
Datum: 05.10.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 21. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 21 U 76/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:1005.21U76.99.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 3 O 155/98

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Essen vom 08.01.1999 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Entscheidungsgründe:

1

A.

2

Der Kläger betreibt in E ein Sachverständigenbüro, das sich vor allem im Auftrag von Versicherungen und Unternehmen mit der Bewertung von Grundstücken und Gebäuden sowie von Brand-, Sturm- und Leitungswasserschäden an Gebäuden befaßt. Von 1986 bis Januar 1996 war die Beklagte, die von Beruf Architektin ist, für den Kläger tätig. Sie bearbeitete ihr vom Kläger zugewiesene Aufträge und stellte hierfür projektbezogen die geleisteten Stunden zu einem vereinbarten Satz nebst Mehrwertsteuer in Rechnung. Der Kläger leistete Zahlungen, die die Rechnungsbeträge überstiegen.

3

Mit der Klage verlangt er den Ausgleich angeblich überzahlter Honorare für die Zeit von 1991 bis 1996, die er nach Teilklagerücknahme noch auf 57.327,43 DM beziffert hat. Hierzu hat er behauptet, auf Wunsch der Beklagten Akontozahlungen geleistet zu haben, denen in Höhe der Klageforderung keine Leistungen der Beklagten gegenübergestanden hätten.

4

Die Beklagte hat gemeint, daß für den Rechtsstreit das Arbeitsgericht zuständig sei, da sie entgegen der Bezeichnung keine freie Mitarbeiterin, sondern Arbeitnehmerin des Klägers gewesen sei. In der Sache hat sie eine Überzahlung in Abrede gestellt und behauptet, ihr ständen im Gegenteil noch erhebliche Restforderungen zu. Der Kläger habe keine Akontozahlungen erbracht, sondern monatliche Vergütungen unabhängig von konkreten Projekten geleistet. Die Rechnungen der Beklagten hätten nur der Erleichterung der Abrechnung des Klägers mit den Auftraggebern gedient. Über die abgerechneten Leistungen hinaus habe sie, die Beklagte, Anspruch auf Vergütung für im einzelnen dargelegte Stunden, die nicht projektbezogen gewesen seien sowie auf Ersatz der Kosten und Vergütung der Zeiten für die Fahrten von der Wohnung in F zum Büro des Klägers in E. 5

Das Landgericht hat sieben Zeugen vernommen und der Klage dann in Höhe von 57.116,42 DM nebst Zinsen stattgegeben. Es hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für gegeben gehalten, weil die Beklagte nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme weder Arbeitnehmerin noch arbeitnehmerähnlich gewesen sei. In der Sache hat das Landgericht für die Zeit von 1991 bis 1996 berechnete Honoraransprüche der Beklagten in Höhe von 653.152,86 DM anerkannt, denen Zahlungen des Klägers in Höhe von 710.269,28 DM gegenüberstanden. Die Kammer hat es als bewiesen angesehen, daß die Beklagten nur die abgerechneten objektbezogenen Leistungen erbracht habe und eine Vergütung für die Fahrten zwischen ihrer Wohnung und dem Büro des Klägers nicht vereinbart gewesen sei. Lediglich geringe Korrekturen an der Berechnung des Klägers seien vorzunehmen. 6

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufung strebt die Beklagte weiterhin Klageabweisung an. Sie vertieft ihren Vortrag, wonach sie weisungsgebunden gearbeitet habe und deshalb als Arbeitnehmerin anzusehen sei mit der Folge, daß der Zivilrechtsweg nicht gegeben sei. 7

Darüber hinaus greift sie die Beweiswürdigung des Landgerichts an und macht einen weitaus höheren Vergütungsanspruch geltend als denjenigen, der sich aus den bisherigen Rechnungen ergibt. 8

Im Senatstermin hat sie behauptet, zu den Vorauszahlungen auf die objektbezogenen Arbeiten sei eine Pauschale für Kilometergeld und andere zusätzliche Leistungen von ca. 2.000,00 DM vereinbarungsgemäß hinzugekommen. 9

Der Kläger verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. 10

Zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte verweist er auf die Entscheidungen des Arbeitsgerichts und Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 10.12.1996 und 20.06.1997, mit denen für die Kündigungsschutzklage der Beklagten dieses Rechtsstreits der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten mit der Begründung für unzulässig erklärt worden sei, die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt und bewiesen, Arbeitnehmerin oder eine arbeitnehmerähnliche Person gewesen zu sein. 11

B. 12

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Auch nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens sind zur Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch die ordentlichen Gerichte der Zivilgerichtsbarkeit zuständig. Der Anspruch ist auch in dem vom Landgericht zuerkannten Umfang begründet. 13

