

§ 5 Die Begriffe Arbeitnehmer, Selbständiger, Arbeitsverhältnis, Arbeitsvertrag und Arbeitgeber

Weiterführende Literatur: Berndt, Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter, BB 98,894 ff; Hanau/Adomeit Arbeitsrecht E; Linnenkohl, Die Virtualisierung der Arbeitsbeziehungen, BB 98, 45 ff; Reuter, Die Arbeitsaufgabe und der Arbeitnehmerbegriff, 1985; Richardi, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag, in Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der jur. Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 607 ff; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 8 f; Wank, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; ders. Die „neue Selbständigkeit“, DB 92, 90 ff; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 4.

1. Die Bedeutung der Begriffe für die praktische Rechtsanwendung

Nach unsere Definition ist das Arbeitsrecht das **Sonderrecht der Arbeitnehmer**.

Eine für alle arbeitsrechtlichen Gesetze einheitliche Definition des Begriffes „Arbeitnehmer“ gibt es nicht. Für die praktische Rechtsanwendung ist daher von großer Wichtigkeit zu verstehen, dass die einzelnen arbeitsrechtlichen Gesetze ihren Anwendungsbereich selbst bestimmen. Dabei kann die jeweilige Begriffsdefinition von Gesetz zu Gesetz unterschiedlich sein! Es ist also jeweils von dem Begriff auszugehen, den das gestimmte Gesetz in den Vordergrund stellt:

- Häufig wird der Begriff „**Arbeitnehmer**“ verwendet (z.B. im Arbeitsgerichtsgesetz oder Betriebsverfassungsgesetz).
- In anderen Fällen wird vom Begriff des **Arbeitsverhältnisses** ausgegangen (z.B. § 622 BGB). Unter Arbeitsverhältnis wird allgemein die Gesamtheit aller wechselseitig durch einen Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verstanden. Ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt, ist vom Begriff des An aus zu klären, so dass für die praktische Rechtsanwendung dem Arbeitnehmerbegriff entscheidende Bedeutung zukommt.

Aber nicht nur rechtlich, sondern auch betriebs- und volkswirtschaftlich ist der Arbeitnehmerbegriff von erheblicher praktischer Bedeutung. Stichworte wie „lean management“, „outsourcing“ oder der „virtuelle Arbeitsplatz“ berühren unmittelbar die Frage des Rechtsverhältnis zwischen den Vertragsparteien. Viele Firmen haben erkannt, wie leicht (und für sie profitabel) die Ausgliederung von Mitarbeitern und deren Weiterbeschäftigung als (Schein)selbständige ist. Wird ein An zu Unrecht als Selbständiger eingeordnet, entfallen für ihn alle arbeitsrechtlichen Schutznormen, von der Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle bis zum Kündigungsschutz. Auch wird die Verpflichtung zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen auf den Selbständigen abgewälzt. Führt er keine Beiträge ab, kann dies -mangels privater Vorsorge- zu einer Belastung der Allgemeinheit führen. Zwar ist die Selbständigkeit aus volkswirtschaftlicher Sicht zweifellos begrüßenswert, jedoch besteht ein Interesse der Allgemeinheit, die Scheinselbständigkeit zu verhindern.

2. Der Arbeitnehmerbegriff

Fall: Der Urlaubsanspruch des Nahverkehrspartners (nachgebildet BAG, BB 98,798)

Der internationale Transportkonzern T beschäftigt sich mit der Beförderung von Fracht- und Expressgut. Von ihren Frachtzentren erfolgt der Vor- und Nachlauf (also das Abholen und Hinbringen vom Kunden) durch sog. Nahverkehrspartner, wie den N.

N hatte mit T einen Formularvertrag geschlossen. Darin wurde ihm ein bestimmter Nahverkehrsbereich zugewiesen, in dem er ausschließlich für den Nach- und Vorlauf verantwortlich ist. Weiterhin verpflichtete er sich darin u.a., sein auf eigene Kosten anzuschaffendes Transportfahrzeug in den Farben und mit dem Logo des T zu versehen, während der Arbeit die Firmenkleidung des T zu tragen, die Auftragsabwicklung nach dem einheitlichen Verfahren des T durchzuführen, jeden Morgen um 6 h zur Übernahme der Transportaufträge bei T zu erscheinen und sich während der Arbeitszeit (von 6 bis 16 h) stündlich bei T zu melden, um ggf. neue Transportaufträge entgegenzunehmen. Nach dem Vertrag ist es Aufgabe des N, seine Steuern und Sozialversicherungsbeiträge selbst abzuführen. Als Gegenleistung erhält N eine feste Vergütung pro Sendung.

Nach 9 Monaten ohne Urlaub verlangt N von T bezahlten Erholungsurlaub. Zu Recht?

N könnte gegen T einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub nach § 1 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) haben. Danach hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.

Voraussetzung wäre also, daß N An i.S.d. BUrlG ist. In § 2 BUrlG wird der **Begriff des Arbeitnehmers** -ebenso wie in vielen anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen- wie folgt bestimmt: „Arbeitnehmer i.S.d. Gesetzes sind **Arbeiter und Angestellte** sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten.“ Diese Definition ist aber zur Begriffsbestimmung des An unbrauchbar. Denn die Begriffe „Arbeiter und Angestellte“ sind Einteilungsbegriffe von „Arbeitnehmer“ und können deshalb ihrerseits ohne den Begriff des Arbeitnehmers gar nicht definiert werden. Der Begriff „Arbeitnehmer“ ist auch in keinem anderen Gesetz gesetzesübergreifend definiert. Zur Begriffsbestimmung muss daher auf die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Nach BGH (NJW 99,648, 649) ist An, „wer weisungsgebunden vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von seinem Vertragspartner bestimmten Arbeitsorganisation erbringt.“ Dementsprechend müssen für die **Arbeitnehmereigenschaft** folgende **zwei Voraussetzungen** erfüllt sein:

