewichen worden wäre. Jedoch hätte sodann die Regelung unter § 24 Ziff. 1 c des genannten Manteltarifvertrages gegolten, wonach die Ansprüche binnen 6 Monaten nach Fälligkeit, also spätestens am 30. April 2004 hätten schriftlich geltend gemacht werden müssen zur Vermeidung eines Verfalls. 70

d. Da etwaige Ansprüche verfallen wären, kann dahinstehen ob sie zudem auch verjährt wären. 71

Nach alledem war die Berufung mit der Kostenfolge nach § 97 ZPO zurückzuweisen. 72

## Rechtsmittelbelehrung

73

Die Revision war nicht zuzulassen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung. Die sich stellenden Rechtsfragen sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entschieden. Auf die Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde nach § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

74

Schwartz Wiedemann Hölscher

75