

## Vorwort

Ein „Lernbuch“ möchte vorrangig Studierende der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, aber auch Rechtsreferendare gezielt auf Examens- und Prüfungsarbeiten im Arbeitsrecht vorbereiten. Der Schwerpunkt dieses Buchs liegt daher auf der Darstellung des wirklich klausurrelevanten Bereichs (Rechte und Pflichten aus Arbeitsvertrag, Fragen des Kündigungsschutzes, Arbeitsgerichtsverfahren). Diese unverzichtbaren Kenntnisse werden so in den Anspruchsaufbau integriert, dass die Anwendung des Wissens in der Prüfungsarbeit an der richtigen Stelle auch wirklich gelingen sollte. Besonders die Lernhilfen in Gestalt von Beispielen, Prüfungsschemata, Musterklausuren und Kontrollfragen geben Anreize zur aktiven Mitarbeit bei der Aneignung des arbeitsrechtlichen Grundwissens. Die Veränderungen durch die BGB-Reform 2002 sind dabei komplett eingearbeitet und nicht nur „am Rande“ erwähnt.

### **Wichtig**

Die Volltext-Lösungen der Musterfälle können abgerufen werden unter [www.jura.uni-tuebingen.de/reichold](http://www.jura.uni-tuebingen.de/reichold).

§

Arbeitsrecht ist aber nicht nur Prüfungsstoff, sondern auch ein höchst dynamisches Recht in Wirtschaft und Gesellschaft, das sich von Legislaturperiode zu Legislaturperiode rasch ändern kann. Der „Kampf ums richtige Recht“ wird in diesem Buch an der einen oder anderen Stelle deutlich. (Auch) Deshalb kann es dem Praktiker des Arbeitsrechts in Anwaltschaft, Unternehmen und Verbänden eine Hilfe sein, weil es Orientierung bietet und Stellung bezieht. Die aktuellen Fragestellungen im Kollektiven Arbeitsrecht, aber auch im Entgelt- und Befristungsbereich werden im Überblick verständlich erklärt und in den rechtsdogmatisch richtigen Kontext gestellt. Das erleichtert gerade in den Fragen des Arbeitnehmerbegriffs, der Inhaltskontrolle, der Arbeitnehmerhaftung, des Kündigungsschutzes oder des Tarifwechsels das Verständnis für die Diskussion und die Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung.

Dieses Buch ist zum Teil in Ingolstadt, zum Teil in Tübingen entstanden. Neben vielen anderen Mitarbeitern danke ich für ihre Mühe stellvertretend Julia und Gereon Backmann, Wolfgang Denkhaus und Hans-Martin Hänsch (Ingolstadt), Doris Heldele, Martin Heinrich, Johannes Ady, Stefan Biehl und Elmar Giesing (Tübingen), die alle mit Ideen- und Tatkraft das Projekt zu einem guten Ende gebracht haben.

## Erster Teil. Grundstrukturen

### § 1. Einleitung.

#### Das Arbeitsrecht in der Rechts- und Wirtschaftsordnung

**Literatur:** *Adomeit*, Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht, NJW 1996, 1710; *Badura*, Arbeitsrecht und Verfassungsrecht, RdA 1999, 8; *Biedenkopf*, Die Wiederentdeckung des Privatrechts, FS Coing II, 1982, S. 21; *Däubler*, Arbeitsrecht und Politik, RdA 1999, 18; *Franz/Rüthers*, Arbeitsrecht und Ökonomie, RdA 1999, 32; *Gamillscheg*, Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts – Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und BGB, AcP 176 (1976), 197; *Gast*, Arbeitsrecht und herrschaftsfreie Sozialordnung, BB 1990, 1637; *Hanau*, Reformbedarf im Arbeitsvertragsrecht, ZRP 1996, 349; *ders.*, Die Zukunft des Arbeitsrechts, RdA 1999, 159; *Hromadka*, Zukunft des Arbeitsrechts, NZA 1998, 1; *Kraft*, Arbeitsrecht in einer sozialen Marktwirtschaft, ZfA 1995, 419; *Löwisch*, Arbeitsrecht und wirtschaftlicher Wandel, RdA 1999, 69; *Martens*, Die Einheit des Privatrechts und das Arbeitsrecht, JuS 1987, 337; *Preis*, Der persönliche Anwendungsbereich der Sonderprivatrechte, ZHR 158 (1994), 567; *ders.*, Perspektiven der Arbeitsrechtswissenschaft, RdA 1995, 333;

*Richardi*, Die rechtliche Ordnung der Arbeitswelt, JA 1986, 289; *ders.*, Der Arbeitsvertrag im Zivilrechtssystem, ZfA 1988, 221; *ders.*, MünchArbR §§ 1–7; *Rüthers*, 35 Jahre Arbeitsrecht in Deutschland, RdA 1995, 326; *Zöllner*, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176 (1976), 221; *ders.*, Der kritische Weg des Arbeitsrechts zwischen Privatkapitalismus und Sozialstaat, NJW 1990, 1; *ders.*, Arbeitsrecht und Marktwirtschaft, ZfA 1994, 423; *Zöllner/Loritz*, §§ 1–3.

#### I. Arbeitsrecht als Recht der fremdbestimmten Arbeit

- 1 Arbeitsrecht ist nicht das Recht jeglicher menschlicher Arbeit, sondern nur ein Ausschnitt daraus: das Recht der fremdbestimmten Arbeit auf privatrechtlicher Basis. Wer selbständig über seine Arbeit disponieren kann, ist rechtlich nicht Arbeitnehmer, sondern **Selbständiger** (häufig auch Arbeitgeber). Wer als Beamter, Richter oder Soldat für den Staat arbeitet, leistet zwar auch abhängige Arbeit, aber nicht im Rahmen des Privatrechts, sondern des **öffentlichen Rechts**. Ähnliches gilt für geistliche Amtsträger bzw. für Kirchenbeamte der großen Kirchen: sie arbeiten nach eigenem kirchlichen Dienstrecht. Das Arbeitsrecht regelt die Existenzgrundlage von gut 83% aller Erwerbstätigen in Deutschland (ca. 30 Mio. Arbeitnehmer), denen 10% Selbständige (ca. 3,6 Mio.) und knapp 7% Beamte (Richter, Soldaten, ca. 2,5 Mio.) gegenüberstehen. Arbeitsrecht darf dabei nicht gut 10% **Arbeitslose** übersehen, die immer deutlicher als Leidtragende der „Kosten des Arbeitsrechts“ auszumachen sind.

## II. Bezugspunkt „Arbeitnehmer“ im Wandel

Der Fabrikarbeiter war die historische Leitfigur des Arbeitsrechts. Bei ihm bestanden keine Zweifel: Er war der typische „Arbeitnehmer“, denn er leistete abhängige, fremdbestimmte Arbeit. Mit dem drastischen Strukturwandel unserer Wirtschaft hin zu einer **Dienstleistungs- und Informationsgesellschaft** („Tertiärisierung“) ist dieser Typus aber immer weniger „typisch“.

Die Dienstleistungs-Unternehmen im engeren Sinn, also Banken, Versicherungen, Gaststätten und Hotels, Medien und Freiberufler, beschäftigen inzwischen rund ein Viertel aller Erwerbstätigen. Nimmt man Staat und Kirche, Handel und Verkehr sowie die Privathaushalte hinzu, so arbeiten im sog. **tertiären Bereich** – der Wachstumsbranche überhaupt in der volkswirtschaftlichen Wertschöpfung – ca. 60% der Erwerbstätigen. Demgegenüber sind im produzierenden Gewerbe noch ca. 37% und im primären Sektor (Land- und Forstwirtschaft, Fischerei) nur mehr ca. 3% der Erwerbstätigen beschäftigt.

Stupide Fließbandarbeit ist so gut wie ausgestorben. Der kreative Mitarbeiter mit sog. Schlüsselqualifikationen ist gefragt. Seine Tätigkeit ist nicht mehr ausschließlich fremdbestimmt, sondern beruht zu einem guten Teil auf **Eigeninitiative**. Ob er dennoch „abhängiger“ Arbeitnehmer ist oder nicht, ist eine Rechtsfrage mit gravierenden Auswirkungen nicht nur für die Anwendung des Arbeitsrechts. Daneben ergeben sich erhebliche Konsequenzen in steuerlicher (§ 19 EStG: Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit) und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht (§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV: „Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis“). Besonders die Verbindung mit dem System sozialer Sicherung (§ 1 SGB IV) macht den Arbeitsvertrag zu einem „**schweren Vertrag**“, der für manchen Arbeitgeber aus Kostengründen zu schwer geworden ist. Der „Ausstieg“ aus dem Arbeitsrecht bedeutet für viele daher den erzwungenen „Einstieg“ in die Scheinselbständigkeit (→ *Fall 1*).

## III. Arbeitsrecht als Bestandteil des Wirtschaftsrechts

Arbeitsrecht ist gleichzeitig Bestandteil des Wirtschaftsrechts, was gerne übersehen wird. Weil es nicht nur Arbeitnehmer-, sondern auch Arbeitgeber-Recht ist, wirkt es auf die Handlungsmöglichkeiten der Unternehmen zurück: die Kosten des Produktionsfaktors Arbeit beeinflussen die Wettbewerbsbedingungen erheblich. Arbeitsbedingungen sind aus der Sicht der Unternehmen also Wirtschaftsbedingungen, und es wäre ganz falsch, das Arbeitsrecht als Bestandteil einer „Sozialordnung“ von der „Wirtschaftsordnung“ zu isolieren. Vielmehr wirken sich die Vorgaben der **Wirtschaftsverfassung** nach EG-Vertrag und Grundgesetz auch auf das Arbeitsrecht aus. Aus Anlass der ersten Stufe der deutschen Einigung („Währungs-, Wirtschafts- und Sozial-