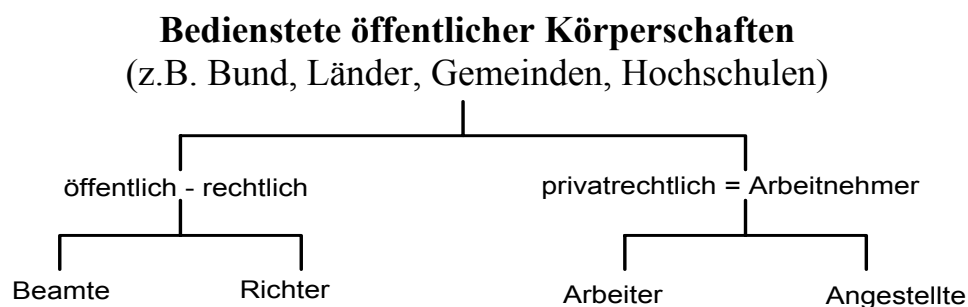
- (1) Zunächst muss ein **Dienstvertrag** i.S.d. § 611 BGB vorliegen.
- (2) Weiterhin muss eine **Dienstleistung weisungsgebunden in persönlicher Abhängigkeit** erbracht werden.

zu (1): Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB:

Def.: Unter Dienstvertrag i.S.d. § 611 BGB fällt jede (d) **entgeltliche** (c) **Leistung von Diensten** (e) **für einen anderen** auf (a) **privatrechtlicher** (b) **vertraglicher Grundlage**.

Diese 1. Voraussetzung soll zunächst einmal zur Abgrenzung von anderen Vertragsarten dienen:

- (a) **Privatrechtlich:** Deshalb fallen darunter nicht: Beamte und Richter. Jedoch fallen darunter die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst.



- (b) **Vertrag:** Mangels vertraglicher Verpflichtung fallen nicht darunter: Strafgefangene; Personen, die ausschließlich freiwillig, aus religiösen oder karitativer Gründen arbeiten; Personen, die aufgrund familienrechtlicher Beziehungen mitarbeiten.
- (c) Leistung von **Diensten:** Wird dagegen ein Erfolg geschuldet, handelt es sich um einen Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB. Auch Franchiseverträge für sich betrachtet begründen kein Dienstverhältnis, da der Franchisenehmer auf eigene Rechnung
- (d) **Entgeltlich:** Andernfalls liegt ein Auftrag i.S.d. § 662 BGB vor.
- (e) Leistung von Diensten **für einen anderen:** Unter diesem Gesichtspunkt ist zur Gesellschaft i.S.d. § 705 BGB und zu anderen Gesellschaftsformen abzugrenzen. Die Abgrenzung erfolgt von dem Begriff der Gesellschaft her.

Bsp(e): Pflicht zur Förderung eines gemeinschaftlichen Zweckes oder keine Lohnzahlung, sondern Teilnahme am Gewinn (und Verlust) sprechen gegen eine Leistung für Dritte.

Im vorliegenden Fall besteht kein Zweifel, daß N aufgrund privatrechtlichen Vertrages entgeltlich Dienste für T leistet.

zu (2): Weitere Voraussetzung ist, dass eine (a) **Dienstleistung** (b) **in persönlicher Abhängigkeit** (c) **weisungsgebunden** erbracht werden muss.

- (a) Hinsichtlich des Elements „**Dienstleistung**“ kann zunächst abgegrenzt werden zwischen:

- der Dienstleistung des **selbständig Tätigen**, z.B. des Rechtsanwalts, Arztes, Steuerberaters, Industrieraters jeweils mit eigener Kanzlei oder Praxis; dazu gehört auch der Normalfall des freien Mitarbeiters in einer solchen Kanzlei oder Praxis,
- die Arbeitsleistung des **Arbeitnehmers**.

(b)(c) Die Voraussetzungsmerkmale (b) „in persönlicher Abhängigkeit“ und (c) „weisungsgebunden“ treffen nicht mehr auf die Dienstleistungen des selbständig Tätigen zu.

Für die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers sind sie teilweise schwierig zu konkretisieren. Dazu BAG Betrieb 1978, 1035; „Bei der Frage, in welchem Maße der Mitarbeiter persönlich abhängig ist, ist vor allem die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit zu berücksichtigen. Es gibt keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien. Für Dienstverhältnisse eines Akkordarbeiters, eines Kapitäns, einer Tänzerin oder eines Chefarztes kann es bei der Frage, ob sie persönlich abhängig sind oder nicht, kaum einen einheitlichen Maßstab geben“. **Es muss also anhand von Indizien ermittelt werden, ob eine Arbeitnehmergemeinschaft vorliegt (1.-6.):**

1. Wichtigstes Indiz ist **die Art und die Organisation der Tätigkeit**:
 - Dabei ist zum einen der Grad der **Eingliederung** des Mitarbeiters in den Betrieb zu berücksichtigen. Eine starke Eingliederung spricht für eine Arbeitnehmerstellung.
 - Zum anderen ist beachtlich, ob der Mitarbeiter an feste Arbeitszeiten und einen festen Arbeitsort gebunden oder er insoweit unabhängig ist.
 - Für die Arbeitnehmerstellung spricht ferner, wenn der Dienstverpflichtete grundsätzlich seine die **Arbeitsleistung persönlich** erbringen muss und seine **ganze Arbeitskraft** dem Dienstberechtigten schuldet. Demgegenüber ist es für den Selbständigen typisch, dass er nicht nur für einen Kunden, Mandanten, Patienten usw. arbeitet, sondern für mehrere.
2. Weiteres zentrales Indiz ist der **Umfang der Weisungsgebundenheit**. Je mehr der Dienstverpflichtete hinsichtlich seiner Arbeit den Weisungen des Dienstberechtigten unterliegt, desto mehr spricht das für eine Arbeitnehmerstellung. Besondere Schwierigkeiten macht die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerstellung und selbständiger Tätigkeit bei den **Handelsvertretern**. Sie können entweder selbständige Kauf-