I. 14

Für den vorliegenden Rechtsstreit ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nach § 13 GVG eröffnet. Auf die Berufung der Beklagten hin war die entsprechende Feststellung des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil entgegen der Regelung des § 17 a Abs. 5 GVG vom Senat zu überprüfen. 15

1. 16

Zwar prüft nach § 17 a Abs. 5 GVG das Gericht, das über ein Rechtsmittel in der Hauptsache entscheidet, grundsätzlich nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Dies beruht darauf, daß über die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges nach § 17 a Abs. 3 S. 2 GVG eine Vorabentscheidung getroffen werden muß, die nach § 17 a Abs. 4 S. 3 GVG mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist. 17

Das Landgericht hat dieses Verfahren jedoch nicht eingehalten, sondern gleichzeitig mit der Hauptsacheentscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den ordentlichen Zivilgerichten entschieden. Da es somit noch keine zweitinstanzliche Überprüfung der Entscheidung zur Rechtswegfrage gegeben hat, hat der Senat nunmehr gegen § 17 a Abs. 5 GVG dies nachzuholen (BGH NJW 1996, 391; Zöller-Gummer, 21. Aufl. § 17 a GVG, Rdn. 18). 18

Eine Vorabentscheidung allein über die Zulässigkeit des Rechtswegs, die grundsätzlich in einem solchen Fall vom Rechtsmittelgericht zu treffen ist (BGH NJW 1996, 391), ist jedoch ausnahmsweise entbehrlich mit der Folge, daß die Frage zusammen mit der Hauptsache entschieden werden kann. Eine solche Ausnahme liegt dann vor, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht wird und auch im Falle der Entscheidung durch Beschluß kein Anlaß bestanden hätte, die Beschwerde nach § 17 a Abs. 4 S. 3 GVG zuzulassen (BGH NJW 1996, 391; BGH NJW 1999, 651; Zöller-Gummer a.a.O.). Beide Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Zulässigkeit des Rechtsweges zu den ordentlichen Gerichten wird vom Senat bejaht, wie im folgenden zu begründen sein wird. Die Voraussetzungen der Zulassung der Beschwerde nach § 17 a Abs. 4 S. 4 GVG, die grundsätzliche Bedeutung einer Sache oder die Abweichung von einer obergerichtlichen Entscheidung, liegen nicht vor. 19

2. 20

Die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten ist nicht bereits durch die rechtskräftige Entscheidung des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 10.12.1996 für diesen Rechtsstreit bindend festgestellt worden. Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat in seinem vom Landesarbeitsgericht Düsseldorf bestätigten Beschluß nach § 17 Abs. 3 GVG lediglich für das dort anhängige Verfahren auf Feststellung der Unzulässigkeit der Kündigung den Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten für unzulässig erklärt. Die Bindungswirkung dieser Entscheidung erfaßt lediglich den zu beurteilenden Streitgegenstand. Insbesondere ist der Senat nicht an die vom Arbeitsgericht vorgenommene Beurteilung der Vorfrage, ob die Klägerin jenes Verfahrens, die jetzige Beklagte, Arbeitnehmerin oder arbeitnehmerähnliche Person sei, gebunden. Hierfür spricht bereits der Umstand, daß das Arbeitsgericht seine Entscheidung damit begründet hat, die damalige Klägerin habe das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nicht nachgewiesen. Die Darlegungs- und Beweislast liegt vorliegend jedoch bei dem Kläger, der den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten bestritten hat (vgl. Kissel, GVG, 2. Aufl., § 16 Rdn. 17). Eine Beweislastentscheidung mit anders verteilter Darlegungs- und Beweislast kann für den vorliegenden Rechtsstreit jedoch nicht bindend sein. 21

3. 22

23

Nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten und vom Senat ergänzten Beweisaufnahme gelangt der Senat jedoch auch für das vorliegende Verfahren zu dem Ergebnis, daß keine Zuständigkeit der Arbeitsgerichte gegeben ist, so daß der Senat auch in der Sache zu entscheiden hat. Die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtsweges richtet sich dabei nicht allein nach dem Tatsachenvortrag des Klägers. Davon ist nur dann als alleiniger Entscheidungsgrundlage auszugehen, wenn die zulässigkeitsbegründenden Tatsachen zugleich auch für die Begründetheit der Klage relevant sind (Kissel, a.a.O., m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier jedoch nicht vor. Ob die Beklagte in einem Arbeitsverhältnis zum Kläger stand, ist nur für die Zulässigkeit des Rechtsweges von Bedeutung, da die Frage der Vergütung unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieses Rechtsverhältnisses ist. Die für die Beurteilung des Rechtsweges maßgeblichen Tatsachen waren hier deshalb vorab aufzuklären.