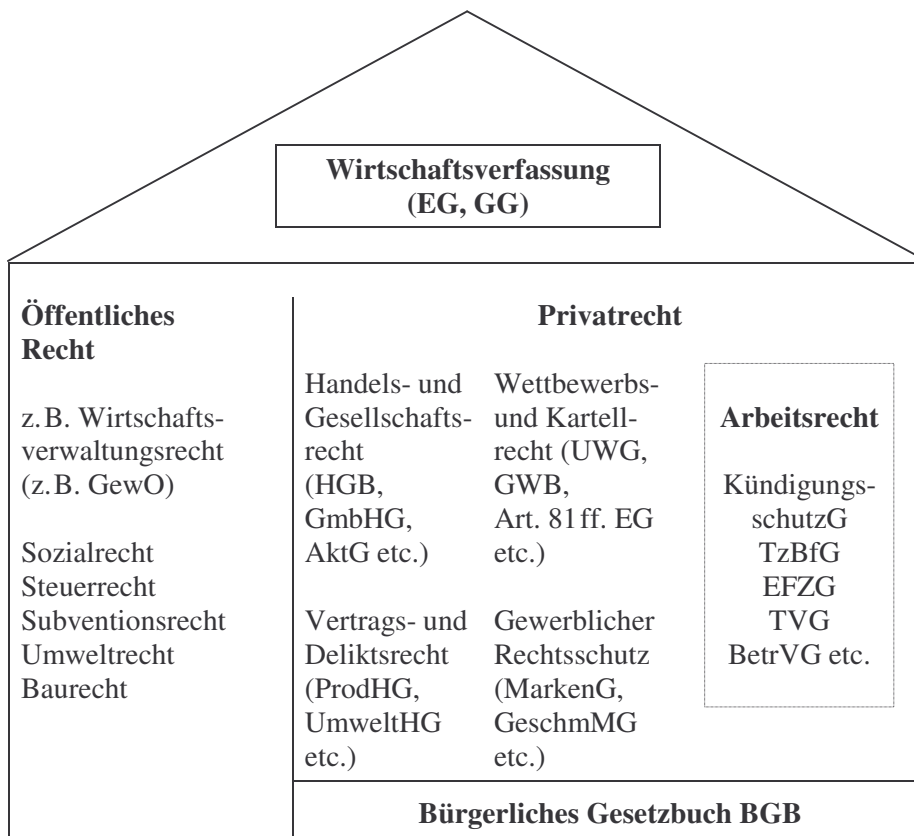
union“) wurde das auch im *Staatsvertrag vom 18. Mai 1990* deutlich (Art. 1 Abs. 3, 4):

„(3) Grundlage der **Wirtschaftsunion** ist die Soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien. Sie wird insbesondere bestimmt durch Privateigentum, Leistungswettbewerb, freie Preisbildung und grundsätzlich volle Freizügigkeit von Arbeit, Kapital, Gütern und Dienstleistungen.

(4) Die **Sozialunion** bildet mit der Währungs- und Wirtschaftsunion eine Einheit. Sie wird insbesondere bestimmt durch eine der Sozialen Marktwirtschaft entsprechende Arbeitsrechtsordnung und ein auf den Prinzipien der Leistungsgerechtigkeit und des sozialen Ausgleichs beruhendes umfassendes System der sozialen Sicherung.“

Arbeitsrecht befindet sich also unter dem Dach der Wirtschaftsverfassung als eines von mehreren wirtschaftsrechtlichen Teilgebieten, das die Aktionsparameter des Unternehmens maßgeblich beeinflusst (Schaubild 1).

**Schaubild 1:  
Rechtliche Rahmenbedingungen für das Unternehmen**



## IV. Arbeitsrecht als „Sonderprivatrecht“

Arbeitsrecht wird auch als Sonderprivatrecht bezeichnet, weil es ähnlich **5** wie Handelsrecht oder Verbraucherschutzrecht (z.B. das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften – § 312 BGB – oder das Recht des Verbrauchsgüterkaufs – § 474 BGB – bzw. des Verbraucherdarlehens – § 491 BGB) auf ganz bestimmte Zielgruppen der Gesellschaft und nicht auf jedermann zielt, hier auf das **Unternehmens-Innenrecht** zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Das älteste Sonderprivatrecht, das HGB, wollte ursprünglich als „Recht des Kaufmannsstandes“ Außen- und Innenrecht zusammenfassen. Noch heute definieren §§ 1 ff. mit dem „Kaufmann“ den Normadressaten des HGB, während §§ 59 ff. von seinen Mitarbeitern reden, von „Handlungsgehilfen und Handlungslehrlingen“. Aber es ist nur noch eine Frage der Zeit, bis dieses „kaufmännische Sonderarbeitsrecht“ endgültig aus dem HGB ausgewandert ist, wo es systematisch nicht mehr hingehört. Denn das **Handelsrecht** hat sich zu einem Außenrecht des kaufmännischen Unternehmens entwickelt, während das **Arbeitsrecht** sich insbesondere um die Innenbeziehungen im Unternehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern kümmert. Das **Gesellschaftsrecht** schließlich regelt die (Führungs-)Organisation des komplexeren Unternehmens nach innen und außen, etwa wenn es die Kompetenzen von Gesellschafter(n) und Geschäftsführer(n) in der GmbH abgrenzt.

## V. Das Fundament der Privatautonomie

Das Wirtschaftsprivatrecht ruht (Schaubild 1) auf einem soliden Funda- **6** ment: dem BGB von 1896. Die **Schuldrechtsreform 2002** hat hier, angefangen bei §§ 13, 14 (Verbraucher bzw. Unternehmer) über § 126b (Textform) bis zum § 312e (Pflichten im e-commerce) zwar einige Anpassungen an die moderne Informationsgesellschaft bewirkt, nicht jedoch die **Strukturen des Vertrags- und Schuldrechts** auf der Basis der Privatautonomie angetastet. Bevor in § 311 Abs. 1 BGB die Vertragsfreiheit (als selbstverständlich) anerkannt wurde, statuierte bereits § 105 GewO 1869 die freie Gestaltung des Arbeitsvertrags für gewerbliche Arbeitnehmer. Seine bis heute kaum veränderte Fassung lautet:

**§ 105. Freie Gestaltung des Arbeitsvertrages.** Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitnehmern ist, vorbehaltlich der durch Bundesgesetz begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Übereinkunft.

**Die ab 2003 modernisierte Version des § 105 GewO lautet:**

„Arbeitgeber und Arbeitnehmer können Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen. Soweit die Ver-

tragsbedingungen wesentlich sind, richtet sich ihr Nachweis nach den Bestimmungen des Nachweisgesetzes“.

Das war seinerzeit Konsequenz der Gewerbefreiheit und ein zweifelhafter Fortschritt, solange in Wahrheit nur der „Fabrikherr“ über Wohl und Wehe seiner „Fabrikuntertanen“ entscheiden konnte. Freilich sah die **Gewerbeordnung** zunehmend Arbeitsschutzvorschriften (insbesondere seit 1890: Sonntagsruhe, Mutter- und Jugendarbeitsschutz etc.) vor, die **öffentlich-rechtliche** Schutzmechanismen zugunsten des Arbeiters aktivierten (z.B. Gewerbeinspektion, Gewerbegerichte).

## VI. Arbeitsrecht als „politisches“ Recht

- 7 Man muss es deutlich sagen: Privatrecht taugte in einer hierarchisch gegliederten Gesellschaft zunächst allenfalls zur Errichtung einer Wirtschaftsordnung der kommerziellen Austauschbeziehungen. Das BGB und vor allem das HGB sahen im „*homo oeconomicus*“ d.h. im Geschäftsmann ihren Adressaten, nicht im Fabrikarbeiter, für den es ja die speziellere Gewerbeordnung gab. Auch wenn sich völlig ungleiche Vertragspartner gegenüberstanden, fand der Satz „*pacta sunt servanda*“ seine Grenze im BGB erst bei verbotswidrigen (§ 134 BGB) oder sittenwidrigen (§ 138 BGB) Vereinbarungen. Die formale Vertragsfreiheit ermöglichte ohne Inhaltskontrolle ein „Privatrecht des Stärkeren“.
- 8 Das konnte keine befriedigende Antwort auf die politische Verfassungsfrage der sozialen Beziehungen („*industrial relations*“) in der Industriegesellschaft des 20. Jahrhunderts sein. Die Arbeiterbewegung formierte sich als politische Gegenbewegung gegen den bürgerlichen „Klassenstaat“, die Gewerkschaften holten den Arbeiter aus seiner Vereinzelung und forderten sozialpolitische Korrekturen des Markt- und Herrschaftsgefälles zwischen Arbeitsanbietern („Kapitalisten“) und Arbeitsnachfragern („Proletariern“). Aus dieser säkularen Emanzipationsbewegung heraus, die zunehmend auch politische und wissenschaftliche Unterstützung fand, entstanden seit 1918 **neue Strukturen** eines „kollektiven“, weil von Verbänden bestimmten **Arbeitsrechts**: Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen als prägende Instrumente kollektiver Rechtsgestaltung durch Tarif- und Betriebsparteien, Sozialversicherung und Arbeitsschutz als flankierende Institutionen öffentlichen Rechts, die verfassungskräftige Anerkennung des Koalitionsrechts und die Einrichtung besonderer Arbeitsgerichte (→ § 5 Rdn. 4) waren unübersehbare Signale für die Loslösung des „politischen“ Arbeitsrechts vom allgemeinen Privatrecht.

## VII. Das Vertragsprinzip als Grundlage des Arbeitsrechts

Dennoch: das Vertragsprinzip, wie es in § 611 BGB für den allgemeineren Typus des Dienstvertrags (Leistung der versprochenen Dienste gegen Zahlung der vereinbarten Vergütung) vor 100 Jahren formuliert wurde, ist nach jahrzehntelangen Irrungen und Wirrungen in Rechtsprechung und Lehre für den Arbeitsvertrag aktuell wie selten zuvor. Jedenfalls das „Recht des Arbeitsverhältnisses“, wie es als Examens-Pflichtstoff in allen deutschen Prüfungsordnungen so oder ähnlich verlangt wird, ist ohne die Grundlagen im BGB überhaupt nicht zu verstehen. Die Professoren/innen, die 1992 dem Deutschen Juristentag einen „*Arbeitsvertragsgesetzentwurf (ArbVGE 92)*“ vorlegten, sahen das genauso, als sie in § 1 Abs. 1 formulierten:

(1) Arbeitgeber und Arbeitnehmer begründen das Arbeitsverhältnis nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit durch den Arbeitsvertrag. Sie regeln den Inhalt des Arbeitsvertrages im Rahmen der Arbeitsrechtsordnung.