leute (i.S.d. §§ 1 ff, 84 ff HGB) oder Handlungsgehilfen (i.S.d. §§ 59 ff HGB) und damit Arbeitnehmer sein. Das äußere Bild ihrer Tätigkeit ist vielfach identisch: Sie bemühen sich bei Kunden um Aufträge. Hier hat das Gesetz in § 84, Abs. 1, S. 2 HGB eine Regelung getroffen, die allgemeine Geltung hat: „Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.“

Für eine Arbeitnehmerstellung spricht deshalb, wenn jemand im wesentlichen nicht frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit nicht selbst bestimmen kann. Die Weisungsgebundenheit ist also in zweierlei Hinsicht zu prüfen:

- bezüglich dessen, was der Dienstverpflichtete zu tun hat, d.h. bezüglich der **Art und Weise** seiner Arbeit;
- bezüglich des **Wann** seiner Arbeit.

Die soeben besprochenen Indizien sind vorrangig zu beachten. Die folgenden Faktoren werden jedoch in der Entscheidungspraxis ebenfalls gerne herangezogen, weil sie konkreter und klarer sind.

3. Die **Art der Entlohnung**: Für die Arbeitnehmereigenschaft spricht, wenn ein festes Gehalt gezahlt wird.
4. Ein weiterer Anhaltspunkt ist die **Bezeichnung** durch die Parteien, d.h. ob jemand als Angestellter oder Arbeiter oder als freier Mitarbeiter bezeichnet wird.
Dazu allerdings BAG Betrieb 1976, 298: „Es kommt weniger darauf an, wie die Parteien ihr Rechtsverhältnis benannt, als wie sie es nach objektivem Maßstab praktiziert haben.“
5. Die **Abführung von Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträgen** ist in der Praxis stets ein Indiz für die Arbeitnehmerstellung.
6. Aufschluss über den Status eines Mitarbeiters kann auch die Frage nach der **Art der Entlohnung** liefern: wird die Vergütung auch bei Krankheit und Urlaub weitergezahlt oder erhält er lediglich eine Entlohnung für geleistete Dienste?

Wenden wir das soeben Besprochene auf unseren Fall an:

zu 1.: Eines der wesentlichen Indizien ist die Art und der Umfang der Eingliederung in den Betrieb bzw. die Organisation.

Aufgrund der vertraglichen Bindungen verfügt der N über keinen wesentlichen Spielraum, andere eigene Aufträge entgegenzunehmen, wie es ein Frachtführer gemäß §§ 407 ff HGB kann. Hierfür spricht zum einen, dass N dem T praktisch seine ganze Arbeitskraft schuldet. Seine Dienstzeit dauert von 6 bis 16 h. Zum anderen lässt die ständige Dienstbereitschaft durch die stündliche Meldepflicht dem N faktisch nicht die Möglichkeit, wie ein Unternehmer dispo-

nieren. Dieser Aspekt spricht in starkem Maße für eine Arbeitnehmerstellung des N.

Hinzu kommen die Vorschriften über das Auftreten des N nach außen. Die Regelungen des T über das äussere Erscheinungsbild von Fahrzeug und Fahrer sowie die Auftragsabwicklung, die N einzuhalten hat, gehen in ihrer Intensität weit über das hinaus, was von einem selbständigen Unternehmer üblicherweise gefordert werden darf. Auch hierin liegt eine ausgeprägte persönliche Abhängigkeit, wie sie nur für die Arbeitnehmer typisch ist.

- zu 2.: Bezüglich der Weisungsgebundenheit des N gilt: Zwar kann N die Reihenfolge seines Nach- und Vorlaufs und damit seine Fahrtroute selbst bestimmen. Durch die Zeitoptionen seiner Kunden und den von T zugewiesenen Bezirk ergibt sich aber für N nur eine geringe Gestaltungsmöglichkeit. Will er seine Arbeit zielgerichtet und pünktlich ausführen, muss er sich für den schnellsten Weg zwischen Frachtzentrum und Kunden entscheiden. Er ist also praktisch weisungsgebunden.
- zu 3.: N erhält kein festes Gehalt, sondern eine Vergütung pro Sendung. Dieses Indiz spricht für eine selbständige Tätigkeit.
- zu 4.: Im Dienstvertrag ist N als Nahverkehrspartner bezeichnet. Dieser Umstand spricht eher für eine selbständige Tätigkeit. Wie jedoch bereits ausgeführt, hat dieser Gesichtspunkt aber gegenüber der andersartigen faktischen Gestaltung kein Gewicht.
- zu 5.: Auch die Nichtabführung von Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen spricht nicht gegen die Arbeitnehmereigenschaft des N. Denn der Arbeitgeber kann nicht dadurch, dass er einfach keine Sozialversicherungsbeiträge abführt, dem Arbeitnehmer diesen Status aberkennen. Die Nichtabführung dieser Abgaben beruht hier wesentlich darauf, dass T nicht die tatsächliche Rechtslage erkannt hat.
- zu 6.: Um die Weiterzahlung bei Urlaub wird vorliegend gestritten. Folglich kann aus diesem Indiz keine Schlussfolgerung über den Status des N gezogen werden.