Der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten wird von § 13 GVG für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten eröffnet, für die nicht andere Gerichte bestellt sind. Der hier in Betracht kommende Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten wäre dann gegeben, wenn es sich nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 a ArbGG um einen Rechtsstreit von Arbeitnehmer und Arbeitgeber aus dem Arbeitsverhältnis handelt. Entscheidend ist deshalb, ob die Beklagte Arbeitnehmerin des Klägers war oder nach § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG als Arbeitnehmerin galt, weil sie wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen war. Beides ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zu verneinen. 24

a) 25

Die Beklagte war in der hier maßgeblichen Zeit von 1991 bis 1996 keine Arbeitnehmerin des Klägers. Arbeitnehmer ist, wer seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt, was sich besonders daran zeigt, daß der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners unterliegt (einhellige Rechtsprechung, z.B. BAG NJW 1998, 3661). Dieses Weisungsrecht kann sich auf Inhalt und Durchführung der Leistung beziehen sowie auf Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit (BAG, NJW 1998, 3661). 26

(1) 27

Die rechtliche Einordnung dieses Rechtsverhältnisses hängt nicht entscheidend davon ab, wie die Parteien es selbst eingeschätzt und bezeichnet haben; maßgebend ist die tatsächliche konkrete Art der Durchführung nach objektiver Betrachtung. Wie jedoch das Arbeitsgericht Düsseldorf in seinem oben genannten Beschluß vom 10.12.1996 zutreffend ausgeführt hat, kann dem Selbstverständnis der Vertragsparteien zumindest eine gewisse indizielle Bedeutung beikommen. Die Parteien haben hier die Tätigkeit der Beklagten nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses regeln wollen, sondern die Beklagte ist als freie Mitarbeiterin bezeichnet worden. Dementsprechend hat sie Rechnungen mit Mehrwertsteuerausweis erteilt. Wie sowohl im arbeitsgerichtlichen Verfahren als auch bis zum Senatstermin unstreitig war, geschah dies auch auf Wunsch der Beklagten. Es lag also nicht die Fallgestaltung vor, daß der Kläger aufgrund einer eventuellen stärkeren Verhandlungsposition die Begründung eines Arbeitsverhältnisses verwehrt hätte. Ob der Beklagten ausdrücklich die Anstellung als Arbeitnehmerin angeboten worden war, was sie im Senatstermin in Abrede gestellt hat, kann insoweit dahinstehen. 28

Der Senat läßt auch offen, ob die Beklagte aufgrund dieses Umstandes nunmehr gemäß § 242 BGB gehindert ist, sich darauf zu berufen, entgegen ihrer ursprünglichen eigenen Selbsteinschätzung Arbeitnehmerin gewesen zu sein, wie das Landesarbeitsgericht 29

Düsseldorf in seiner Beschwerdeentscheidung vom 20.06.1997 (15 Ta 50/97) gemeint hat. Das in der dargestellten Selbsteinschätzung zum Ausdruck gekommene Indiz wird nämlich durch die Umstände der Vertragsdurchführung bestätigt mit der Folge, daß die Beklagte nicht als Arbeitnehmerin angesehen werden kann.

(2) 30

Für die Beurteilung, ob eine Person dem Weisungsrecht des Vertragspartners unterliegt und somit Arbeitnehmer ist, ist von besonderer Bedeutung, ob sie im wesentlichen frei ihre Tätigkeit gestalten und die Arbeitszeit bestimmen kann oder ob sie insoweit den Direktiven des Auftraggebers unterworfen ist. Insoweit hat die Beklagte zwar behauptet, sie habe feste Arbeitszeiten von 08.30 Uhr bis 17.30 Uhr einzuhalten gehabt, was auch kontrolliert worden sei. Zudem sei ihr Urlaub mit dem Kläger und anderen Mitarbeitern abzustimmen und in eine Urlaubsliste einzutragen gewesen. 31