Fällt Ihnen die Übereinstimmung mit § 105 GewO auf? Wortlaut und Bedeutung beider Texte haben sich viel weniger gewandelt als der zu regelnde Sachverhalt. Aus der auf Befehl und Gehorsam beruhenden Arbeitswelt ist – deutlich erst seit etwa 20 Jahren – eine auf umfassenden **Kooperationsbeziehungen** beruhende Arbeitswelt geworden. Dieser „Paradigmenwechsel“ beschäftigt längst die Unternehmensleitungen, wenn sie – nicht nur in der Automobilproduktion – alte (vertikale) Befehlsstrukturen kappen, um mit (horizontalen) Dialogstrukturen Kreativität und Selbstverantwortung der Mitarbeiter und damit letztlich auch die Arbeitseffizienz zu fördern. Erst heute scheint die Arbeitsgesellschaft reif für das BGB, das ja annähernd gleichgewichtige Partner voraussetzt (wenngleich der **Endverbraucher** durch die BGB-Reform 2002 als ähnlich dem Arbeitnehmer schützenswerter „schwächerer“ Vertragspartner anerkannt ist).

## VIII. Grenzen des Vertragsrechts

Allerdings kann das BGB nur zusammen mit den wesentlichen arbeitsrechtlichen Schutzgesetzen (z.B. KSchG, EFZG, ArbSchG, ArbZG, BUrlG, MuSchG, JArbSchG etc.) ein zutreffendes Bild des geltenden Arbeitsrechts geben. Der gesamtdeutsche Gesetzgeber wurde deshalb in Art. 30 des *Einigungsvertrags vom 31. August 1990* (Abs. 1 Nr. 1) aufgefordert,

„das Arbeitsvertragsrecht sowie das öffentlich-rechtliche Arbeitszeitrecht einschließlich der Zulässigkeit von Sonn- und Feiertagsarbeit und den besonderen Frauenarbeitsschutz möglichst bald einheitlich neu zu kodifizieren“.

Möglichst bald also. Die erwähnte Professor(inn)en-Gruppe hat den erwähnten Entwurf 1992 vorgelegt mit der Bemerkung, dass das deutsche Arbeitsvertragsrecht sich mit den Worten *Pufendorfs* als „*aliquid monstro simile*“, ein kunstvoll geordnetes Chaos oder als ein Irrgarten des Rechts charakterisieren lasse, in dem sich nicht einmal mehr der Durchschnittsjurist auskennt. Der Entwurf ist durch den Freistaat Sachsen 1995 in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht worden (BR-Drucks. 293/95, dazu *Neumann DB* 1995, 2013). Andere Entwürfe, etwa durch das Land Brandenburg (BR-Drucks. 671/96, dazu *Griese NZA* 1996, 803), folgten. Ob daraus ein Gesetz entstehen wird, ist noch zehn Jahre später völlig offen geblieben (vgl. *Hanau ZRP* 1996, 353f.; *Hromadka NZA* 1998, 6; *Preis NZA* 2000, 9f.). Die arbeitsrechtliche „Nachbesserung“ des BGB (vgl. §§ 275 Abs. 3, 310 Abs. 4, 615 S. 3, 619a) durch die **Schuldrechtsreform 2002** ersetzt das Arbeitsvertragsgesetz sicher nicht.

§

**Wichtig**

Arbeitsrecht gehört zum Wirtschafts(privat)recht und beruht auf dem BGB, auch wenn es ganz besondere, „kollektive“ Strukturen kennt, die es vom sonstigen Wirtschafts(privat)recht absetzen. Es ist damit **„Fortsetzung des Zivilrechts mit anderen Mitteln“** (*Mestmäcker*), weil es einerseits zwingendes Schutzrecht zugunsten des Arbeitnehmers normiert, das andererseits aber nicht nur hoheitlich „von oben“, sondern von den Akteuren der Arbeitsgesellschaft auch „von unten“ über Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge gesetzt wird (lesen Sie dazu Art. 9 Abs. 3 GG, die „Magna Charta“ des kollektiven Arbeitsrechts!).

**IX. Methodik dieses Lernbuchs**

Dieses Lernbuch gliedert die Arbeitsrechtsmaterie in drei wesentliche Abschnitte:

**1. Grundstrukturen des Arbeitsrechts (Basis)**

- 12** Einleitend – gleichsam um „Boden unter den Füßen“ zu gewinnen – werden dem Leser die erforderlichen Basisinformationen gegeben, die es erlauben, die komplexe und vielschichtige Materie des modernen Arbeitsrechts in ihrer Gesamtheit ansatzweise zu erfassen. Ich konzentriere mich auf
- den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts (§ 2),
  - die Rechtsquellen des Arbeitsrechts (§ 3),



- und – last but not least – auf die Erstellung der arbeitsrechtlichen Klausur (§ 4).

## **2. Arbeitsrecht nach Anspruchsgrundlagen („Pflichtprogramm“)**

Bei der Darstellung der klausur- und examensrelevanten Aspekte des Arbeitsrechts steht das **Arbeitsvertragsrecht** im Mittelpunkt (dazu §§ 5–10). Hier orientiert sich das Buch am arbeitsrechtlichen Fallaufbau, der in seiner Bedeutung und Funktion weitgehend dem Anspruchsaufbau im Zivilrecht entspricht. Deshalb gliedere ich die zentralen Kapitel nach **Zulässigkeit (§§ 5, 6) und Begründetheit (§§ 7–10) der arbeitsrechtlichen Klage** und damit entlang der Grundstruktur einer arbeitsrechtlichen Standardklausur. Das klassische Transferproblem für den studentischen Leser – „Wo ist das eben Gelernte in der Klausur zu prüfen?“ – entfällt auf diese Weise weitgehend.

## **3. Grundfragen des kollektiven Arbeitsrechts („Wahlpflichtprogramm“)**

Die vor allem für die Wahlfachgruppe „Kollektives Arbeitsrecht“ erheblichen Kenntnisse werden anschließend in den vier Abschnitten zum **Kollektiven Arbeitsrecht** erläutert (§§ 11–14). Hier begegnet eine Darstellung nach der Anspruchsmethode Schwierigkeiten, die in der Materie begründet liegt. Dennoch wird durch eingestreute Fallskizzen auch hier der Bezug zu den Anforderungen in der Klausur hergestellt.

## **§ 2. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts. Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Arbeitsverhältnis**

**Literatur:** *Boemke*, Neue Selbständigkeit und Arbeitsverhältnis, ZfA 1998, 285; *ders.*, Das Telearbeitsverhältnis, BB 2000, 147; *Buschmann*, Rechtsprobleme der Scheinselbständigkeit, FS Gnade, 1992, S. 129; *Gast*, Arbeitsrecht und Abhängigkeit, BB 1993, 66; *Griebeling*, Der Arbeitnehmerbegriff und das Problem der „Scheinselbständigkeit“, RdA 1998, 208; *Hilger*, Zum „Arbeitnehmer-Begriff“, RdA 1989, 1; *Hromadka*, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, NZA 1997, 569; *ders.*, Arbeitnehmerähnliche Personen, NZA 1997, 1249; *Hromadka/Maschmann*, §§ 1–3; *Kreuder*, Arbeitnehmereigenschaft und „neue Selbständigkeit“ im Lichte der Privatautonomie, ArbuR 1996, 386; *Maschmann*, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen, NZA 2001, Sonderbeilage zu Heft 24, S. 21; *Preis*, §§ 6–9; *Reinecke*, Neudefinition des Arbeitnehmerbegriffs durch Gesetz und Rechtsprechung, ZIP 1998, 581; *Richardi*, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag, FS 125 Jahre Juristische Gesellschaft Berlin, 1984, S. 607; *ders.*, MünchArbR I, § 24; *Rieble*, Die relative Verselbständigung von Arbeitnehmern, ZfA 1998, 327; *Rommé*, Unternehmerrisiko, ZfA 1997, 251; *Schliemann*, Flucht aus dem Arbeitsverhältnis – falsche oder echte Selbständigkeit?, RdA 1997, 322; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; *ders.*, Die „neue Selbständigkeit“, DB 1992, 90; *ders.*, Telearbeit, NZA 1999, 225; *Zöllner/Loritz*, § 4.

### **I. Der Arbeitnehmerbegriff als zentraler Anknüpfungspunkt**

#### **1 Fallbeispiele (Auflösung → Rdn. 26):**

- a) Ein Schauspieler stellt sich für mehrere Monate einer aufwändigen Fernsehproduktion zur Verfügung – muss er seine Gage vor dem Amts- bzw. Landgericht oder vor dem Arbeitsgericht einklagen?
- b) Eine Reinigungskraft putzt regelmäßig drei Vormittage in der Woche für drei verschiedene Haushalte - kann sie Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verlangen?
- c) Ein Dozent hält regelmäßig zehn Wochenstunden Vorlesungen an der örtlichen Volkshochschule (VHS) - ist er Arbeitnehmer des VHS-Trägers?
- d) Eine „Propagandistin“ verkauft im Kaufhaus Parfüm-Artikel auf Provisionsbasis, ohne selbst Eigentümerin dieser Artikel zu sein - kann sie Erholungsurlaub vom Träger des Kaufhauses beanspruchen?
- e) Ein Student schreibt regelmäßig Film- und Theaterkritiken für die örtliche Zeitung nach deren Anweisung - ist er Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter der Zeitung?
- f) Ein Tankwart arbeitet aushilfsweise über zehn Jahre regelmäßig ca. zehn Schichten (je acht Stunden) im Monat auf einer Autobahntankstelle. Er trägt sich jeweils zu Monatsbeginn in eine Liste ein, in der noch freie Schichten angegeben sind. Kann er Arbeitnehmerrechte geltend machen?

## 1. Die Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs

Wir haben gehört: Arbeitsrecht ist das Sonderprivatrecht für Arbeitnehmer. Den weitgehend synonymen Begriffen des Arbeitnehmers bzw. des Arbeitsverhältnisses kommt daher im Arbeitsrecht entscheidende Bedeutung zu:

- Arbeitnehmerbegriff bzw. Arbeitsverhältnis umschreiben den Anwendungs- und Regelungsbereich des Arbeitsrechts;
- Arbeitnehmerbegriff bzw. Arbeitsverhältnis sind Anknüpfungspunkt (Tatbestandsvoraussetzung) für die meisten Normen des Arbeitsrechts;
- Arbeitnehmerbegriff bzw. Arbeitsverhältnis spielen daher auch in der arbeitsrechtlichen Klausur eine entscheidende Rolle:

Sowohl bei der Zulässigkeit als auch bei der Begründetheit der arbeitsrechtlichen Klage ist der Arbeitnehmerbegriff bzw. das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses zumindest inzidenter zu prüfen. So ist der Weg zu den **Arbeitsgerichten** regelmäßig nur eröffnet, wenn eine Partei Arbeitnehmer ist (lesen Sie § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a – e ArbGG). Auch die materiellen Regelungen des Arbeitsrechts, etwa der **Kündigungsschutz** (lesen Sie § 1 KSchG) oder die **Entgeltfortzahlung** im Krankheitsfall (lesen Sie § 1 EFZG), knüpfen regelmäßig an das Arbeitsverhältnis an. Die Fallbeispiele a) bis f) sollen Ihnen die Bedeutung der Abgrenzung mit ihren typisch arbeitsrechtlichen Konsequenzen vor Augen führen.