Der Umstand, dass N bereits neun Monate für T tätig ist, ist für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft unbeachtlich. Auf die Dauer der Beschäftigung kommt es nicht an. Auch ein langjährig Tätiger kann echter freier Mitarbeiter sein.

Zum Arbeitnehmerbegriff gehört auch nicht die berufsmäßige Arbeitsleistung. Auch der Werkstudent, der sich die Mittel für die Ausbildung zu einem anderen Beruf verdient, oder der nebenbei Tätige sind An. Freilich kann namentlich bei der letztgenannten Gruppe das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit fehlen.

Ergebnis: Somit sprechen starke Indizien für die Arbeitnehmerstellung des N. N ist also Arbeitnehmer. Er hat mithin einen Urlaubsanspruch nach §1 BUrlG gegen T.

Weitere Berufsgruppen, bei denen die Rspr. eine Arbeitnehmerstellung bejaht, sind z.B.: Bühnenbildner, Fernsehreporter, Fotomodell, Franchisenehmer (wenngleich stark eingeschränkt), Lizenzfußballspieler, Fußballtrainer, Handelsagent, Pharmaberater, ständig beschäftigter Rundfunksprecher, Werkstudent (im Abruferhältnis) und Zeitungsträger. Die Arbeitnehmereigenschaft verneint die Rspr. hingegen z. B. beim Versicherungsvermittler (BAG BB 2000, 826; BAG BB 2000, 1469 mit Anm. Reiserer; BAG 2000, 1837 mit Anm. Bolle), Dozenten an Volkshochschulen, Lehrbeauftragten an Hochschulen und Tankstellenbesitzern (weitere Beispiele und Fundstellennachweise finden sich bei Schaub, Arbeitsrechts Handbuch § 8, III.). Jedoch kommt es immer auf die Besonderheiten des Einzelfalles an.

3. Die Begriffe Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis

In Literatur und Praxis werden neben dem Begriff „Arbeitsvertrag“ häufig auch die Begriffe „Dienstvertrag“ oder „Anstellungsvertrag“ verwendet. Alle diese Begriffe bezeichnen i.d.R. dasselbe. Nachfolgend soll deshalb vorrangig der Begriff „Arbeitsvertrag“ verwandt werden.

Ein **Arbeitsvertrag** wird durch privatrechtlichen Vertrag begründet: Er ist ein vollkommen zweiseitiger (wechselseitiger) Vertrag, bei dem der Hauptpflicht des An zur Erbringung der geschuldeten Dienste als Hauptpflicht auf Seiten des Ag die Zahlung einer Vergütung gegenübersteht, § 611 Abs. 1 BGB. Zum Abschluss eines vollwirksamen Arbeitsvertrages sind die zwingenden gesetzlichen Normen, tariflichen Bestimmungen etc. zu beachten. Diese ergeben sich in erster Linie aus den §§ 611 ff BGB, den arbeitsrechtlichen Sondergesetzen sowie den einschlägigen Tarifverträgen. Enthält andererseits ein Arbeitsvertrag objektive Regelungslücken, werden diese ggf. durch die zwingenden bzw. dispositiven gesetzlichen und tarifären Regelungen ergänzt.

Das **Arbeitsverhältnis** ist die Gesamtheit aller wechselseitig durch einen Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Kennzeichnend für das Arbeitsverhältnis ist, dass sich der An zur Leistung unselbständiger Arbeit verpflichtet. Über die nicht immer einfache Abgrenzung zu anderen Vertragsarten (wie Werkvertrag, Gefälligkeitsverhältnis, Auftrag, Handelsvertreter) vgl. oben Zif. 2.. Jedoch gilt es, das Arbeitsverhältnis auch gegenüber dem Dienstverhältnis des selbständig Tätigen noch abzugrenzen. Dazu folgender Fall:

Fall: Der Strahlenphysiker (nachgebildet: BAGE 12, 303)

Der Strahlenphysiker Dr. A hatte mit der Deutschen Bundespost (DBP) einen Vertrag mit folgendem Inhalt geschlossen: A bekommt von der DBP eine Berg- hütte zur Verfügung gestellt, in der er gleichzeitig wohnt und für die er monat- lich 100 DM Miete zu zahlen hat. A ist verpflichtet, der DBP laufend die für die Beurteilung der Ionosphäre maßgebenden Werte aufzunehmen, die Ergebnisse dem fernmeldetechnischen Zentralamt zweimal täglich fernmündlich bekannt- zugeben (9.30 Uhr und 15.30 Uhr) und das fernmeldetechnische Zentralamt über ihre Auswertungen laufend zu beraten. Ferner hat A die Ergebnisse wissen- schaftlich auszuwerten und halbjährlich Bericht zu erstatten. Das für die Mes- sungen erforderliche Gerät ist im Wesentlichen Eigentum des A. A erhält mo- natlich 1.800 DM, die auch bei Urlaub und Krankheit weitergezahlt werden. A, der durch diese Tätigkeit nicht ausgelastet ist, beschäftigt sich im übrigen mit wissenschaftlichen Untersuchungen, die er -mit Zustimmung der DBP- publi- ziert.

Aus Anlass organisatorischer Veränderungen kündigt die DBP dem A mit Schreiben vom 04. Oktober, zugegangen am 12. Oktober zum 31. Oktober. A will wissen, ob die Kündigung wirksam ist.

Die Kündigung könnte nach § 621 Nr. 3 BGB wirksam sein. Voraussetzung für die im Vergleich zu § 622 kürzere Kündigungsfristen des § 621 wäre ein „(1) Dienstverhältnis, das kein (2) Arbeitsverhältnis“ ist.