Dies ist durch die Beweisaufnahme jedoch nicht bestätigt worden. 32

Die Zeugin G hat bekundet, daß keine Regelungen über die Anwesenheit getroffen worden seien. Die Beklagte habe ihre Arbeitszeiten selbst bestimmt und sei z.B. später gekommen, wenn sie es gewollt habe. Auch über die Urlaubszeiten hätten die freien Mitarbeiter, zu denen die Zeugin auch die Beklagte gezählt hat, selbst entschieden, ohne daß es eine Abstimmung mit anderen gegeben habe. Diese Darstellung ist von den Zeugen H und Q bestätigt worden. Beide Zeugen sind nach eigenem Bekunden freie Mitarbeiter im Büro des Klägers und haben für ihre Person das Bestehen fester Arbeitszeiten in Abrede gestellt. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aufgrund der Aussage des Zeugen F. Dieser hat zwar bekundet, daß er und die Beklagte regelmäßig gegen 08.30 Uhr wie alle anderen Mitarbeiter im Büro des Klägers erschienen seien und daß acht Stunden gearbeitet worden sei. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine faktische Übung, die auch der Zeuge Q bestätigt hat. Die Dauer des Aufenthalts im Büro ergibt sich bereits aus dem Umfang der von der Beklagten unstreitig erbrachten Arbeitsleistung. Da sowohl die Beklagte als auch der Zeuge F auch auf die Dienste anderer Mitarbeiter des Klägers, etwa zur Erledigung von Schreibaufträgen, zurückgegriffen haben und Kontakte zu Auftraggebern etc. üblicherweise während der normalen Arbeitszeiten möglich waren, war es auch sinnvoll, die Arbeit in diese Zeiten zu verlegen. Daraus läßt sich jedoch nicht ableiten, daß eine entsprechende Verpflichtung bestanden hat. Nach der Darstellung der Zeugen stand es den freien Mitarbeitern frei, etwa ihre Arbeitszeit später zu beginnen oder früher zu beenden, wovon auch Gebrauch gemacht wurde. Wenn Abweichungen von der üblichen Arbeitszeit dem Büro des Klägers mitgeteilt wurden, kann darin nur eine Information zur Förderung der Koordinierung der Arbeitsabläufe und zur Verbesserung der Kommunikation gerade auch im Hinblick auf die von den jeweiligen freien Mitarbeitern auszuführenden Aufträge gesehen werden. Der Zeuge H, der nach eigener Darstellung an keinerlei zeitliche Vorgaben gebunden war, hat es auch als Selbstverständlichkeit bezeichnet, daß er die Zeiten seiner Abwesenheit ankündigte. Entsprechende Weisungen des Klägers zur zeitlichen Gestaltung der Arbeit gab es nicht. Auch der Aussage des Zeugen F läßt sich dies nicht entnehmen. Soweit er ausgesagt hat, die Zeugin G habe bisweilen auf der Anwesenheit bestanden, wenn etwa ein wichtiger Termin wahrzunehmen gewesen sei, kann darin nicht der Ausfluß eines Weisungsrechts gesehen werden, sondern lediglich der Hinweis auf faktische Sachzwänge. Terminvorgaben, die durch die Auftraggeber des Klägers gemacht wurden, waren natürlich auch von den jeweiligen Bearbeitern zu berücksichtigen. In diesem Rahmen war die zeitliche Einteilung jedoch frei. 33

Das galt auch im Hinblick auf die Urlaubsregelung. Daß die Beklagte über längere Zeiten der Abwesenheit informierte, entsprach den Notwendigkeiten der engen Zusammenarbeit. Daß sie sich mit anderen für den Kläger tätigen Personen hierbei absprechen mußte, hat die Beweisaufnahme nicht ergeben. Da sie als einzige Architektin neben dem Zeugen F für den Kläger tätig war, der zudem einen anderen Arbeitsbereich abdeckte, ist schon unklar, mit wem sie sich hätte abstimmen sollen. Die Zeugin G sowie der Zeuge H haben aber auch klargestellt, daß es insoweit keine Weisungen gab. Soweit der Zeuge F dies in Nuancen anders dargestellt hat, vermag ihm der Senat nicht zu folgen.

(3) 35

Ein Weisungsrecht des Klägers in Bezug auf den Inhalt der Arbeit der Beklagten hat es nicht gegeben. Insoweit behauptet auch die Beklagte nicht, daß der Kläger sie angewiesen habe, bestimmte Gutachtenaufträge in bestimmter Weise zu erledigen. Sofern es vor der endgültigen Fertigstellung eine Besprechung über die Arbeitsergebnisse mit dem Kläger gegeben haben sollte, wie die Beklagte im Senatstermin dargestellt hat, läßt sich daraus nicht die Ausübung eines Weisungsrechtes ableiten. 36

Der Beklagten ist zuzugestehen, daß der Kläger insoweit Einfluß auf den Inhalt ihrer Tätigkeit genommen hat, als er die jeweiligen Aufträge angeboten und damit den Arbeitsinhalt vorbestimmt hat. Der Beweisaufnahme läßt sich allerdings nicht entnehmen, daß die Beklagte die ihr angedienten Aufträge auch ausführen mußte. Wenn sie faktisch die Übernahme von Aufträgen nicht abgelehnt hat, beruhte dies darauf, daß sie an einer hohen Vergütung zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts interessiert war und deshalb auch eine möglichst große Anzahl von Gutachtenaufträgen erledigen wollte. Daß sie einmal erfolglos versucht hätte, die Übernahme eines Auftrags zu verweigern, hat sie nicht dargelegt. Zwar hat der Zeuge F die Vermutung geäußert, daß die Beklagte konkrete Aufträge nicht hätte ablehnen können, weil sie sonst, wie er sich ausdrückte, auf der Straße gestanden hätte. Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um eine subjektive Einschätzung des Zeugen, die durch Tatsachen nicht untermauert werden konnte. 37