### Arbeitshinweis

Testen Sie Ihr Rechtsgefühl und kennzeichnen Sie die Fallbeispiele mit (+) oder (2), je nachdem, ob Sie die Arbeitnehmereigenschaft bejahen oder nicht. In der Klausur ist der Arbeitnehmerbegriff zwar häufig unproblematisch – schließlich soll ein Arbeitsrechtsfall gelöst werden. Dennoch werden zunehmend fließende Übergänge zwischen arbeits- und zivilrechtlicher Dienstleistung geprüft, deren Handhabung die Beherrschung des Arbeitnehmerbegriffs voraussetzt.

b

## 2. Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Arbeitsverhältnis

### a) Arbeitnehmer und Arbeitsverhältnis

Arbeitsrechtliche Normen knüpfen sowohl an „Arbeitnehmer“ (bzw. „Arbeitgeber“) als auch an das „Arbeitsverhältnis“ an (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG, § 1 Abs. 1 KSchG, § 1 Nr. 1 MuSchG). Das Arbeitsverhältnis ist das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Es beruht auf einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag nach § 611 BGB. Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsverhältnis sind nur verschiedene Sichtweisen zur Beschreibung von „**Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit**“. Der Arbeitnehmerbegriff ist nichts anderes als eine Personifikation des zugrundeliegenden

3

Rechtsverhältnisses. Die Voraussetzungen von Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsverhältnis sind daher identisch und einheitlich zu prüfen (→ Rdn. 8 ff.).

## b) Arbeitgeber, Betrieb und Unternehmen

- 4 Arbeitgeber ist der Vertragspartner des Arbeitnehmers, mithin derjenige, der einen Arbeitnehmer beschäftigt. Der Arbeitgeberbegriff ist mehr als nur Reflex des Arbeitnehmerbegriffs. Vielmehr veranlasst der Arbeitgeber die abhängige Arbeit aufgrund seiner unternehmerischen Zielvorgaben. Wir fragen also nicht nach einem „Status“, sondern nach der vertraglichen Beziehung zu den für ihn Tätigen: **Arbeitgeber ist, wer anderen Entgelt dafür verspricht, dass sie für ihn (bzw. für sein Unternehmen) Dienste nach seiner Weisung verrichten** (§ 611 BGB).

Problematisch kann der Begriff insbesondere bei der **Arbeitnehmerüberlassung (AÜG)** werden, wenn also Arbeitnehmer aus Fremdfirmen, z.B. Zeitarbeitsfirmen, in einem Betrieb eingesetzt werden. Hier stellt sich dann die Frage, *wem gegenüber* der Arbeitnehmer *welche* Ansprüche geltend machen kann. In der Regel bleibt der Verleiher im Stammbetrieb Entgeltschuldner, während der Entleiher im Einsatzbetrieb das Weisungsrecht ausübt (sog. Beschäftigungsverhältnis). Die Arbeitgeberstellung ist hier also nicht auf einen einzigen Rechtsträger konzentriert, sondern auf verschiedene Rechtsträger verteilt (→ § 9 Rdn. 6; ferner ErfK/Wank Einl. AÜG Rdn. 31, 50).

- 5 Vertragspartner des Arbeitnehmers ist heute seltener eine natürliche Person (z.B. ein Arzt oder Rechtsanwalt, sog. Freiberufler) als eine juristische Person (z.B. AG, GmbH, Körperschaft des öffentlichen Rechts) oder eine Gesamthand (z.B. GmbH & Co. KG), also meistens ein **Unternehmensträger** (das ist aber nicht zwingend: auch die Hausfrau und der Privatier können Arbeitsverträge abschließen!).

Auf diese Weise wird Arbeitsrecht zum Innenrecht der **Unternehmen**. Sowohl bei der Unternehmensorganisation, also bei der Einrichtung von Führungs- und Entscheidungsebenen, als auch bei der Umstrukturierung unternehmerischer Einheiten, z.B. bei Betriebsübergängen oder Ausgliederungen, überschneiden sich die Regelungsbereiche des Arbeits- und Gesellschaftsrechts. Daher können weite Teile der Arbeitsbeziehungen nicht ohne Kenntnisse der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen und der oft komplizierten Innenstrukturen eines Unternehmens verstanden werden. Spricht das Gesetz wie in § 613a BGB von „**Betrieb**“ oder „Betriebsteil“, so meint es die „arbeitstechnisch-gegenständliche Einheit“ (→ § 14 Rdn. 3 f.), innerhalb derer Arbeitnehmer einen unternehmerischen Zweck einheitlich umsetzen (z.B. in einem Werk oder in einer Produktionsstätte, aber auch in einer Freiberufler-Praxis oder einer Filiale). Das „**Unternehmen**“ stellt demgegenüber die „rechtlich-wirtschaftliche Einheit“ dar (*Hromadka/Maschmann* § 3 Rdn. 53). Gründen z.B. zwei Informatiker einen Software-Laden als GmbH und beschäftigen sie darin zwei Mitarbeiter, so sind Unternehmen und Betrieb zunächst einmal identisch: die GmbH (d.h. der „Unternehmensträger“) beschäftigt zwei Mitarbeiter in einem Betrieb. Wächst das Unternehmen und benötigt es etwa ein Forschungslabor, so kommt dadurch ein neuer Betrieb hinzu, ohne dass sich am Unternehmen etwas geändert haben müsste (Schaubild → §§ 14 Rdn. 5).

### 3. Die fehlende gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs

#### a) Die Regelungen des BGB

Anders als im Sozialversicherungsrecht der „Beschäftigte“ (lesen Sie § 7 6 Abs. 1 SGB IV) ist im Arbeitsrecht der „Arbeitnehmer“ nicht legal definiert. Das BGB sagt uns – historisch bedingt – überhaupt nichts zum Arbeitsvertrag, sieht allerdings in § 611 den auch für das Arbeitsrecht maßgeblichen Vertragstyp des **Dienstvertrags** vor.

#### **Achtung**

§ 611 BGB meint auch den Arbeitsvertrag, sagt das aber nicht ausdrücklich!



Das zeigt sich spätestens anhand der modernen „Buchstaben-Normen“, z.B. §§ 611 a, 611 b, 612 a, 613 a, in denen die Rede von „Arbeitgeber“, „Arbeitnehmer“ und „Arbeitsverhältnis“ ist. Noch prägnanter demonstriert § 621 („...Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis im Sinne des § 622 ist...“), dass der Sechste Titel „Dienstvertrag“ in der Überschrift eigentlich durch den Zusatz „Arbeitsvertrag“ ergänzt werden müsste. Denn es folgen sowohl **allgemeine** Dienstvertrags-Regeln (z.B. §§ 611, 612 Abs. 1 u. 2, 613, 614–616, 618–620, 626 etc.), **spezielle** Normen nur für selbständige Dienstverträge (§§ 621, 627) als auch **spezielle** Normen nur für Arbeitsverträge (§§ 611 a, 611 b, 612 Abs. 3, 612 a, 613 a, 622, 623). Das sorgt immer wieder für Verwirrung, weil im Gesetz der Ausgangspunkt nicht geklärt wird.

Das BGB setzt also die Begriffe Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Arbeitsverhältnis als bekannt voraus, ohne sie zu definieren (*keine Legaldefinition*).

#### b) Die Regelung des § 5 ArbGG

Auch die besonderen Regelungen des Arbeitsprozessrechts bieten keine Legaldefinition: So hilft der dürftige Gesetzeswortlaut des § 5 Abs. 1 S. 1 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) bei der Suche nach einer Definition des Arbeitnehmers oder des Arbeitsverhältnisses nicht wesentlich weiter:

„Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten“.

Der häufig benutzte Verweis auf **Arbeiter und Angestellte** ersetzt den Oberbegriff durch zwei historisch geprägte Unterbegriffe, die ihrerseits gesetzlich nicht definiert sind und zunehmend verschwimmen – auch da, wo sie herkommen: im Sozialversicherungsrecht. Was einen Arbeitnehmer in Abgrenzung zum Selbständigen auszeichnet, bleibt unklar. **Die materiellen (inhaltlichen) Kriterien der abhängigen (nicht-selbständigen) Arbeitsleis-**

**tung bleiben daher Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.** Mit dem Wandel der Arbeitswelt, der zumindest den „typischen Arbeiter“ langsam verschwinden lässt, wachsen auch die Anforderungen an die Arbeitnehmer-Definition (→ § 1 Rdn. 2).

## II. Die einzelnen Voraussetzungen des Arbeitnehmerbegriffs

- 8 Bei der Definition des Arbeitnehmerbegriffs muss man sich im Klaren darüber sein, dass ein „Typus“ erläutert wird und nicht ein feststehender Begriff. Rechtsdogmatisch wird die Bestimmung des Arbeitnehmers einer wertenden („teleologischen“) Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller relevanten Indizien überantwortet. Das BAG spricht von einem „unbestimmten Rechtsbegriff“. Seine Kernkriterien lassen sich wie folgt umreißen:

### Prüfungsschema 1: Arbeitsverhältnis/Arbeitnehmerbegriff

#### 1. Vertragliche Verpflichtung zur Dienstleistung

- a) Privatrechtlicher Vertrag - Abgrenzung zum Beamten etc. (→ Rdn. 9, bei Nichtigkeit des Vertrags: fehlerhaftes Arbeitsverhältnis prüfen, → § 7 Rdn. 48 ff.).
- b) Verpflichtung zur Dienstleistung - Abgrenzung zu Werkvertrag, Gesellschaft (durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB, → Rdn. 11).

#### 2. in persönlicher Abhängigkeit

- a) Örtliche, zeitliche und sachlich-organisatorische Weisungsgebundenheit erforderlich (analog § 84 I 2 HGB) – Abgrenzung zur selbständigen Tätigkeit (→ Rdn. 15).
- b) Die Voraussetzungen müssen nicht kumulativ vorliegen, maßgeblich ist vielmehr eine wertende Gesamtbetrachtung („Typusbegriff“).