- (1) A hat sich durch den Vertrag mit der DBP zur entgeltlichen Leistung von Diensten verpflichtet. Mithin besteht ein Dienstverhältnis.
- (2) Fraglich ist, ob dieses Dienstverhältnis auch gleichzeitig ein Arbeitsver- hältnis darstellt. Nach unserer Definition ist ein Arbeitsverhältnis die Ge- samtheit aller wechselseitig durch einen Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Es ist zu un- terscheiden vom Dienstverhältnis des selbständig Tätigen. Dadurch, dass der Begriff des Arbeitsverhältnisses auf den Arbeitnehmerbegriff Bezug nimmt, ist also die gleiche Prüfung erforderlich, wie sie im vorigen Fall vorgenommen wurde. Da die Voraussetzung „Dienstverhältnis“ bereits bejaht werden konnte, muss nur noch geprüft werden, ob die Dienstlei- stung weisungsgebunden in persönlicher Abhängigkeit erbracht wurde. Es gilt also auch hier, anhand von Indizien festzustellen, ob A Arbeitneh- mer ist:

1. **Art und Organisation der Tätigkeit:** Der Grad der Einbindung des A in die Organisation der DBP ist sehr gering. Bezüglich der Arbeitszeit ist A lediglich dadurch gebunden, dass ihm die zweima- lige telefonische Durchsage zeitlich vorgeschrieben wurde. Im üb- rigen ist A in der Lage, seinen Arbeitsplatz zu verlassen und kann im Wesentlichen seine Arbeitszeit frei einteilen. A schuldet der DBP auch nicht seine gesamte Arbeitskraft, darf er doch ausdrück- lich für andere arbeiten.

2. **Umfang der Weisungsgebundenheit:** In sachlicher Hinsicht bestehen keine wesentlichen Weisungsbefugnisse. Die DBP kann sich lediglich auf die Pflicht des A berufen, sie über die Auswertungen der Messungen „laufend zu beraten“. Ein „Beratungsverlangen“ ist aber keine Weisung hinsichtlich der Art und Weise der Arbeit, sondern das Inanspruchnehmen einer vertraglich zugesicherten Leistung.

Diese zwei entscheidenden Gesichtspunkte sprechen bereits gegen eine Arbeitnehmerstellung des A.

3. Hinzu kommt, dass das Messgerät A selbst gehört; das wäre für einen Arbeitnehmer ungewöhnlich.
4. Für eine Arbeitnehmerstellung spricht allerdings, dass A eine feste Vergütung bekommt, die auch bei Krankheit und Urlaub weitergezahlt wird. Da aber die gegen eine Arbeitnehmerstellung sprechenden Gesichtspunkte weit überwiegen, kann diesem Umstand kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden.

Ergebnis: Somit ist der zwischen Dr. A und der DBP geschlossene Vertrag kein Arbeitsverhältnis, sondern ein Vertrag mit einem selbständig Tätigen. Damit liegen die Voraussetzungen des § 621 Nr. 3 BGB vor, so dass die Kündigung wirksam ist.

Zu den Dienstverträgen, die kein Arbeitsverhältnis i.S.d. § 622 BGB sind, zählen z.B. Verträge mit Arbeitnehmern der freien Berufe wie Rechtsanwälte, Steuerberatern, Ärzten, Architekten usw., mit Künstlern, Hebammen und Privatlehrern.

4. Arten der Arbeitsverhältnisse

4.1 Berufliche Gliederung

Hinsichtlich der beruflichen Gliederung der An unterscheidet man im wesentlichen zwischen:

- **Gewerbliche An** sind alle gewerblichen Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden, die in einem Gewerbebetrieb (i.S.d. GewO) tätig sind.

Bsp(e): Fabrikarbeiter; Handlungsgehilfen; Raumpflegepersonal; Bauarbeiter.

Für gewerbliche An gelten die §§ 121, 133g-139a GewO.

- **Technische Angestellte** sind An, die in einem Gewerbebetrieb tätig sind und nicht kaufmännische Angestellte sind.

Bsp(e): Ingenieur; Techniker; Zeichner.
Für diese An gelten die §§133e und f GewO.

- Als **kaufmännische Angestellte** werden solche An bezeichnet, deren Ag Kaufmann i.S.d. HGB ist und die kaufmännische Dienste leisten.

Bsp(e): Ein- und Verkäufer; Buchhalter; Kassierer.
Für kaufmännische Angestellte gelten die §§ 59-75h HGB.

Diese Unterteilung hat heute nur noch geringe praktische Bedeutung, da früher bestehende gesetzliche Unterschiede weitestgehend angeglichen sind. Gleichwohl sind sie noch nicht gänzlich überholt, weil noch immer einige Sonderregeln bestehen, z.B. §§ 8, Abs. 3, 14, Abs. 3, 17, Abs. 2 JArbSchG und §§ 8, Abs. 2, 9, Abs. 1, S. 2 MSchG.

4.2 Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten

Alle Arbeitnehmer sind entweder Arbeiter oder Angestellte. Jedoch verliert die Unterteilung in Arbeiter oder Angestellte nicht nur infolge der fortschreitenden Technisierung und der Notwendigkeit stärkerer Ausbildung zunehmend an Bedeutung. Auch in der Rechtsentwicklung hat eine starke Angleichung der rechtlichen Behandlung beider Berufsgruppen (beispielsweise bei den Kündigungsfristen und bei der Gewährung von sozialen Nebenleistungen) stattgefunden. Dennoch ist die Unterscheidung heute noch von Bedeutung, z.B. für die Art und die Berechnung der Vergütung (Stunden- oder Akkordlohn bei Arbeitern; Monatsvergütung bei Angestellten), die Ausübung des Weisungsrechts, das Betriebsverfassungsrecht (§ 6 BetrVG) und die tarifvertraglichen Regelungen. Wesentlich ist die Unterscheidung nach wie vor auch noch im Sozialversicherungsrecht. Die gesetzliche Altersversorgung ergibt sich zwar für beide Gruppen aus dem SGB VI. Jedoch sind die unterschiedlichen Versicherungsträger noch nicht völlig beseitigt.