(4) 38

Für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses kann weiterhin die Tatsache sprechen, daß der Dienstherr den Ort der Leistungserbringung festlegt und den Vertragspartner in seinen Betrieb 39

integriert. Im vorliegenden Fall rechtfertigen auch diese Kriterien nicht die Einschätzung der Beklagten als Arbeitnehmerin. 40

Das Kriterien der örtlichen Weisungsgebundenheit ist hier nur wenig geeignet, wie auch das Arbeitsgericht Düsseldorf in seinem mehrfach zitierten Beschluß ausgeführt hat. Ein wesentlicher Teil der Tätigkeit der Beklagten lag in der Wahrnehmung von Ortsterminen, wodurch der jeweilige Ort der Tätigkeit durch die Natur der Sache vorgegeben war. Soweit die Beklagte im übrigen faktisch im Büro des Klägers gearbeitet hat, daß sie in nennenswertem Umfang Ausarbeitungen zuhause vorgenommen hat, läßt sich nicht feststellen, beruht dies darauf, daß sie zum einen auf die erforderliche Computersoftware des Klägers zurückgreifen mußte, die nur im Büro des Klägers in E zur Verfügung stand, und zum anderen keine eigene Büroorganisation unterhielt. Daß es der Beklagten untersagt gewesen wäre, geeignete Teile ihrer Arbeit auch anderweitig zu erledigen, ist nicht ersichtlich. Vielmehr hat der Zeuge Q im Hinblick auf seine Person bekundet, daß er auch schon mal Gutachten nach Hause mitnehme, um sie dort zu bearbeiten. Es gibt keine 41

Anhaltspunkte dafür, daß im Hinblick auf die Beklagte eine andere Regelung getroffen worden ist.

Eine Eingliederung der Beklagten in den Betrieb des Klägers, was voraussetzt, daß der Kläger berechtigt war zu bestimmen, daß die Leistungserbringung im Zusammenwirken mit den betrieblichen Gegebenheiten zu erfolgen hatte, ist ebenfalls nicht erfolgt. Zwar hat der Kläger der Beklagten Arbeitsmaterial wie insbesondere die notwendige Computeranlage zur Verfügung gestellt und ihr ermöglicht, die weiteren Büroeinrichtungen sowie die Schreibkräfte zur Fertigstellung der zu erbringenden Gutachten zu nutzen. Das allein genügt jedoch noch nicht, um eine Eingliederung in den Betrieb zu bejahen. Die Nutzung von Arbeitsgeräten wie Kamera und Diktiergerät des Klägers ist von untergeordneter Bedeutung und für die Entscheidung ohne Relevanz. Allein die Tatsache, daß die Arbeitsleistung wesentlich in den Büroräumen des Auftraggebers erbracht wird, führt für sich allein genommen auch noch nicht zur Eingliederung des Betreffenden in den Betriebsablauf (BAG NJW 1998, 3661 betr. einen Rechtsanwalt, der für einen bestimmten Zeitraum während der normalen Dienststunden Aufgaben für eine Landesbehörde wahrnahm und dafür die Diensträume der Behörde nutzte). Anders als in dem der soeben zitierten Entscheidung zugrunde liegenden Fall bestand vorliegend auch nicht die Verpflichtung, die Arbeiten ausschließlich im Büro des Klägers zu erbringen. Soweit die Beklagte zur Arbeitserleichterung Personal des Klägers in Anspruch nahm, ohne insoweit eigene Aufwendungen zu haben, war dies Gegenstand der Vereinbarung und wirkte sich auf die Honorierung ihrer Leistung aus. 42

Gegen die Eingliederung in den Betrieb des Klägers spricht auch, daß die Beklagte eine Reihe von untergeordneten Tätigkeiten wie das Vorbereiten von Zeichnungen, das Einscannen von Texten oder Fotos etc. selbst vornahm, statt diese Arbeiten durch weniger gut bezahlte Hilfskräfte des Büros erledigen zu lassen. Letzteres wäre aber zu erwarten gewesen, wenn der Kläger sie vollinhaltlich in seinen Betriebsablauf eingebunden hätte, da so die Leistungen im Ergebnis kostengünstiger hätten erzielt werden können. 43

Eine andere Beurteilung ist auch nicht dadurch gerechtfertigt, daß die Beklagte nach außen als für das Büro des Klägers tätige Mitarbeiterin auftrat, was etwa durch entsprechende Visitenkarten dokumentiert wurde. Den Auftraggebern gegenüber war klarzustellen, daß die Arbeiten im Rahmen des dem Kläger erteilten Auftrags erbracht wurden. Das Innenverhältnis interessierte insoweit nicht, so daß keine Veranlassung bestand, hier nach außen hin zu differenzieren, wodurch gegebenenfalls eher Mißverständnisse geschaffen worden wären. 44

