

**Auch Ähnliche dürfen nicht gemäßregelt werden, aber...**

Arbeitgebern ist es nicht gestattet, Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen zu maßregeln (z.B. eine Kündigung auszusprechen, weil ihnen zustehende Ansprüche durchgesetzt werden sollen). Doch handelt es sich bei den Arbeitnehmerähnlichen nicht um eine Maßregelung, wenn ein Auftraggeber (hier eine Rundfunkanstalt) einen Mitarbeiter (hier eine Journalistin) deswegen aus dem Vertrag entlassen will, weil er befürchtet, dass er künftig weitere Ausgleichsansprüche zu erfüllen hat, wie sie gerichtlich bereits für die Vergangenheit wegen zu geringer Auslastung geltend gemacht wurden.

Quelle: Wolfgang Büser

**Zulässigkeit einer Feststellungsklage hinsichtlich des Fortbestehens eines "arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses" ; Wirksame Beendigung eines arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnisses ; Anwendbarkeit des für Arbeitsverhältnisse geltenden Maßregelungsverbots auf die Beendigungsmitteilung des Auftraggebers gegenüber einer arbeitnehmerähnlichen Person ; Rechtmäßigkeit einer Beendigung des Rechtsverhältnisses einer arbeitnehmerähnlichen Person bei lediglicher Geltendmachung der dieser Person zustehenden Ansprüche ; Sittenwidrigkeit der Kündigung des Vertragsverhältnisses gegenüber einem selbstständigen, aber wirtschaftlich abhängigen Vertragspartner ; Folgen eines Eintritts der Sanktion auf Grund des Beharrens auf eine vertragliche Rechtsposition ; Darlegungslast und Beweislast für die die Sittenwidrigkeit begründender Tatsachen ; Zulässigkeit der Einordnung einer Beendigung des Vertragsverhältnisses zur Verhinderung künftig entstehender Ausgleichsansprüche als eine rechtlich zu missbilligende Maßregelung ; Möglichkeit der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers zwecks Ausschluss von künftigen Annahmeverzugsansprüchen wegen mangelnder Beschäftigungsmöglichkeit**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 14.12.2004

**Aktenzeichen:** 9 AZR 23/04

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2004, 29583

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG München - 12.02.2003 - 26 Ca 15660/01

LAG München - 10.12.2003 - AZ: 9 Sa 178/03

**Rechtsgrundlagen:**

§ 612a BGB

§ 134 BGB

§ 138 BGB

§ 12a TVG

§ 242 BGB

**Fundstellen:**

BAGE 113, 129 - 135

ArbRB 2005, 263-264 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuR 2005, 235 (Volltext mit amtl. LS)

AUR 2005, 235 (Volltext mit amtl. LS)

BAGReport 2005, 173-174

BB 2005, 1688 (amtl. Leitsatz)

DB 2005, XI Heft 16 (amtl. Leitsatz)

EBE/BAG 2005, 76-78

EzA-SD 9/2005, 8-9

FA 2005, 215-216 (amtl. Leitsatz)

MDR 2005, 877 (Volltext mit amtl. LS)

NJW 2005, X Heft 20 (Kurzinformation)

NZA 2005, 637-639

SAE 2005, 257

schnellbrief 2005, 7

---

**BAG, 14.12.2004 - 9 AZR 23/04****Amtlicher Leitsatz:**

Das für Arbeitsverhältnisse geltende Maßregelungsverbot ist auf die Beendigungsmitteilung des Auftraggebers gegenüber einer arbeitnehmerähnlichen Person nicht anwendbar. Die Beendigung des Rechtsverhältnisses einer arbeitnehmerähnlichen Person allein deswegen, weil sie ihr zustehende Ansprüche geltend macht, ist sittenwidrig ( § 138 BGB ).