Bezüglich der Altersversicherung bestehen in wesentlichen zwei Möglichkeiten:

- Versicherung als **Arbeiter** nach §§ 127 ff SGB VI. Zuständig ist die jeweilige Landesversicherungsanstalt (LVA).
- Versicherung als **Angestellter** nach §§ 132 SGB VI. Zuständig ist die Bundesanstalt für Angestelltenversicherung (BfA) in Berlin.

Arbeiter können sich aber seit einigen Jahren auch bei der BfA versichern.

Welcher An zählt nun zu den Arbeitern, welcher zu den Angestellten? Eine allgemeingültige Definition dieser Begriffe existiert nicht. Mit der hM erfolgt die Abgrenzung vom Begriff des Angestellten her: **Ein Arbeitnehmer, der nicht Angestellter ist, ist Arbeiter.** Am weitesten normiert ist die Prüfung, ob jemand Angestellter ist, im Sozialversicherungsrecht, dessen Einteilung durch Verweis

auch im Betriebsverfassungsrecht gilt (§ 5 BetrVG). Nach st. Rspr des BSG erfolgt die Einordnung in fünf Prüfungsschritten. Dabei ist erst auf die nächste überzugehen, wenn die vorherige keine Entscheidung zugelassen hat:

- Zunächst ist § 133 SGB VI zu beachten. In § 133, Abs. 2 SGB VI findet sich eine kasuistische Aufzählung der acht wichtigsten Berufsgruppen, die zu den Angestellten gehören. Erwähnt werden u.a.: Angestellte in leitender Stellung, technische Angestellte in Betrieb, Büro oder Verwaltung, Werkmeister, mittlere und gehobene Büroangestellte, Handlungsgehilfen, Bühnenmitglieder und Musiker, Angestellte in Berufen der Erziehung, des Unterrichts, der Krankenpflege, Schiffsführer und Schiffsoffiziere sowie das Bordpersonal der Zivilluftfahrt.
- Alsdann ist zu untersuchen, ob die Beschäftigung einer der im sog. Berufsgruppenverzeichnis aufgeführten Gruppe entspricht.
- In der dritten Stufe ist zu prüfen, ob die Beschäftigung derjenigen einer Berufsgruppe entspricht, deren Angehörigen nach der Verkehrsanschauung allgemein als Angestellte betrachtet werden.
- Alsdann ist zu fragen, ob die Beschäftigung vorwiegend körperlicher oder geistiger Art ist. Ergibt auch diese Untersuchung noch kein schlüssiges Ergebnis ist,
- fünftens auf den übereinstimmenden Willen der Parteien abzustellen.

Die Unterscheidung zwischen Angestellten und Arbeiter deckt sich nicht immer mit dem Sprachgebrauch im täglichen Leben. So sind z.B. Kellner, Büroboten und Hausgehilfen Arbeiter i.S.d. SGB VI.

Außerhalb des Sozialversicherungs- und Betriebsverfassungsrechts erfolgt die Unterteilung nach den allgemeinen von Rspr und Lehre entwickelten Grundsätzen. Danach ist zunächst auf die Natur der vereinbarten und ausgeübten Tätigkeit abzustellen. Lässt sich hierdurch keine eindeutige Zuordnung finden, ist zu unterscheiden zwischen vorwiegend geistiger oder körperlicher Arbeit. Man kann also vereinfachend sagen: **Angestellter ist, wer kaufmännische oder büromäßige oder sonst vorwiegend geistige Arbeit leistet.**

5. Erweiterungen und Einschränkungen des Arbeitnehmerbegriffs

5.1 Arbeitnehmerähnliche Personen

Als weitere Gruppe kennt das Arbeitsrecht die sog. arbeitnehmerähnliche Person. Darunter versteht man Personen, die wirtschaftlich abhängig und vergleichbar einem Arbeitnehmer sozial schutzbedürftig und überwiegend für eine Person tätig sind (vgl. § 12 a TVG). Arbeitnehmerähnliche Personen sind also mangels persönlicher Abhängigkeit noch keine Arbeitnehmer, aufgrund ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit noch keine Selbständige. Zu den arbeitnehmerähnlichen Personen zählen u.a. die Heimarbeiter die freien Mitarbeiter (z.B. bei Presse,

Funk, und Fernsehen) und bestimmte Arten der Handels- und Versicherungsvertreter. Auf arbeitnehmerähnliche Personen findet das Arbeitsrecht **grds. keine Anwendung**. Aufgrund ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit werden sie jedoch teilweise den Arbeitnehmern gleichgestellt, so z.B. nach § 12 a TVG, § 3 S. 2 BUrlG, §§ 1, 2 Entgeltfortzahlungsg, § 2 FeiertagsLohnG, § 5 ArbGG sowie bei einzelnen Aspekten einer Kündigung (wie rechtzeitige Bekanntgabe, Zeugnisan-spruch). Zur Verdeutlichung mag folgender Fall dienen:

Fall: Der rasende Reporter

A ist als Bildberichterstatter tätig. Zunächst bot er seine Arbeiten verschiedenen Verlagen an. Im Laufe der Zeit kam es zu einer immer engeren Zusammenarbeit mit dem Z-Verlag, so dass A mehrere Jahre lang ausschließlich für Z arbeitete. Über die Zusammenarbeit wurde ein Vertrag geschlossen, wonach A sich verpflichtete, als „freier Mitarbeiter“ ausschließlich für den Z-Verlag Reportagen anzufertigen. Die Berichte und Bilder wurden einzeln abgerechnet. Der Z-Verlag stellte A eine neue Kameraausrüstung zur Verfügung. A nahm auch an den Redaktionskonferenzen des Verlages teil. Dabei wurden die einzelnen Projekte des A besprochen; teilweise wurden A auch Aufträge erteilt, die er meist ausführte. Nach Durchführung größerer Arbeiten legte A jeweils längere Pausen ein und unternahm auch mehrwöchentliche Informationsreisen, ohne Berichte und Bilder anzufertigen. Später wurde der Vertrag aufgelöst. Der Z-Verlag verlangte die Kamera zurück. Nach der Rückgabe behauptete Z, sie sei beschädigt und verlangt Schadensersatz. Vor welchem Gericht müsste Z gegen A auf Schadensersatz klagen?