(5) 45

Schließlich spricht nicht für die Arbeitnehmereigenschaft der Beklagten die Tatsache, daß sie anderweitige Tätigkeit am Markt unterlassen hat, insbesondere nicht für andere Auftraggeber gearbeitet hat. Insoweit kann dahingestellt bleiben, in welchem Maße der Beklagten angesichts des tatsächlichen Umfangs ihrer Tätigkeit für den Kläger noch Zeit für andere Aufträge geblieben wäre. Von Bedeutung ist vielmehr, daß die Beklagte nicht gehindert gewesen wäre, anderweitige Aufträge anzunehmen und gegebenenfalls ihren Arbeitseinsatz für den Kläger entsprechend zu reduzieren. Für diese Bewertung spricht die Handhabung bei dem Zeugen Q, der nach seiner Aussage nur noch zu 70 % für den Kläger tätig ist und im übrigen einer anderweitigen Tätigkeit nachgeht. Soweit der Zeuge F bekundet hat, ihm wäre dies zu riskant gewesen, liegt darin zum einen lediglich eine gefühlsmäßige Einschätzung, ohne daß dem entsprechende Vereinbarungen zugrunde lagen. Zum andern könnte die Übernahme anderweitiger Aufträge dann auf den Widerspruch des Klägers gestoßen sein, wenn dies in Konkurrenz zu ihm geschehen wäre. Das Bestreben, Konkurrenz zu vermeiden, ist nachvollziehbar und unabhängig von der rechtlichen Qualität der Tätigkeit der Beklagten 46

oder des Zeugen F. Als Architektin stand der Beklagten ein weites Feld anderweitiger Leistungen offen, ohne daß sie durch Sachverständigentätigkeit ausdrücklich in den Konflikt mit den wirtschaftlichen Interessen des Klägers geriet.

b) 47

Die Beklagte ist auch nicht als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen. Nach § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG gilt als Arbeitnehmer eine Person, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen ist. An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit tritt dabei das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Hinzutreten muß nach der Rechtsprechung noch, daß der wirtschaftlich Abhängige seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzwürdig ist (BGH NJW 1999, 218, 220). 48

Wirtschaftliche Abhängigkeit in diesem Sinne liegt dann vor, wenn die betroffene Person neben dem Verdienst aus der Tätigkeit für den Vertragspartner über keine anderweitigen Einkünfte verfügt und diese Einkünfte deshalb seine alleinige Existenzgrundlage darstellen. Dies hat der BGH in der angesprochenen Entscheidung NJW 1999, 218, 220 für den Fall bejaht, daß der nach der Vertragsgestaltung als Franchise-Nehmer angesehene Vertragspartner aufgrund der Gestaltung des Vertragsverhältnisses weder rechtlich noch praktisch andere Einnahmen erzielen konnte und deshalb von dem Vertragspartner wirtschaftlich abhängig war. Der Senat hat bereits Zweifel, ob diese Voraussetzungen für die Beklagte zutrafen. Insoweit wird auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen, wo insbesondere erläutert worden ist, daß der Beklagten die Übernahme anderer Aufträge nicht verwehrt war. 49

Entscheidend ist jedoch, daß die Beklagte nicht wie ein Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig war. Insoweit ist zum einen darauf abzustellen, ob die Stellung des Betroffenen der eines Arbeitnehmers ähnlich war, insbesondere, ob er die Vertragsleistung persönlich zu erbringen hatte, Vorgaben in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht durch den Vertragspartner ausgesetzt und in die betriebliche Organisation eingebunden war. Zum anderen wird vom BGH auch auf die Höhe der Vergütung abgestellt und für bedeutsam gehalten, ob diese auch durch einen höheren Arbeitseinsatz nicht wesentlich gesteigert werden kann (BGH NJW 1999, 218, 221). 50

Unter Berücksichtigung dieser Kriterien fehlt es vorliegend an der sozialen Schutzbedürftigkeit der Beklagten. Die Beklagte war in weit größerem Maße bei der Bearbeitung der ihr übertragenen Fälle unabhängig als ein Arbeitnehmer. Insbesondere war sie Weisungen in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht nicht ausgesetzt. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen. 51

Zudem erhielt sie Vergütungen, die monatlich 10.000,00 DM und später 12.000,00 DM überstiegen. Auch wenn die Beklagte hiervon die gesetzlichen Steuern zu entrichten hatte, standen ihr ganz erhebliche Beträge zur Verfügung, die ein durchschnittliches Arbeitnehmereinkommen deutlich überstiegen. Bei einem noch größeren Arbeitseinsatz, der die übliche Arbeitszeit von Arbeitnehmern eventuell überschritten hätte, hätte die Beklagte auch die Möglichkeit gehabt, etwa für andere Auftraggeber Architektenleistungen zu erbringen und damit ihre Einkünfte noch zu steigern. Die Voraussetzungen, unter denen eine Gleichstellung mit einem Arbeitnehmer aus sozialen Gründen nach § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG vorzunehmen ist, liegen im Hinblick auf die Beklagte somit nicht vor. 52