**Tenor:**

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 10. Dezember 2003 - 9 Sa 178/03 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

**Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte das zwischen ihm und der Klägerin bestehende arbeitnehmerähnliche Rechtsverhältnis wirksam beendet hat.
- 2 Die Klägerin war bei dem Beklagten seit dem Jahre 1985 im Rahmen einer arbeitnehmerähnlichen Tätigkeit beschäftigt. Die Rechtsverhältnisse der arbeitnehmerähnlichen Personen sind beim Beklagten durch den "Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen" vom 25. Mai/3. Juni 1992 geregelt (künftig: Tarifvertrag). Tarifpartner ist auf Arbeitgeberseite der Beklagte, auf

Arbeitnehmerseite ua. der Bayerische Journalistenverband, dem die Klägerin angehört. Nach dem Tarifvertrag entsteht unter näher geregelten Voraussetzungen ein "arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis" (Ziff. 4.1.1 und 4.1.2). Die Beendigung der freien Mitarbeit durch den Beklagten ist in Ziff. 4.2.1 wie folgt geregelt:

- 3 *"Beabsichtigt der BR die Beendigung der Tätigkeit der Mitarbeiterin/des Mitarbeiters, so hat er ihr/ihm dies, sofern die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter schon mindestens einmal innerhalb der letzten abgerechneten 3 Kalenderjahre einen berechtigten Urlaubsanspruch gegen ihn geltend gemacht hat, durch die Honorarabteilung mindestens 2 Monate vorher schriftlich anzukündigen. Für jeden über einmalig 6 Monate hinausgehenden einjährigen Zeitraum ihrer/seiner Tätigkeit verlängert sich die Frist um einen Monat, bei mehr als 10-jähriger Tätigkeit für den BR auf höchstens 15 Monate. ..."*
- 4 Innerhalb dieser Fristen hat der Mitarbeiter nach Ziff. 4.2.2 Anspruch auf Fortzahlung seines Entgelts in der dort näher bestimmten Höhe. Erhält der Mitarbeiter keine Beendigungsmitteilung, bestehen Ausgleichsansprüche, die sich nach der Höhe des Durchschnittseinkommens des Mitarbeiters berechnen (Ziff. 4.3).
- 5 Die Klägerin wurde im Jahre 1997 Mutter eines Kindes. Anschließend stand sie dem Beklagten lediglich geringfügig für die Redaktion "Land und Leute" zur Verfügung. Ab Oktober 1998 wollte die Klägerin ihre Tätigkeit wieder ausweiten und wie vor der Geburt des Kindes für die Redaktion ARTE Beiträge liefern. Dazu kam es nicht in dem von ihr gewünschten Ausmaß. In diesem Zusammenhang schrieb ihr der Leiter der Zentralen Programmplanung des Beklagten am 3. Februar 2000 ua.:
- 6 *"...*
- Ich möchte Ihnen heute folgende Vorschläge für eine mögliche weitere Mitarbeit Ihrerseits im Bayerischen Fernsehen unterbreiten. ...*
- 1.*  
*Im Bereich des PB Wissenschaft und Bildung wird Ihnen, vorbehaltlich der Fortführung des BR-Auftrages im jetzigen Umfang, ermöglicht, jährlich fünf bis sieben Beiträge für das ARTE-Wissenschaftsmagazin 'Archimedes' zu produzieren. In Abstimmung mit der Redaktion sollten Sie sich dort auch mit Themenvorschlägen einbringen.*
- 2.*  
*Ebenfalls im Bereich des PB Wissenschaft und Bildung wird Ihnen die Produktion von jährlich einer Wissenschaftsdokumentation ermöglicht, die in Zusammenarbeit von ARTE mit dem Programmbereich Wissenschaft und Bildung entsteht. Auch hier sind Ihre Themenvorschläge willkommen.*
- 3.*  
*Ihre Mitarbeit in der Redaktion ARTE bei der Moderation des 'EbS'-Magazins wird wie bisher fortgeführt.*
- Selbstverständlich verhindern diese Vorschläge nicht, dass Sie sich Ihrerseits im Bereich des Fernsehens um weitere Aufträge bemühen. Mit diesen Vorschlägen soll lediglich ein Volumen anvisiert werden, dass im Rahmen der Verpflichtungen liegt, die Sie dem BR gegenüber erworben haben.*
- ..."*
- 7 In der Folgezeit blieben die Einnahmen der Klägerin unter dem Durchschnittseinkommen iSv. Ziff. 4.3 des Tarifvertrags. Sie machte deshalb nach vergeblicher vorgerichtlicher Korrespondenz mit

Klage vom 24. April 2001 vor dem Arbeitsgericht den tariflichen Ausgleichsanspruch geltend. Von den eingeklagten 132.948,26 DM wurden ihr rechtskräftig 84.809,01 DM zuerkannt (*LAG München 4. Dezember 2002 - 9 Sa 174/02 -*).