Es könnte das Arbeitsgericht zuständig sein. Die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte ist geregelt in § 2 ArbGG. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 a) ArbGG sind Arbeitsgerichte zuständig **„für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis ...“**

- (1) Die Streitigkeit zwischen A und Z ist eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit. (Gegensatz: öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 VwGO). Zwischen Z und A bestanden privatrechtliche Beziehungen, wobei noch offenbleiben kann, ob es sich um einen Arbeitsvertrag oder den Vertrag eines freien Mitarbeiters handelt.
- (2) A müsste Arbeitnehmer i.S.d. § 5 ArbGG sein. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG enthält die übliche Definition, wonach Arbeitnehmer „Arbeiter und Angestellte“ sind; sie ist zur Abgrenzung nicht brauchbar. Statt dessen ist auf die im Fall: „Der Urlaubsanspruch des Nachverkehrspartners“ entwickelten Indizien abzustellen:

1. **Art und Organisation der Tätigkeit:** A war verpflichtet, ausschließlich für Z zu arbeiten. Das ist ein Indiz für eine Arbeitnehmerstellung. Andererseits bestimmte A den Umfang seiner Arbeit im wesentlichen selbst. Der Z-Verlag konnte über die Arbeitskraft

des A nicht wie ein Arbeitgeber verfügen. A konnte es über längere Zeit ablehnen, überhaupt zu arbeiten. Seine Arbeitszeit bestimmt A allein. Das spricht gegen eine Arbeitnehmerstellung.

2. **Umfang der Weisungsgebundenheit:** In sachlicher Hinsicht bestand praktisch keine Weisungsgebundenheit. Aus dem Umstand, dass A „teilweise“ Aufträge erteilt wurden, die er „meist“ ausführte, lässt sich nicht auf eine nennenswerte Weisungsunterworfenheit schließen. Auch der geringe Umfang an Weisungsgebundenheit spricht dafür, dass A nicht in den Betrieb des Z-Verlages eingegliedert war.

Die bisherigen Gesichtspunkte sprechen bereits im wesentlichen gegen eine Arbeitnehmerstellung des A.

3. Hinzu kommt, dass die Aufträge des A einzeln abgerechnet wurden und A ausdrücklich nur als „freier Mitarbeiter“ eingestellt wurde.
4. Der Umstand allein, dass A vom Z-Verlag eine Kameraausrüstung zur Verfügung gestellt bekam, fällt demgegenüber nicht ins Gewicht.

Zwischenergebnis: A ist nicht Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG.

Aber: § 5 ArbGG dehnt den Begriff des Arbeitnehmers i.S.d. Gesetzes aus auf:

- die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten (§ 5 Abs. 1 S. 1 ArbGG); diese Ausdehnung ist im Arbeitsrecht ganz üblich;
- die in Heimarbeit Beschäftigten (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG); und
- sonstige Personen, die wegen ihrer **wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen** anzusehen sind (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG).

Mit „Unselbständigkeit“ ist die wirtschaftliche Abhängigkeit gemeint. Weil A mehrere Jahre lang ausschließlich für den Z-Verlag gearbeitet und deshalb offenbar Einkünfte nur aus dieser Beziehung bezogen hat, besteht eine wirtschaftliche Abhängigkeit. A ist somit arbeitnehmerähnliche Person.

Merke: Die Ausdehnung auf arbeitnehmerähnliche Personen gilt nicht allgemein im Arbeitsrecht, sondern nur dann, wenn sie speziell angeordnet ist; das ist z.B. in § 2 BUrIG der Fall, nicht dagegen in §§ 621, 622 BGB.

Ergebnis: Ist A eine arbeitnehmerähnliche Person, so gilt auch das Rechtsverhältnis zwischen A und dem Z-Verlag als Arbeitsverhältnis. Da es hier um Schadensersatzansprüche aus dem Rechtsverhältnis zwischen A und Z geht, handelt es sich um eine das Arbeitsverhältnis betreffende Streitigkeit. Somit ist das Arbeitsgericht für die Klage sachlich zuständig.

5.2 Leitende Angestellte

In der betrieblichen Hierarchie schieben sich zwischen den Arbeitgeber (einschl. der die Arbeitgeberfunktionen ausübenden Organe juristischer Personen) und die normalen Arbeitnehmer die leitenden Angestellten. Rechtlich sind sie Arbeitnehmer. Sie haben sich aber zu einer soziologisch bedeutsamen und in gewissem Umfang eigenständigen Gruppe herausgebildet. Teilweise nehmen sie ebenfalls Arbeitgeberfunktionen wahr. Auch ist bei ihnen -zumindest subjektiv- der Gegensatz zwischen ihrer Interessenlage und der des Arbeitgebers nicht so deutlich ausgeprägt wie bei den normalen Arbeitnehmern, d.h. sie stehen gelegentlich interessensmäßig auf der Seite der Arbeitgeber. Für sie gibt es deshalb einige rechtliche Sonderbestimmungen: keine Anwendung der Betriebsverfassungsgesetzes (§ 5 Abs. 3 BetrVerfG, wichtigster Fall); geringerer Schutz gegenüber Kündigungen (§ 14 Abs. 2 KSchG); keine Geltung des Arbeitszeitgesetzes (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG). Eine gewisse Sonderstellung ist ihnen auch durch das Mitbestimmungsgesetz eingeräumt worden (§ 11 Abs. 2 MitbestimmungsgG).