## 1. Vertragliche Verpflichtung zur Dienstleistung

### a) Privatrechtlicher Vertrag

- 9 Einigkeit besteht darüber, dass das Arbeitsverhältnis eine privatrechtliche Beziehung darstellt. Bei seiner Bestimmung geht es genau genommen nicht um Statusfragen – also nicht um „den“ Arbeitnehmer-Typ –, sondern um **Vertragsauslegung** – also „den“ Arbeitsvertrag (zutr. ErfK/Preis § 611 BGB Rdn. 48 ff.). Davon zu unterscheiden sind Dienstverpflichtungen auf Lebenszeit, die z.B. den „Beamtenstatus“ begründen. Selbst dieser „Status“ mit

erhöhten Treuepflichten öffentlich-rechtlicher Art hindert aber den Beamten nicht daran, sich in einer Nebentätigkeit auf den privatrechtlich verfassten Arbeitsmarkt zu begeben – statusrechtlich „einzementierte“ Berufsrollen sind der Marktwirtschaft nämlich fremd.

**Beispiel:** Der VHS-Dozent kann im Hauptberuf Beamter sein und als Nebentätigkeit seine VHS-Vorlesungen halten. Sein Beamten-Status hat nur insofern Auswirkungen, als er seine Nebentätigkeit nach Maßgabe beamtenrechtlicher Vorschriften anzuzeigen hat. Ob seine VHS-Verpflichtung aber werk- oder dienst- oder arbeitsvertraglichen Charakter hat, bleibt davon völlig unberührt und ist Gegenstand der Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB).

Von vorneherein nicht dem Privatrecht und damit auch nicht dem Arbeitsrecht unterliegen die Beschäftigungsverhältnisse der **10**

- Beamten, Richter und Soldaten (vgl. § 5 Abs. 2 ArbGG, Art. 33 Abs. 4 u. 5 GG),
- Pfarrer, Priester, Kirchenbeamten, Ordensleute und Diakone/Diakonissen (vgl. Art. 140 GG, 137 Abs. 3 S. 2 WRV, § 135 S. 2 BRRG – eigenständiges Dienstrecht der Kirchen und ihrer Einrichtungen),
- Wehr- und Zivildienstleistenden sowie der Helfer im freiwilligen sozialen Jahr,
- Strafgefangenen, Sicherungsverwahrten, Fürsorgezöglingen etc. (vgl. §§ 41–43 StVollzG – Arbeitspflicht bzw. -entgelt auf gesetzlicher Grundlage).

Für Streitigkeiten aus diesen Beschäftigungsverhältnissen sind nicht die Arbeitsgerichte, sondern entweder Verwaltungsgerichte oder besondere Schlichtungsstellen und Gerichte der Kirchen zuständig. Zu betonen ist aber, dass auch im öffentlichen und kirchlichen Dienst mehrheitlich Dienste kraft **Arbeitsvertrags** geleistet werden, Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst und in der Kirche unterliegen daher ebenfalls dem Arbeitsrecht, wenngleich Besonderheiten zu beachten sind, die aus der Eigenart des öffentlichen bzw. kirchlichen Dienstes herühren z. B. Personalverfassung bzw. Mitarbeitervertretungsrecht anstelle des BetrVG).

## b) Dienstvertrag – Abgrenzung zu anderen Vertragstypen

Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist der Arbeitnehmer regelmäßig zur Dienstleistung verpflichtet. Der für das Arbeitsverhältnis maßgebliche Vertragstyp ist daher grundsätzlich der **Dienstvertrag** gem. § 611 BGB – wer sich nur „zur Leistung der versprochenen Dienste“ verpflichtet, möchte nicht wie beim Werkvertrag das unternehmerische Risiko für den Erfolg seiner Dienste übernehmen (§ 631 Abs. 2 BGB, vgl. *Richardi*, § 24 Rdn. 51). **11**

Das BGB kennt aber noch andere Rechtsgrundlagen für Dienstleistungen. **12** Jedoch regeln diese stets **selbständige Dienste** und schließen daher grundsätzlich eine Anwendung des Arbeitsrechts aus. Zu erwähnen sind insbesondere

**(1) Die Schuldvertragstypen**

- des „freien“ Dienstvertrags (§ 611 BGB),
- des Werk- und Reisevertrags (§§ 631, 651a BGB),
- des Auftrags und der Geschäftsbesorgung (§§ 662, 675 BGB)

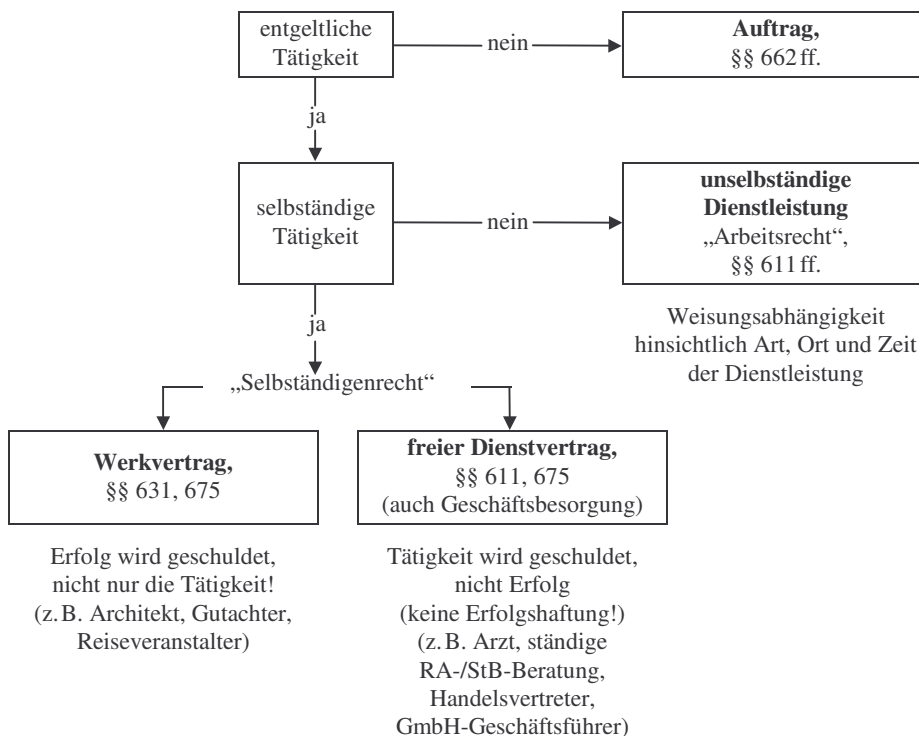
sowie

**(2) Mitgliedschaftliche Betätigungen**

- aufgrund Vereinsrechts (§§ 25, 58 Nr. 2 BGB),
- aufgrund Familienrechts (§§ 1360, 1619 BGB),
- aufgrund Gesellschaftsrechts (§§ 705, 706 Abs. 3 BGB, 105, 161 ff. HGB).

Im BGB sollten die Probleme abhängiger Arbeit ausgespart bleiben (→ § 1 Rdn. 7). Dafür gab es vor gut 100 Jahren Sondergesetze wie Gewerbe- oder die Gesindeordnung. Man rechnete mit selbständigen Existenzen und entwickelte daraus folgendes System:

**Schaubild Nr. 2:  
System der Dienstleistungsverträge im BGB**



- 13** Die BGB-Vertragstypen sind dem **Leitbild selbständiger beruflicher Tätigkeit** verpflichtet. Der Werkunternehmer (z.B. Handwerker) verspricht einen Erfolg nach eigenem Ermessen (§ 631 BGB), der Geschäftsbesorger (z.B. Steuerberater, Rechtsanwalt) nimmt fremde Vermö-



gensinteressen freiberuflich wahr (§§ 611, 675 BGB), der Gesellschafter befördert auch mit Dienstleistungen (§ 706 Abs. 3 BGB) den Gesellschaftszweck als „Betreiber“ eines Unternehmens, der GmbH-Geschäftsführer steht in einem freien Dienstvertrag mit der GmbH, die Rote-Kreuz-Schwester erbringt karitative Dienste für ihre als e. V. organisierte Schwesternschaft als Vereinsmitglied mit eigenen Mitgliedschaftsrechten (BAG NZA 1996, 33).

Die Selbständigkeit ist vom BGB-Vertragsrecht zwar „**typischerweise**“ **14** vorausgesetzt, kann sich aber jeweils bei der praktischen Durchführung des Vertrags auch in **abhängige Arbeit verwandeln** und unterliegt dann ebenfalls dem Arbeitsrecht – völlig unabhängig von der vertraglich behaupteten „selbständigen“ Geschäftsbeziehung, die sich als „Rechtsformverfehlung“ herausstellen kann (so z.B. bei vereinsrechtlicher Ausbeutung durch die sog. „Scientology Kirche“ – in Wirklichkeit liegt ein Arbeitsverhältnis vor, BAG NJW 1996, 143; oder bei einer Franchise-Beziehung, die dem Franchise-Nehmer keine nennenswerten unternehmerischen Spielräume bietet, so dass der Geschäftsinhalt der praktizierten Beziehung in das Arbeitsrecht weist, BAG NJW 1997, 2973).

### **Wichtig**

In der Regel beruhen Arbeitsverhältnisse auf Dienstverträgen. Das letztlich entscheidende Kriterium für die Anwendung von Arbeitsrecht als **Schutzrecht für abhängige Arbeit** ist aber, unabhängig vom behaupteten Vertragstyp, das Kriterium der persönlichen Abhängigkeit = Weisungsunterworfenheit bzw. Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation (→ Rdn. 15 ff.).

§

## **2. In persönlicher Abhängigkeit – Abgrenzung zum Selbständigenrecht**

Das für die Arbeitnehmereigenschaft nach h.M. entscheidende Kriterium **15** ist also die persönliche Abhängigkeit. Gerade hierzu äußert sich das BGB nicht. Es nennt zwar verschieden strukturierte Tätigkeitsverträge, enthält aber keine Aussagen zur Alternative Selbständigkeit/Unselbständigkeit. Ob Sie als Redakteur oder als gelegentlicher Artikelschreiber bei der Zeitung arbeiten (*Bsp. e*), interessiert das BGB nur als Entscheidung zwischen Dienst- oder Werkvertrag (§ 611 oder § 631 BGB), nicht als Problem der Abgrenzung zwischen Arbeits- und Selbständigenrecht. Dazu muss die BAG-Rechtsprechung und zur Abgrenzung der Begriff des „Arbeitnehmerähnlichen“ herangezogen werden.