- 8 Im Verlauf des Rechtsstreits teilte der Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 13. September 2001, ihr zugegangen am 27. September 2001 mit, hiermit beende er ein etwa bestehendes arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis zum 31. März 2002, vorsorglich zum tariflich nächstmöglichen Termin.
- 9 Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beendigungsmitteilung habe ihr Rechtsverhältnis nicht beendet. Der Beklagte habe sie unzulässig dafür gemaßregelt, dass sie ihren Ausgleichsanspruch gerichtlich verfolgt habe. Der Leiter der Zentralen Programmplanung habe ihr schon im Dezember 2000 mitgeteilt, sie müsse mit einer "Änderungskündigung" rechnen, wenn sie weiterhin auf Ausgleichsansprüchen für die Jahre 1998 und 1999 bestehe. In diesem Sinne habe sich auch der stellvertretende Justitiar des Beklagten im Vorverfahren in der Güteverhandlung vor dem Arbeitsgericht am 21. Mai 2001 geäußert. Entweder werde eine Ausgleichszahlung von 40.000,00 DM bis 50.000,00 DM geleistet und für die Klägerin bestehe eine weitere Zukunft beim Beklagten mit geringerem Beschäftigungsvolumen, oder es müsse auf eine weitere Mitarbeit der Klägerin verzichtet werden. Die Klägerin müsse sich entscheiden, ob sie eine Perspektive beim Beklagten haben oder Kasse machen wolle. "Ausgleichszahlungen in der für die Vergangenheit geltend gemachten Höhe" werde der Beklagte nicht hinnehmen. Die Beendigungsmitteilung sei schließlich erfolgt, nachdem sie mit Schriftsatz vom 30. August 2001 klar gemacht habe, dass ein Vergleich ausscheide. Dem entspreche, dass der Beklagte im hier anhängigen Verfahren mit Schriftsatz vom 14. Februar 2002 vorgetragen habe, man habe sich wegen unzureichender Beschäftigungsmöglichkeiten und zur Vermeidung künftiger erheblicher Ausgleichszahlungen trennen wollen. Zur Untermauerung ihres Vorbringens hat die Klägerin ein Schreiben der Justitiarin des Bayerischen Journalistenverbandes vorgelegt. Diese führt dort aus, es sei ihr bekannt, dass gegenüber einzelnen Mitarbeitern der Eindruck erweckt worden sei, tarifliche Ausgleichszahlungen gebe es nur einmal; bei Geltendmachung weitergehender Ansprüche sei eine Zukunft beim Beklagten praktisch ausgeschlossen.
- 10 Die Klägerin hat sinngemäß zuletzt beantragt
- 11 festzustellen, dass das Dienstverhältnis der Klägerin, weder durch die schriftliche Kündigung des Beklagten vom 13. September 2001 noch durch andere Beendigungstatbestände aufgelöst worden ist und über den 31. Dezember 2002 hinaus fortbesteht.
- 12 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.
- 13 Er hat behauptet, die Klägerin sei nicht mehr in dem Umfang einsetzbar gewesen, wie ihr Entgeltansprüche aus dem Tarifvertrag zugestanden hätten. Er habe deshalb zunächst eine "Änderungskündigung" beabsichtigt. Wegen der schon im Termin zur Güteverhandlung des Vorverfahrens deutlich gewordenen finanziellen Risiken sei dann beschlossen worden, die Mitarbeit der Klägerin zu beenden. Tragender Grund sei es gewesen, künftige Ausgleichszahlungen zu vermeiden.
- 14 Nachdem das Arbeitsgericht der Klage lediglich hinsichtlich der tarifvertraglichen Beendigungsfristen stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen hatte, hat allein die Klägerin dagegen Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter, soweit sie erstinstanzlich unterlegen ist.

### **Entscheidungsgründe**

- 15 Die Revision ist unbegründet. Die Klage ist zwar zulässig, aber unbegründet.
- 16 **A.**

Die Klage ist zulässig.