5.3 Die arbeitsrechtliche Einordnung von Organmitgliedern

Viele arbeitsrechtliche Gesetze nehmen die Organmitglieder juristischer Personen ausdrücklich von ihrem Geltungsbereich aus (vgl. z.B. § 17 Abs. 5 Nr. 1 KSchG, § 3 Abs. 1 S. 2 MitbestG, § 5 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG). Auch die hL betrachtet sie nicht als Arbeitnehmer. Der BGH hat lediglich einzelne auf der allgemeinen Treue- und der Fürsorgepflicht beruhenden Grundsätze des Arbeitsrechts auf das Dienstverhältnis mit Organmitgliedern für analog anwendbar erklärt.

Fall: Die Rente des Generaldirektors

D war jahrelang Vorstandsmitglied der A-AG, zuletzt Vorsitzender des Vorstandes. In dem Anstellungsvertrag war eine Pensionszusage enthalten. Inzwischen ist D im Ruhestand. Sein Nachfolger ordnet drastische Sparmaßnahmen an und kürzt auch das Ruhegehalt des D. Damit ist D nicht einverstanden und will den Differenzbetrag einklagen. Vor welchem Gericht?

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 c ArbGG könnte das Arbeitsgericht zuständig sein. (§ 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG soll einmal außer Betracht bleiben.). Darunter fallen Klagen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis und „aus dessen Nachwirkungen“. Entscheidend ist somit, ob D während der Zeit, als er für die A-AG als Vorstandsmitglied tätig war, Arbeitnehmer war. Stellt man auf die im Fall des „Urlaubsanspruchs des Nahverkehrspartners“ entwickelten Indizien ab, so spricht vieles für eine Arbeitnehmereigenschaft des A:

1. Obwohl Vorstände einer AG an der Spitze der Betriebshierarchie stehen, sind sie mit ihrer Arbeit in die Organisation des Gesamtbetriebes eingliedert. Sie schulden ihre gesamte Arbeitskraft dem Unternehmen.
2. Vorstandsmitglieder einer AG leiten andererseits die Gesellschaft unter eigener Verantwortung (§ 76, Abs. 2 AktienG), so dass sie bezüglich ihrer sachlichen Arbeit keinen Weisungen unterstehen.
3. Nimmt man hinzu, dass sie ein festes Gehalt bekommen, so könnte man sie als Arbeitnehmer ansehen.

Aber: Der Begriff des Arbeitnehmers ist nicht nur im Verhältnis zum selbständig Tätigen und zur arbeitnehmerähnlichen Person, sondern auch gegenüber dem Begriff des Arbeitgebers abzugrenzen. Beide Begriffe schließen sich aus. Bei einer Aktien-Gesellschaft ist zunächst die AG Arbeitgeber der dort beschäftigten Arbeitnehmer, sie ist sog. **abstrakter Prinzipal**. Wie jede juristische Person kann auch die AG ihre Weisungsbefugnisse als Arbeitgeber nicht selbst erfüllen, sondern bedient sich dazu ihrer Organe. Die **Organe der juristischen Person** sind deshalb **konkreter Prinzipal**. Sie üben Arbeitgeberfunktion aus. Wenn aber der Vorstand der AG Arbeitgeberfunktion ausübt, steht er auf der Arbeitgeberseite und kann nicht gleichzeitig Arbeitnehmer sein. Deshalb bestimmt § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG auch: „Als Arbeitnehmer gelten nicht in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrag allein oder als Mitglieder des Vertretungsorgans zur Vertretung der juristischen Person oder der Personengesamtheit berufen sind.“

Merke: Diese Regelung gilt allgemein im Arbeitsrecht (z.B. § 5 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 BetrVG, § 3 Abs. 1 MitbestG, § 14 Abs. 1 KSchG, vgl. auch § 3, Abs. 1 a AngestelltenversicherungsG).

Ergebnis: Somit war D kein Arbeitnehmer. Das Arbeitsgericht ist unzuständig. D muss vielmehr vor dem normalen Zivilgericht klagen (vgl. BGHZ 10, 187).

6. Der Arbeitgeberbegriff

Arbeitgeber (Ag) ist die andere Vertragspartei eines Arbeitsverhältnisses, also derjenige, der einen Anspruch auf die Arbeitsleistung des An geltend machen kann. Arbeitgeber ist, wer mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt. Ag kann sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein. Der Arbeitgeberbegriff ist arbeitsrechtlicher Natur und zu unterscheiden von dem Begriff des Unternehmers, der wirtschaftliche oder wirtschaftsrechtliche Bedeutung hat.

Der Arbeitgeberbegriff bereitet im Arbeitsrecht i.d.R. wenig Schwierigkeiten. Problematisch ist die Arbeitgeberstellung unter besonderen arbeitsvertraglichen Verhältnissen, so etwa bei denen die Dienste des Arbeitnehmers einer anderen

Person gegenüber zu leisten sind als dem Vertragspartner, wie beim Leiharbeitsverhältnis, bei der Entsendung in ein anderes Konzernunternehmen im In- oder Ausland und beim mittelbaren Arbeitsverhältnis (Bsp: Veranstalter-Kapellmeister-Musiker). Hier kann im Einzelfall eine Aufspaltung der Arbeitgebereigenschaft in Betracht kommen.