### **a) Das BAG-Modell „Persönliche Abhängigkeit“**

- 16 Nach dem BAG unterscheidet sich ein Arbeitsverhältnis von einem „freien“ Dienstvertrag nach dem „Grad der persönlichen Abhängigkeit“, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete jeweils befindet (st. Rspr., vgl. nur BAG NZA 1995, 622 – Rundfunksprecher; NZA 1998, 368 – Zeitungszusteller). Das BAG stützt sich dabei regelmäßig auf § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, wo der „selbständige“ vom unselbständigen Handelsvertreter abgegrenzt wird:

„Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann“.

Im Umkehrschluss folgern das BAG und die h.M. daraus, dass unselbständige Dienste in einem Arbeitsverhältnis leistet, wer hinsichtlich der näheren Umstände der versprochenen Arbeitsleistung einem **umfassenden Weisungsrecht** des Arbeitgebers unterliegt. Das BAG spricht von der „persönlichen Abhängigkeit“, die sich in die Einzelkriterien

- zeitliche Weisungsabhängigkeit,
- örtliche Weisungsabhängigkeit,
- sachlich-organisatorische Abhängigkeit

aufspalten lässt. Dabei müssen die Einzelkriterien nicht kumulativ vorliegen. Entscheidend ist jeweils eine wertende Gesamtbetrachtung: So kann eine Arbeitnehmereigenschaft sich allein „aus Art oder Organisation der zu verrichtenden Tätigkeiten“ ergeben, selbst wenn der Arbeitnehmer hinsichtlich Ort und Zeit seiner Tätigkeit vergleichsweise frei ist (BAG NZA 1995, 161 – Fernsehredakteur). Ein aussagestarkes Indiz ist immer die Einbindung des Arbeitnehmers in die Organisation des Arbeitgebers (BAG NJW 1993, 2458 – Rechtsanwalt; NZA 1995, 572 – Arbeitnehmerüberlassung). An die „Betriebszugehörigkeit“ knüpfen auch die Rechte aus der Betriebsverfassung an (→ § 14).

**Beispiel:** Auch der fachlich weisungsfreie Chefarzt, Justitiar oder Steuerberater kann „abhängig“ beschäftigt sein, wenn er dauerhaft in der Klinik oder im Unternehmen für eine „fremde“ Organisation wirkt. Er ist dagegen Freiberufler, wenn er seine Kenntnisse selbständig am Markt verwertet. In diesem Fall leistet er seinen Patienten die Behandlung auf der Basis eines freien Dienstvertrags. Neben die fachliche Weisungsfreiheit tritt dann auch die organisatorische Dispositionsfreiheit (Arbeitssoveränität, vgl. BGH NJW 1993, 2458 – Rechtsanwalt). Für den angestellten „Freiberufler“ ist dagegen die sachlich-organisatorische Weisungsabhängigkeit ausreichend, um seine Arbeitnehmerstellung zu bejahen.

- 17 Auf ein konkretes „soziales“ Schutzbedürfnis kommt es dagegen nicht an (auch der Millionär darf unselbständig arbeiten). Der Sozialschutz ist Folge, nicht Voraussetzung der Anwendung von Arbeitsrecht. Sinntragendes Merkmal des Arbeitsverhältnisses ist der **Verlust an persönlicher Dispositionsfreiheit (Arbeitssoveränität)** durch die vertragliche Anerkennung des arbeitgeberseitigen Weisungsrechts, **nicht dagegen** soziale Schutzbedürftigkeit. Auch ist „wirtschaftliche“ – besser: tatsächliche – Abhängigkeit weder erforderlich noch ausreichend; sie kann beim freien Fern-

seh-Regisseur ebenso vorliegen wie beim kleinen Handwerksmeister, ohne dass es sich jeweils um Arbeitnehmer handelt. Bei nur „wirtschaftlicher“ Abhängigkeit können ggf. aber „arbeitnehmerähnliche“ Rechte geltend gemacht werden (→ Rdn. 24).

### Wichtig

Arbeitsrechtliche Abhängigkeit bezieht sich nur auf die fehlende Arbeitssouveränität („persönliche Abhängigkeit“), nicht aber auf die wirtschaftliche Marktstellung.

§

Eine neuere Lehre (*Wank*) möchte als „teleologisches“ Kriterium auf die freiwillige Übernahme von **Marktchancen bzw. -risiken** abstellen, um den „Selbständigen“ vom „Arbeitnehmer“ zu unterscheiden. So spricht auch § 1 Abs. 3 ArbVGE 1992 davon, dass „Personen, die aufgrund unternehmerischer Tätigkeit am Markt auftreten, ... keine Arbeitnehmer (sind)“. Dem kann deshalb nicht gefolgt werden, weil sonst umgekehrt auf die Arbeitnehmereigenschaft jedes Nicht-Unternehmers geschlossen wird (so *Wank*, DB 1992, 91). Es käme dann auf die Stellung des Arbeitnehmers am Wirtschaftsmarkt an. Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts würde damit aber ohne Rücksicht auf vertragliche Selbstbindung undifferenziert erweitert, weil statt der geläufigen „positiven Definition“ des Arbeitnehmers nunmehr eine **negative Definition** greifen würde. Das ist wegen der Vagheit des neuen Kriteriums abzulehnen (ähnlich krit. *Griebeling RdA* 1998, 208; *Hromadka NZA* 1997, 569; *ErfK/Preis* § 611 BGB Rdn. 71 f.). Das geltende Recht grenzt dagegen durch die positive (richterrechtliche) Bestimmung der „persönlichen Abhängigkeit“ den Bereich des Arbeitsrechts auf die fremder Leitungsmacht konkret unterworfenen Tätigkeiten ein. *Innerhalb* dieser Begrifflichkeit vermag *Wank*s Teleologie insoweit zu überzeugen, als jedenfalls Weisungsbindung wie auch persönliche Abhängigkeit primär im Hinblick auf das Fehlen unternehmerischer Spielräume teleologisch interpretiert werden müssen (*Wank NZA* 1999, 228). Mein Begriff für dieses Arbeitnehmer-Kriterium ist die (fehlende) Arbeitssouveränität (→ Rdn. 17).

18

## b) Konkretion 1: Die zeitliche Weisungsabhängigkeit

Grundsätzlich ist ein Arbeitsverhältnis auch bei Teilzeitbeschäftigung oder geringfügiger Beschäftigung möglich. Das sog. „Normalarbeitsverhältnis“ geht zwar von der Vollzeitbeschäftigung und der Berufsmäßigkeit der Arbeitsleistung aus. „Persönliche Abhängigkeit“ meint aber die weisungsabhängige Beschäftigung **während der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit**, die auch nur zwölf Wochenstunden betragen kann. Entscheidend sind damit die Umstände der Dienstleistung während des jeweiligen Arbeitsumfangs. Bei Teilzeit kann die Abgrenzung zur freiberuflichen Tätigkeit aus anderen Gründen fließend sein.

19

**Beispiel:** Reduziert z.B. die früher ganztags beschäftigte Schreibkraft ihre Arbeitszeit, um sich der Familie stärker zu widmen, und eröffnet in ihrer Wohnung ein eigenes Schreibbüro, so kann „Arbeitssouveränität“ zu Hause zu bejahen sein: Wenn zur Orts- und Zeitsouveränität auch noch Dispositionsfreiheit in der Erledigung der Aufträge für verschiedene Auftraggeber hinzutritt, ist die persönliche Abhängigkeit insoweit zu verneinen. Soweit sie aber noch ihre herkömmliche betriebliche Tätigkeit nach dem

alten Muster ausübt, ist sie (in diesem Umfang) noch Arbeitnehmerin.

- 20** Anders verhält es sich mit einer **Kurzzeitbeschäftigung** (z.B. Projektmitarbeit). Wer nur eine vertraglich genau bestimmte Dienstleistung als Einzelleistung schuldet, leistet im Zweifel keine „Dienste in persönlicher Abhängigkeit“. Erst wenn eine zeitbestimmte Arbeitsleistung mit nicht abgrenzbaren Einzelleistungen zugesagt wird, ergibt sich wegen der daraus folgenden Weisungsabhängigkeit eine „Unterordnung unter den Empfänger der Dienstleistung“ (*Richardi* § 24 Rdn. 51). Zu prüfen ist hier also zunächst
- Selbständigkeit aufgrund freien Dienstvertrags (z.B. Arzt) oder Werkvertrags (z.B. freier Mitarbeiter im Medienbereich)? Ist das zu verneinen, kann aber Anlass für einen
  - sachlichen **Befristungsgrund** gegeben sein, der trotz Anwendung des Arbeitsrechts den Kündigungsschutz entfallen lässt (vgl. für den Medienbereich BVerfGE 59, 231 = NJW 1982, 1447; BAG NZA 1997, 196; 1998, 1277 → § 7 Rdn. 32 ff.).

### c) Konkretion 2: Die örtliche Weisungsabhängigkeit

- 21** Ein Arbeitsverhältnis kann auch da vorliegen, wo die Tätigkeit nicht mehr im betrieblichen Zusammenhang erbracht wird. Wenn z.B. typische Büroarbeiten auf häusliche Arbeitsplätze im Wege der **Telearbeit** ausgelagert werden, kann je nach der „telekommunikativen Abhängigkeit“ der häuslichen Arbeitskraft noch eine zumindest organisatorische Weisungsabhängigkeit zu bejahen sein. Auch bei sonstigen „**Außendienstmitarbeitern**“ verzichtet der Arbeitgeber nicht auf sein Weisungsrecht, sondern gestattet den Beschäftigten lediglich, ihre Arbeit an einem anderen, außerbetrieblichen Ort zu erbringen. Muss die Tele-Arbeitskraft für ihre Tätigkeit auf Arbeitsmittel und Einrichtungen des Arbeitgebers zurückgreifen und wird sie durch enge Erledigungsfristen und ständige Online-Kommunikation mit dem Unternehmen unter „Kontrolle gehalten“, so liegt nach der h.M. Arbeitnehmereigenschaft trotz Außendiensttätigkeit vor (*Boemke* BB 2000, 149; *Wank* NZA 1999, 230 ff.).
- 22** An einer örtlichen (und zeitlichen) Weisungsabhängigkeit fehlt es aber beim **selbständigen Handelsvertreter** gem. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, selbst wenn dieser „generellen“ Weisungen zur Geschäftspolitik unterliegt (BAG DB 2000, 723). Daher ist der Handelsvertreter grundsätzlich nicht als Arbeitnehmer, sondern allenfalls als arbeitnehmerähnliche Person (vgl. § 5 Abs. 3 ArbGG) einzustufen. Arbeitsrecht ist aber dann wieder einschlägig, wenn mangels ausreichender „Arbeitssoveränität“ die Angestellten-Eigenschaft gem. § 84 Abs. 2 HGB zu bejahen ist; dann ist der „Handelsvertreter“ in Wirklichkeit Arbeitnehmer (Außendienst-Angestellter).