- 17** Die Klägerin verlangt die Feststellung, dass ihr tarifvertraglich begründetes "arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis" zum Beklagten fortbesteht. Obwohl im Antrag punktuelle Daten der Beendigung des "Dienstverhältnisses" und die "Kündigung" genannt werden, will die Klägerin festgestellt wissen, dass ihr Dauerrechtsverhältnis als arbeitnehmerähnliche Person iSd. Tarifvertrags trotz der Beendigungsmitteilung über den 31. Dezember 2002 hinaus fortbesteht.
- 18** In dieser Auslegung ist die Klage als allgemeine Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) zulässig. Der Beklagte geht von einer Beendigung des tariflichen Rechtsverhältnisses auf Grund der Beendigungsmitteilung aus. Die Klägerin hat daher ein berechtigtes Interesse an der Feststellung des von ihr behaupteten Fortbestands dieses Rechtsverhältnisses.
- 19** **B.**
- Die Klage ist unbegründet. Das arbeitnehmerähnliche Rechtsverhältnis der Parteien besteht nicht über den 31. Dezember 2002 fort.
- 20** **I.**
- Die Klägerin kann sich für die geltend gemachte Unwirksamkeit nicht auf einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot stützen (§ 612a BGB iVm. § 134 BGB). Dieses Verbot gilt nur für Arbeitnehmer. Die Klägerin ist arbeitnehmerähnliche Person und keine Arbeitnehmerin. Die von der Revision im Hinblick auf die Nichtanwendung des § 612a BGB durch das Landesarbeitsgericht erhobene Aufklärungsrüge greift schon deshalb nicht durch.
- 21** **II.**
- Die Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien durch den Beklagten ist auch nicht aus anderen Rechtsgründen unwirksam.
- 22** **1.**
- Die Benachteiligung einer arbeitnehmerähnlichen Person deswegen, weil sie einen ihr zustehenden Anspruch geltend macht, ist rechtswidrig. Für diese Rechtsfolge bedarf es keiner analogen Anwendung des § 612a BGB iVm. § 134 BGB. Sie ergibt sich schon aus § 138 BGB.
- 23** Das Bundesarbeitsgericht beurteilt die Kündigung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber als sittenwidrig, wenn sie auf einem verwerflichen Motiv des Kündigenden beruht. Das gilt insbesondere, wenn sie aus Rachsucht erfolgt oder wenn sie aus anderen Gründen dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht (16. Februar 1989 - 2 AZR 347/88 - BAGE 61, 151). Es hat angenommen, dazu gehöre auch der Fall der Vergeltung für die Wahrnehmung berechtigter Interessen, insbesondere für die Geltendmachung von - vermeintlichen - Rechtsansprüchen (23. November 1961 - 2 AZR 301/61 - BAGE 12, 60). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die Kündigung des Vertragsverhältnisses gegenüber einem selbständigen, aber wirtschaftlich abhängigen Vertragspartner sittenwidrig ist, wenn sie eine Sanktion für das Beharren auf vertraglichen Rechtspositionen ist (vgl. 26. Februar 1970 - KZR 17/68 - AP BGB § 138 Nr. 28). Auf arbeitnehmerähnliche Personen (§ 12a TVG) sind diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze anzuwenden.
- 24** Daran hat die Einfügung des speziell für Arbeitsverhältnisse geltenden § 612a BGB durch Art. 1 des Gesetzes vom 13. August 1980 (BGBl. I S. 1308), mit dem die Grundsätze der Sittenwidrigkeit konkretisiert werden (ErfK/Preis 5. Aufl. § 612a BGB Rn. 2), nichts geändert. Sie erfolgte zur Umsetzung der EG-Lohngleichrichtlinie und der Gleichbehandlungsrichtlinie (Kittner/Däubler/Zwanziger-Däubler KSchR 6. Aufl. § 612a BGB Rn. 2) und ist ausschließlich auf Arbeitnehmer bezogen.