II. 53

54

Auch in der Sache bleibt die Berufung ohne Erfolg. Das Landgericht hat dem Kläger zu Recht einen Anspruch auf Rückzahlung zu Unrecht geleisteter Vorauszahlungen in Höhe von 57.116,92 DM für die Zeit von 1991 bis 1996 zuerkannt. Auch nach dem Ergebnis des Berufungsverfahrens steht dem Kläger dieser Anspruch zu.

1. 55

Nach der vertraglichen Vereinbarung leistete der Kläger an die Beklagte Vorauszahlungen auf deren Vergütungsanspruch. Dabei handelte es sich um Zahlungen auf eine noch abzurechnende Forderung mit der Folge, daß für den Fall, daß die Summe der Vorauszahlungen die der Beklagten zustehende Gesamtvergütung übersteigt, diese aufgrund einer stillschweigend getroffenen Abrede zur Zahlung in Höhe des Überschusses verpflichtet ist (vgl. BGH NJW 1999, 1867, 1869 für den Fall eines Bauvertrages). Dabei kann offenbleiben, ob die Beklagte aufgrund von Werkverträgen oder aufgrund eines Dienstvertrages für den Kläger tätig geworden ist, da sich diese Rechtsfolge in beiden Fällen ergibt. 56

Nach dem Ergebnis auch des Berufungsverfahrens sollte die Beklagte allein objektbezogen vergütet werden. Das bedeutet, daß sie einen Vergütungsanspruch lediglich für die Aufwendungen hatte, die mit ihr übertragenen Gutachten in Verbindung standen. Soweit sie Zeit für anderweitige Tätigkeiten, etwa Telefonate mit Kunden etc. aufwandte, die nicht im Zusammenhang mit den ihr übertragenen Aufträgen standen, waren diese Leistungen vereinbarungsgemäß nicht zu vergüten. Dem Senat leuchtet schon nicht ein, daß die Beklagte nicht objektbezogene Arbeiten in dem Umfang geleistet hat, wie er sich aus der vorgelegten Stundenaufstellung ergibt. Unabhängig davon hat der Zeuge F zwar bestätigt, daß es Telefonate etc. mit Kunden gegeben habe, die nicht objektbezogen gewesen seien. Er selbst habe diese nicht abgerechnet, weil eine Vereinbarung mit dem Kläger bestanden habe, daß diese Tätigkeiten nicht abzurechnen waren. Daß die Beklagte insoweit eine andere Vergütungsvereinbarung mit dem Kläger getroffen hat als der Zeuge F, hat sie nicht dargelegt. Sofern Leistungen unentgeltlich im Hinblick auf eine eventuelle künftige Teilhaberschaft erbracht worden sind, kann die Beklagte nicht nachträglich eine Vergütung fordern, wenn es zu dieser Teilhaberschaft nicht gekommen ist. Insbesondere besteht auch kein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2 BGB, da nicht zu erkennen ist, daß in der angesprochenen Teilhaberschaft ein mit der Leistung bezweckter Erfolg im Sinne dieser Vorschrift lag. 57

Daß eine objektbezogene Leistung zwischen den Parteien vereinbart war, ergibt sich auch daraus, daß die Beklagte über viele Jahre hinweg allein diese Stunden in Rechnung gestellt hat. Soweit sie nun behauptet, der Kläger habe entsprechende Rechnungen verlangt, um diese als Grundlage für seine Abrechnung mit den Auftraggebern zu verwenden, kann das den Senat nicht überzeugen. Der für die Abrechnung mit den Auftraggebern maßgebliche Aufwand der Beklagten hätte auch durch Stundenaufstellungen dargelegt werden können. Gegen die Darstellung der Beklagten spricht auch, daß der Kläger zum Teil Rechnungen der Beklagten korrigiert und Beträge gekürzt hat, was nur bei einer maßgeblichen Abrechnung zwischen den Parteien verständlich ist. Diese Kürzungen hat das Landgericht in seinem Urteil berücksichtigt, ohne daß die Beklagte dies mit der Berufung angegriffen hätte. 58

Im Berufungsverfahren unstreitig übersteigen die Vorauszahlungen den berechtigten objektbezogenen Vergütungsanspruch der Beklagten um 57.116,42 DM. Insoweit kann der Kläger Rückforderung verlangen. 59