**Beispiel:** Bekommt der Versicherungsvertreter von seiner Versicherung sowohl die Kundenlisten als auch den Zeitpunkt und die Anzahl der Kundenbesuche vorgegeben,

so besteht eine sowohl organisatorische als auch zeitliche und örtliche Weisungsgebundenheit, die den Versicherungsvertreter zum Arbeitnehmer macht (§ 84 II HGB, vgl. LAG Nürnberg AuA 1998, 210). Gibt ein Schulträger in der beruflichen Bildung dem Dozenten einseitig vor, welche Unterrichtsinhalte er wo und wann zu unterrichten hat, ist dieser Dozent ebenfalls Arbeitnehmer (BAG NZA 1997, 600; NZA 1998, 595).

### Arbeitshinweis

Lassen Sie sich in der Klausur nicht allein durch die Bezeichnung des Vertragsverhältnisses (z.B. „freier Mitarbeiter“) oder allein durch eine Berufsbezeichnung (z.B. „selbständiger Versicherungsvertreter“) beeindrucken. Maßgeblich ist stets der Umfang der **tatsächlichen** Weisungsgebundenheit. Diese ergibt sich aus dem Vertragsinhalt bzw. aus der tatsächlichen Durchführung der Tätigkeit.

b

### d) Konkretion 3: Die sachlich-organisatorische Abhängigkeit

In einer immer flexibler werdenden Arbeitswelt, die dem Arbeitnehmer immer größere individuelle Entscheidungsspielräume einräumt, kommt der **Einbindung in die Arbeitsorganisation** des Arbeitgebers die nahezu ausschlaggebende Bedeutung für die Arbeitnehmereigenschaft zu. Das BAG beschreibt den Arbeitnehmer häufig als denjenigen, der seine Dienstleistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen habe; das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses könne auch aus **Art oder Organisation** der Tätigkeit folgen (BAG NJW 1997, 962 – Tankwart zur Aushilfe; NZA 1998, 368 – Zeitungszusteller; NZA 1998, 595 – Dozent). Selbst wer ohne fachliche und/oder zeitlich-örtliche Kontrolle seine Tätigkeit verrichtet, kann bei Einbindung in eine fremde Organisation und bei Verpflichtung auf fremde Unternehmensziele einer sachlich-organisatorischen Abhängigkeit unterliegen und damit Arbeitnehmer sein. Nicht auf die tatsächliche Ausübung des Weisungsrechts ist zu achten, sondern auf die *rechtliche Möglichkeit* hierzu. *Maschmann* (NZA 2001, Sonderbeilage S. 29) definiert den Arbeitsvertrag daher als maßgeblich durch die Anerkennung der **rechtlichen Leitungsmacht** des Arbeitgebers gekennzeichneten Dienstleistungsvertrag (ohne Erfolgsbezogenheit). 23

### Achtung

Die persönliche Abhängigkeit lässt sich erst nach einer Gesamtbeurteilung feststellen, die vor allem auf die **fehlende Arbeitsouveränität** des Arbeitnehmers auf Grund seiner Abhängigkeit von Weisungen und/oder von der Organisation des Arbeitgebers abstellt. **Keine Indizwirkung** kommt dagegen Modalitäten der Entgeltzahlung (inkl. Sozial-

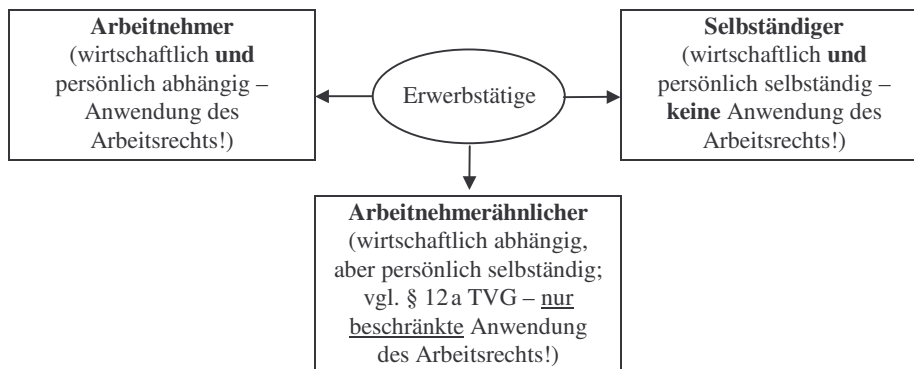


versicherung und Besteuerung) wie z.B. der Urlaubs- oder Krankheitsfortzahlung zu, weil diese schlicht auf unzutreffenden Annahmen beruhen können oder auch als Privilegien für ansonsten nicht arbeitnehmerähnliche Mitarbeiter gedacht sein können.

### 3. Arbeitnehmerähnliche Personen

- 24 Nach geltendem Recht ist die **wirtschaftliche** von der persönlichen Abhängigkeit sorgfältig zu unterscheiden, wie die folgende Übersicht zeigt:

**Schaubild 3:  
Die (Un)selbständigkeitstrias der Erwerbstätigkeit**



Neben dem persönlich abhängigen Arbeitnehmer und dem persönlich wie wirtschaftlich unabhängigen Selbständigen gibt es eine dritte Gruppe: die sog. „arbeitnehmerähnlichen“ Personen. Eine **Legaldefinition** der „arbeitnehmerähnlichen“ Personen findet sich in § 12a Abs. 1 Nr. 1 TVG, wonach arbeitnehmerähnliche Personen „wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig sind“. Freilich bereitet eine genaue Definition der „arbeitnehmerähnlichen Person“ trotz § 12a TVG Schwierigkeiten. *Hromadka* (NZA 1997, 1254) hat folgende Legaldefinition vorgeschlagen:

„Arbeitnehmerähnliche Person ist, wer, ohne Arbeitnehmer zu sein, persönlich und im wesentlichen ohne Mitarbeit anderer dauernd im wesentlichen nur für einen anderen tätig ist, wenn ihm von diesem im Durchschnitt ein Entgelt zusteht, das mindestens einem Drittel und höchstens dem vollen Betrag der Bezugsgröße nach § 18 SGB IV entspricht.“

- 25 Damit wird die Regelung des § 12a Abs. 1 TVG in Richtung der „persönlichen Selbständigkeit“ und „sozialen Schutzbedürftigkeit“ sinnvoll konkretisiert. Allerdings gelten für die „Arbeitnehmerähnlichen“ derzeit nur fünf arbeitsrechtliche Bestimmungen:

- für sie können Tarifverträge abgeschlossen werden (§ 12a TVG);
- sie haben Anspruch auf bezahlten Urlaub (§ 2 BUrlG);

- sie genießen allgemeinen Arbeitsschutz (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG) sowie speziellen Schutz gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BeschSchG);
- für Klagen gegen ihre Auftraggeber sind die Arbeitsgerichte zuständig (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG), welche dann aber überwiegend allgemeines Zivil- oder Handelsrecht anwenden.

*Hromadka* schlägt daher vor (NZA 1997, 1255), die Regelungen des HAG für Heimarbeiter im Grundsatz analog auf die „Arbeitnehmerähnlichen“ anzuwenden, auch wenn sich diese – häufig handelt es sich um Medien- und Bildungsberufe – kaum in einer vergleichbaren sozialen Lage befinden.

26

**Bitte vergleichen Sie jetzt Ihre Ergebnisse der Eingangsfälle (Rdn. 1) mit den nachstehend abgedruckten Lösungshinweisen:**

- a) Der Schauspieler könnte seine Gage vor dem Arbeitsgericht einklagen, wenn der Arbeitsrechtsweg gegeben wäre. Dazu müsste er gem. § 2 I Nr. 3 a ArbGG **Arbeitnehmer** sein. Der Schauspieler wird auch bei einer nur projektbezogenen Mitarbeit bei einer Fernsehproduktion als Arbeitnehmer und nicht als Dienstnehmer eingestuft, weil er zeitlich, örtlich und organisatorisch von den Weisungen des Produzenten bzw. des Regisseurs abhängig ist – ohne einheitliche Leitung kann ein Film nicht entstehen. Jedoch rechtfertigt die Projektbezogenheit im Filmgeschäft die Befristung des Arbeitsvertrags (→ Rdn. 20).
- b) Die Reinigungskraft könnte Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verlangen, wenn sie **Arbeitnehmerin** gem. § 1 II EFZG wäre. Sie putzt zwar regelmäßig (= dauerhaft) in drei verschiedenen Haushalten, ist jedoch in keine fremde Arbeitsorganisation eingebunden. Regelmäßig unterliegt die in privaten Haushalten tätige Reinigungskraft auch keiner einseitigen Weisungsgebundenheit hinsichtlich der Zeit ihrer Tätigkeit; die Arbeitszeit wird in der Regel vertraglich vereinbart bzw. geändert. Die für einige Stunden in privaten Haushalten tätige Reinigungskraft ist daher aufgrund freien Dienstvertrags tätig. Anders wäre zu entscheiden, wenn die Reinigungskraft ihre drei Putztätigkeiten für eine Reinigungsfirma durchführte. Dann ist sie in die Arbeitsorganisation der Reinigungsfirma eingeordnet und Arbeitnehmerin der Reinigungsfirma.
- c) Der VHS-Dozent ist grundsätzlich **freier Mitarbeiter**: Die VHS trifft eine ihrem Bildungsauftrag entsprechende Auswahl an Kursen und koordiniert auf dieser Grundlage im Regelfall nur Angebot und Nachfrage nach diesen Kursen. Eine umfassende Weisungsgebundenheit trifft den VHS-Dozenten daher regelmäßig nicht. Insbesondere wenn der Inhalt der Dienstleistung und die Unterrichtszeiten im einzelnen vertraglich geregelt sind und damit ein weiteres Weisungsrecht des VHS-Trägers entbehrlich ist, liegt im Zweifel ein freies Dienstverhältnis vor (BAGE 69, 62 = NZA 1992, 1125). Wer als „freier“ Dozent sein wesentliches Einkommen allerdings von einem einzigen Weiterbildungs-Institut bezieht, ist wegen fehlender „persönlicher“ Abhängigkeit nicht Arbeitnehmer, kann aber „arbeitnehmerähnliche Person“ sein (BAG NJW 1997, 2404). Nur wer als Dozent vollständig in eine Bildungseinrichtung eingegliedert ist und einseitigen Vorgaben unterliegt, kann Arbeitnehmer sein (→ Rdn. 22; krit. zur sehr „typologischen“ Methode ErfK/*Preis* § 611 BGB Rdn. 108).
- d) Nach § 1 BUrtG kann die „Propagandistin“ vom Träger des Kaufhauses dann Erholungsurlaub verlangen, wenn sie Arbeitnehmerin ist. Sie gilt jedoch grundsätzlich als **freie Mitarbeiterin**, da sie die Artikel einer Fremdfirma auf Provisionsbasis verkauft und ihren Verkaufsstand in den Kaufhausräumen nur „anmietet“, also keinem

Weisungsrecht des Kaufhauses unterliegt. Wenn sie aber – entgegen anderslautender vertraglicher Bekundungen – „wie andere Kaufhauskräfte“ arbeitet, also z.B. auch andere Artikel zu verkaufen hat, ist sie in die Betriebsorganisation des Kaufhauses eingebunden, untersteht somit tatsächlich dem Weisungsrecht des Kaufhauses und ist dann als Arbeitnehmerin einzustufen (vgl. LAG Köln AuR 1996, 413).