- 25** 2.  
Die Beendigungsmitteilung des Beklagten ist nicht sittenwidrig.
- 26** a)  
Das Landesarbeitsgericht hat das Vorbringen der Klägerin als nicht schlüssig beurteilt. Sie habe, wie bereits das Arbeitsgericht im Rahmen seiner Prüfung nach § 612a BGB erkannt habe, keine Tatsachen dargelegt, die darauf schließen ließen, tragender Beweggrund für die Beendigung sei eine unzulässige Maßregelung gewesen.
- 27** b)  
Gegen diese Würdigung wendet sich die Klägerin ohne Erfolg.
- 28** aa)  
Der Auftraggeber kann das Vertragsverhältnis einer arbeitnehmerähnlichen Person aus allen ihm als richtig erscheinenden Gründen beenden. Ausgeschlossen sind lediglich sittenwidrige Motive wie die Vergeltung für die Geltendmachung von Ansprüchen. Dagegen reicht es nicht, wenn die Geltendmachung von Ansprüchen lediglich zum Anlass für die Beendigung genommen wird (so für § 612a BGB BAG 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2 mwN) . Die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergeben soll, trägt derjenige, der sich darauf beruft (BAG 25. März 2004 - 2 AZR 153/03 - EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 3) .
- 29** bb)  
Das Vorbringen der Klägerin lässt den Schluss auf eine als sittenwidrig zu missbilligende Motivation des Beklagten nicht zu.
- 30** (1)  
Die Verhinderung künftig entstehender Ausgleichsansprüche ist keine rechtlich zu missbilligende Maßregelung. Der Beklagte ist - entgegen der Revision - berechtigt, ebenso von seinem Beendigungsrecht Gebrauch zu machen, um Ausgleichsansprüche zu verhindern, wie ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer betriebsbedingt kündigen darf, um künftig Annahmeverzugsansprüche wegen mangelnder Beschäftigungsmöglichkeit ( § 615 BGB ) auszuschließen. In derartigen Fällen ist nicht die Geltendmachung von Ansprüchen der maßgebliche Beendigungsgrund, sondern deren mögliche Entstehung.
- 31** (2)  
Dass hier ein anderer Beendigungsgrund vorliegen könnte, ist den von der Klägerin dargelegten Tatsachen nicht zu entnehmen.
- 32** Sowohl die von ihr behauptete Äußerung des Leiters der Zentralen Programmplanung als auch die des stellvertretenden Justitiars sprechen für den Beweggrund, das Entstehen künftiger Ausgleichsansprüche zu verhindern. In diesem Sinn ist auch der Hinweis auf eine zunächst ins Auge gefasste "Änderungskündigung" zu verstehen, mit der eine Herabsetzung der Einkünfte entsprechend dem Umfang der tatsächlichen Heranziehung erreicht worden sollte. Dem entspricht die Äußerung des stellvertretenden Justitiars auf Ausgleichszahlungen "in der für die Vergangenheit geltend gemachten Höhe". Das verkennt die Klägerin, wenn sie die Äußerung fälschlich auf die "Vergangenheit" bezieht. Denn der von der Klägerin herangezogene Schriftsatz des Beklagten vom 14. Februar 2002 im vorliegenden Verfahren befasst sich ausschließlich mit künftig entstehenden

Ansprüchen.

- 33** Auch die zeitliche Nähe des Zugangs der Beendigungsmitteilung zur abschließenden Stellungnahme der Klägerin vom 30. August 2001 vor dem Arbeitsgericht im Vorverfahren lässt entgegen der Ansicht der Revision keinen anderen Schluss zu.
- 34** Die Behauptung der Klägerin, in vergleichbaren Fällen seien auch andere Personen mit der Androhung von Maßregelungen eingeschüchtert worden, ist unsubstantiiert. Das gilt auch vor dem Hintergrund des vorgelegten Schreibens der Justitiarin des Bayerischen Journalistenverbandes.
- 35** 3.
- Der Beklagte hat mit seinem Schreiben vom 3. Februar 2000 weder auf sein Recht verzichtet, die Vertragsbeziehungen zur Klägerin zu beenden, noch hat er sich mit der Beendigung im Hinblick darauf treuwidrig zu früherem Verhalten in Widerspruch gesetzt.
- 36** a)
- Die gebotene Auslegung des Schreibens, die der Senat selbst vornehmen kann ( vgl. Senat 14. Oktober 2003 - 9 AZR 636/02 - AP TzBfG § 8 Nr. 6 = EzA TzBfG § 8 Nr. 6) ergibt, dass der Beklagte sich nicht binden wollte, das Rechtsverhältnis unter Ausschluss von Beendigungsmitteilungen fortzusetzen. Der Beklagte unterbreitet dort lediglich seine Vorstellungen über eine mögliche Gestaltung der weiteren Tätigkeit der Klägerin. Eine spätere Beendigung des Dauerrechtsverhältnisses wird weder angesprochen noch ausgeschlossen.
- 37** b)
- Angesichts dieses Inhalts des Schreibens hatte die Klägerin auch keinen Grund, auf eine weitere langjährige Zusammenarbeit mit dem Beklagten zu vertrauen. Der zeitliche Abstand zwischen dem Schreiben und der Beendigungsmitteilung von mehr als eineinhalb Jahren spricht gegen das von der Revision geltend gemachte widersprüchliche Verhalten des Beklagten ( § 242 BGB ).
- 38** C.
- Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO .
- 39** Düwell  
Reinecke  
Zwanziger  
Jungermann  
Furche

---

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.