2. 60

Die für den Umfang ihres Vergütungsanspruches darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (BGH NJW 1999, 1867, 1870 für einen Werkvertrag) hat nicht beweisen können, daß ihr vereinbarungsgemäß weitere Vergütungsansprüche zustehen. Soweit sie im Senatstermin erklärt hat, zu den Vorauszahlungen habe eine Pauschale für Kilometergeld von ca. 2.000,00 DM monatlich hinzukommen sollen, kann der Senat eine solche Zusage des Klägers nicht feststellen. Der von ihr benannte Zeuge F hat die Darstellung nicht bestätigt. Vielmehr hat er, bezogen auf seine eigene Situation, hinsichtlich der nicht objektbezogenen Leistungen bekundet, daß diese ausdrücklich nicht vergütet werden sollten. 61

Ein zusätzlicher Vergütungsanspruch steht der Beklagten auch nicht aus §§ 612 Abs. 2 oder 632 Abs. 2 BGB zu. Soweit die Parteien ausdrücklich eine anderweitige Regelung getroffen haben, besteht für die Anwendung dieser Vorschriften kein Raum. Im Hinblick auf die Fahrtkosten von der Wohnung zum Büro sowie die Vergütung der dafür aufgewandten Zeit, bezüglich derer ebenfalls keine Vereinbarung zugunsten der Beklagten festgestellt werden kann, läßt sich eine Vergütungspflicht des Klägers auch nicht als üblich feststellen. Zwar ist es grundsätzlich üblich, daß Sachverständige ihren Auftraggebern nicht nur die reine Arbeitszeit, sondern auch Fahrtzeiten etc. in Rechnung stellen und vergütet erhalten. Entsprechend hat der Kläger auch die Fahraufwendungen der Beklagten erstattet, die diese etwa zur Durchführung von Ortsterminen hatte. Die Kosten für Fahrten von der Wohnung zum Büro des Klägers fallen jedoch nicht darunter. Insoweit ist zu berücksichtigen, daß die auf Dauer angelegte Zusammenarbeit zwischen den Parteien den regelmäßigen Aufenthalt im Büro des Klägers erforderte. Wenn aber der Schwerpunkt der Tätigkeit im Büro des Klägers in E lag und die Beklagte von dort aus im wesentlichen ihrer Gutachtertätigkeit nachging, hätte die Vergütung der Fahrten vom Wohnsitz aus dorthin gesondert vereinbart werden müssen. Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien unterscheidet sich insoweit von der Rechtsbeziehung zwischen einem Sachverständigen und dessen Hauptauftraggeber, der regelmäßig auch Fahrtkosten vergütet, die vom Sitz des Sachverständigen aus anfallen. Dies hat die Beklagte ursprünglich nicht anders gesehen, da sonst nicht plausibel zu erklären ist, daß sie diese Fahrtkosten und den entsprechenden Zeitaufwand dem Kläger nicht in Rechnung gestellt hat. Allein mit der Rücksichtnahme auf eine eventuell in Aussicht gestellte Teilhaberschaft läßt sich das nicht hinreichend begründen. 62

3. 63

Der Anspruch des Klägers ist auch nicht zum Teil verwirkt. Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob der Ausgleichsanspruch grundsätzlich auch noch für Zeiten geltend gemacht werden kann, die fünf oder sechs Jahre zurückliegen. Dies bedarf hier keiner Entscheidung, da die Beklagte keinen Anlaß hatte, auf die Endgültigkeit der Zahlungen des Klägers zu vertrauen. Spätestens im Juni 1995 hat der Kläger der Beklagten deutlich gemacht, daß die Vorauszahlungen die berechnete Vergütung erheblich überschritten hatten und insoweit eine Rückzahlung vorzunehmen sei. Wie die Zeugin G glaubhaft bekundet hat, ist bei dieser Gelegenheit mit der Beklagten vereinbart worden, die Überzahlungen in monatlichen Raten von 1.000,00 DM zurückzuführen. Für die Richtigkeit dieser Aussage spricht, daß tatsächlich in den folgenden Monaten die an die Beklagte geleisteten Vorauszahlungen jeweils um 1.000,00 DM gekürzt worden sind. Daß dies bei einem seinerzeit noch intakten Vertragsverhältnis ohne Rücksprache mit der Beklagten geschehen sein sollte, erscheint fernliegend. 64

Die Beklagte hat somit den Rückzahlungsanspruch des Klägers dem Grunde nach anerkannt, so daß es ihr nunmehr verwehrt ist, sich mit Erfolg auf Verwirkung zu berufen. 65

III. 66

Dem Kläger steht somit der vom Landgericht zuerkannte Rückzahlungsanspruch nebst den mit der Berufung nicht angegriffenen Zinsen zu. Die Berufung bleibt erfolglos.	67
Die Kostenentscheidung ergeht nach § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	68
Das Urteil beschwert die Beklagte in Höhe von 57.116,42 DM.	69