- e) Der Student, der einzelne Rezensionstermine wahrnimmt und seine Kritiken in der Redaktion abliefern, ist nur **freier Mitarbeiter**. Arbeitnehmer würde er aber dann, wenn er umfassend in die Betriebsorganisation der Redaktion eingegliedert würde, etwa dann, wenn er seine (oder auch andere) Beiträge redaktionell bearbeitet und sich

damit in den Betrieb eingliedert. Dann dürfte eine weisungsabhängige Beschäftigung und damit die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen sein. Bei Studenten ist jedoch zu beachten, dass hier wegen der Besonderheiten der Studiensituation befristete Arbeitsverhältnisse zulässig sind (BAG NZA 1991, 18), so dass trotz ihrer Arbeitnehmer-Eigenschaft Kündigungsschutzprobleme durch Abschluss befristeter Verträge vermieden werden können.

- f) Der Tankwart ist **Arbeitnehmer**: Auch als Aushilfe ist er in die Organisation des Tankstellenbetreibers eingebunden und seinen Weisungen verpflichtet (vgl. BAG NJW 1997, 962 und → Rdn. 23).

#### 4. Gruppen von Arbeitnehmern: Arbeiter und Angestellte

- 27 Die in vielen arbeitsrechtlichen Gesetzen übliche Arbeitnehmer-Definition (vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG, § 2 S. 1 BUrlG, § 1 Abs. 2 EFZG), die lediglich auf „**Arbeiter und Angestellte**“ verweist, ersetzt einen unbestimmten Rechtsbegriff durch zwei andere „soziologische“ Begriffe (→ Rdn. 7), die arbeitsrechtlich inzwischen entbehrlich geworden sind. Das BVerfG hat 1982 und 1990 zur für Arbeiter einerseits, Angestellte andererseits unterschiedlichen Kündigungsfrist und Fristberechnung (§ 622 Abs. 2 BGB a.F.) festgestellt, dass die allein statusbezogene Differenzierung eines sachlichen Grunds entbehre und daher gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt (BVerfGE 62, 256 = NJW 1983, 617; BVerfGE 82, 126 = NJW 1990, 2246). Der Gesetzgeber hat 1994 die Konsequenz im neuen § 622 BGB gezogen und die Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte vereinheitlicht.
- 28 Die Trennung nach Berufsgruppen war früher eine **Statusfrage**: (Kaufmännische) Angestellte waren „etwas Besseres“ als Fabrikarbeiter und Gesinde. Sie konnten lesen und schreiben, hatten Anspruch auf „Gehalt“ und „Gehaltsfortzahlung“ im Krankheitsfall und standen anders als die „Proletarier“ in einem ständigen Dienstverhältnis mit geräumigen Kündigungsfristen. Ihre Privilegierung im HGB und AVG (Angestelltenversicherungsgesetz) ist längst Geschichte. Die Differenzierung spielt heute nur noch in der Sozialversicherung eine Rolle (vgl. §§ 125 ff. SGB VI). Seit dem BetrVG 2001 gibt es auch in der Betriebsverfassung keine nach Berufsrollen getrennten Wahlen mehr (wohl aber den neuen Geschlechtsproporz → § 14 Rdn. 20).
- 29 Der **leitende Angestellte** spielt dagegen heute in der Betriebsverfassung (→ § 14 Rdn. 16) eine wichtige Sonderrolle. Trotz seiner Arbeitnehmerrolle ist er dem Arbeitgeber funktionell so nahe, dass er vom Geltungsbereich des



BetrVG ausgenommen wird (§ 5 Abs. 3, 4 BetrVG) und eigene Sprecherausschüsse als Repräsentationsorgane wählen kann (SprAuG). Deshalb auch ist sein Kündigungsschutz schwächer ausgestaltet (§ 14 KSchG).

### III. Kontrollfragen

1. Wie lässt es sich erklären, dass das Arbeitsvertragsrecht im BGB unter der Überschrift „Dienstvertrag“ (Sechster Titel) geregelt ist?
2. Warum helfen die Gesetzesbegriffe „Arbeiter“ bzw. „Angestellter“ (vgl. § 5 Abs. 1 ArbGG) bei der Bestimmung des Arbeitnehmer-Begriffs nicht weiter?
3. Aus welcher Norm werden die materiellen Kriterien des Arbeitnehmer-Begriffs von der BAG-Rechtsprechung abgeleitet?
4. Wie konkretisiert die BAG-Rechtsprechung den Typus-Begriff „Persönliche Abhängigkeit“?
5. Warum unterfällt
  - a) eine Rot-Kreuz-Schwester
  - b) ein Ordensangehöriger
  - c) ein Soldat jeweils nicht dem Arbeitsrecht?
6. Warum wird der Chefarzt im Klinikum nach herrschender, allerdings nicht unbestrittener Meinung als Arbeitnehmer eingestuft? Was unterscheidet ihn maßgeblich vom freiberuflich tätigen Arzt?
7. Lässt sich allein aufgrund der Tatsache, dass eine Tele-Arbeitskraft ihre Tätigkeit der Datenerfassung und -verarbeitung schwerpunktmäßig zu Hause verrichtet, schon die Arbeitnehmereigenschaft verneinen? Was spricht vielmehr für, was gegen eine Arbeitnehmerstellung in diesem Fall?
8. Warum spielt die sog. „wirtschaftliche Abhängigkeit“ für die Arbeitnehmereigenschaft nach herrschender Meinung keine Rolle?
9. Wo wird die „arbeitnehmerähnliche Person“ gesetzlich definiert? Warum spielt sie in der arbeitsrechtlichen Praxis kaum eine Rolle?

### Rechtsprechungsübersicht (§ 2)

Gericht	Entscheidungsdatum	Aktenzeichen	Stichwort	Fundstelle
BAG	4. 4. 1990	7 AZR 259/89	Student als Redaktionsmitarbeiter	BAGE 65, 86; NZA 1991, 18; DB 1990, 1874
BAG	13. 11. 1991	7 AZR 31/91	VHS-Dozent	BAGE 69, 62; NZA 1992, 1125

Gericht	Entscheidungsdatum	Aktenzeichen	Stichwort	Fundstelle
BAG	15. 4. 1993	2 AZB 32/92	Rechtsanwalt	NJW 1993, 2458; NZA 1993, 789; DB 1993, 1622
BAG	20. 7. 1994	5 AZR 627/93	Fernsehredakteur	BAGE 77, 226; NZA 1995, 161; DB 1994, 2502
BAG	9. 11. 1994	7 AZR 217/94	Arbeitnehmerüberlassung	BAGE 78, 252; DB 1995, 1566
BAG	30. 11. 1994	5 AZR 704/93	Rundfunksprecher	BAGE 78, 343; NZA 1995, 622; DB 1995, 1767
BAG	22. 3. 1995	5 AZB 21/94	Scientology Kirche e. V.	BAGE 79, 319; NJW 1996, 143; NZA 1995, 823; DB 1995, 1714
BAG	6. 6. 1995	5 AZB 9/93	Rote-Kreuz-Schwester	BAGE 80, 256; NZA 1996, 33; DB 1995, 2612
BAG	24. 4. 1996	7 AZR 719/95	Befristung – programmgestaltender Mitarbeiter beim Rundfunk	BAGE 83, 60; NZA 1997, 196
BAG	12. 6. 1996	5 AZR 960/94	Tankwart zur Aushilfe	BAGE 83, 168; NJW 1997, 962; NZA 1997, 191; DB 1997, 429
BAG	12. 9. 1996	5 AZR 104/95	Dozent – Abendgymnasium	BAGE 84, 124; NZA 1997, 600; DB 1997, 1037
BAG	16. 7. 1997	5 AZB 29/96	Franchise-Nehmer	BAGE 86, 178; NJW 1997, 2973; NZA 1997, 1126; DB 1997, 2127
BAG	16. 7. 1997	5 AZR 312/96	Zeitungszusteller	BAGE 86, 170; NZA 1998, 368; DB 1997, 2127
BAG	19. 11. 1997	5 AZR 21/97	Dozent – Technische Akademie	NZA 1998, 595; DB 1998, 1288
BAG	22. 4. 1998	5 AZR 2/97	Befristung – Kameraassistent	NZA 1998, 1277; DB 1998, 2608
BAG	15. 12. 1999	5 AZR 566/98	Versicherungsvertreter	DB 2000, 723
LAG Köln	30. 6. 1995	4 Sa 63/95	Propagandistin	AuR 1996, 413
BVerfG	13. 1. 1982	1 BvR 1047/77	Befristung – Rund-	BVerfGE 59,

Gericht	Entscheidungsdatum	Aktenzeichen	Stichwort	Fundstelle
			funk	231; NJW 1982, 1447; DB 1982, 1062
BVerfG	16. 11. 1982	1 BvL 16/75	Arbeiter und Angestellte	BVerfGE 62, 256; DB 1983, 450
BVerfG	30. 5. 1990	1 BvL 2/83	Kündigungsfrist Arbeiter und Angestellte	BVerfGE 82, 126; NJW 1990, 2246; NZA 1990, 721; DB 1990, 1565