

## 2 Arbeitnehmer und Arbeitgeber

Im Individualarbeitsrecht geht es um Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Diese beiden Begriffe sind daher zentral für den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts.

### 2.1 Der Arbeitnehmer

Arbeitsrecht als Sonderrecht der abhängig Beschäftigten konstituiert sich über den Begriff des Arbeitnehmers.<sup>67</sup> Die meisten Arbeitsgesetze setzen in personeller Hinsicht voraus, dass die betreffende Person ein Arbeitnehmer ist; so erfasst beispielsweise das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) in § 1 Abs. 1 KSchG nur „*die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer*“. Im Individualarbeitsrecht gilt ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff. Die nachfolgend erörterte Definition des Arbeitnehmers wird grundsätzlich gleichermaßen in allen Regelungen des Individualarbeitsrechts angewendet.<sup>68</sup>

#### 2.1.1 Die Entwicklung des Arbeitnehmerbegriffs

Während es seit dem Inkrafttreten des BGB zum 1.1.1900 bis zum 1.4.2017 keine allgemeine Regelung für den Arbeitsvertrag bzw. für die Voraussetzungen für die Arbeitnehmereigenschaft gab, hat der Gesetzgeber mit § 611a BGB eine Typisierung des Arbeitsvertrages vorgenommen. Zwar definiert § 611a den Arbeitnehmer nicht explizit, gleichwohl lässt die Norm erkennen, welche Voraussetzungen an die Annahme eines Arbeitnehmerstatus zu stellen sind.

Nach der Auffassung des Gesetzgebers soll die Norm die bisherigen Grundsätze der Ermittlung der *Arbeitnehmer*-Eigenschaft wiedergeben.<sup>69</sup> Der Gesetzgeber bezweckt mit der ausdrücklichen Regelung die Erwartung, missbräuchliche Gestaltungen des Fremdpersonaleinsatzes durch Scheinselbstständigkeiten verhindern zu können und durch die gesetzliche Regelung die Rechtssicherheit zu erhöhen.<sup>70</sup> Allerdings ist der Begriff des Arbeitneh-

67 Das Individualarbeitsrecht ist daher ein sog. subjektives System, *Fischinger*, Rn. 17.

68 Daher verwendet das Sozialrecht auch den Begriff des Beschäftigten (vgl. *Nebe*, SGB 2015, 125). Ebenso kennt das kollektive Arbeitsrecht Besonderheiten. Insbesondere § 5 BetrVG regelt den Begriff des Arbeitnehmers für das Betriebsverfassungsrecht. Im kollektiven Arbeitsrecht gilt daher der sog. Relative Arbeitnehmerbegriff.

69 So explizit: BT-Drs. 18/9232 S. 31.

70 BT-Drs. 18/9232 S. 31.

mers keineswegs selbstverständlich, denn er vereinigt als Begriff Rechtsverhältnisse von über 40 Millionen Menschen.<sup>71</sup>

Für ein Lehrbuch bietet es sich an, mit der gerichtlichen Erfassung dieses Typus zu beginnen und einerseits die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichtes sowie andererseits die klassische Definition von *Alfred Hueck* (1889–1985) in den Fokus zu nehmen.<sup>72</sup> Das Reichsarbeitsgericht ging anfänglich davon aus, dass Arbeitnehmer persönlich und wirtschaftlich abhängig sein müssen.<sup>73</sup> *Hueck* kritisierte diese Rechtsprechung und betonte: Arbeitnehmer sind die aufgrund privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zu Arbeit verpflichteten Personen; zentral sei die persönliche Abhängigkeit.

Das Problem, dass wirtschaftlich abhängige Beschäftigte Schutz bedürfen, hat sich bis heute gehalten und zeigt sich in letzter Zeit wieder stärker bei den sog. Solo-Selbstständigen. Gleichwohl werden Personen, die einer anderen Person in wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüberstehen, etwa weil sie auf Folgeaufträge angewiesen sind, nicht als Arbeitnehmer, sondern als sog. arbeitnehmerähnliche Personen bezeichnet. Sie werden nur dann vom Arbeitsrecht geschützt, wenn die jeweiligen Gesetze sie ausdrücklich in den Anwendungsbereich aufnehmen (Bsp. § 12a TVG).

### 2.1.2 Die Definition des Arbeitnehmers

Die Arbeitnehmerdefinition, die in der Folge vom Bundesarbeitsgericht herausgebildet wurde und nunmehr § 611a BGB zugrunde liegt, lautet: „Arbeitnehmer ist jeder, der auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrages verpflichtet ist, Dienste in persönlicher Abhängigkeit gegen Entgelt zu leisten.“<sup>74</sup> Somit ist der Arbeitnehmerbegriff von drei Elementen geprägt:

---

#### Abbildung 3: Der Arbeitnehmer

1. Privatrechtlicher Vertrag
2. Leistung von Diensten gegen Entgelt
3. Persönliche Abhängigkeit

Die Bewertung, ob es sich um einen Arbeitnehmer handelt, darf dabei nicht schematisch erfolgen. § 611a Abs. 1 S. 5 BGB bestimmt, dass für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist. Das kann sogar dazu führen, dass

---

<sup>71</sup> Vgl. den Abschnitt zu *Sinzheimer* in 1.

<sup>72</sup> *Hueck/Nipperdey*, § 7.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu: RAGE 8, 451 mit Anm. v. *Merkel* und RAGE 302 mit Anm. v. *Hueck*.

<sup>74</sup> BAG, NZA, 1293; zum Arbeitnehmerbegriff des EuGH: *Wank*, EuZW 2018, 21.

ein als Dienst- oder Werkvertrag bezeichnetes Vertragswerk sich wegen seiner tatsächlichen Durchführung als Arbeitsvertrag darstellt (§ 611a Abs. 1 S. 6 BGB). Diese letzte Aussage ist insbesondere dann wichtig, wenn Unternehmer versuchen, den Arbeitnehmerstatus hinter Vertragswerken zu verstecken, um nicht den gesetzlichen Pflichten des Arbeits- und Sozialrechts ausgesetzt zu sein.

### 2.1.3 Die Ermittlung der Arbeitnehmereigenschaft

Das Bundesarbeitsgericht ermittelt die Arbeitnehmereigenschaft regelmäßig auf der Grundlage eines Sachverhalts mithilfe einer Vielzahl von Kriterien, die jeweils im Einzelfall unterschiedliches Gewicht haben können. Gänzlich abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale jenseits der drei Elemente der Arbeitnehmerdefinition lassen sich nicht aufstellen.<sup>75</sup> Diese sog. typologische Methode<sup>76</sup> bleibt nach h. M. auch weiterhin aktuell.<sup>77</sup>

Daran ließe sich indes gut zweifeln. Durch die Einordnung in die Vertragstypen des BGB muss der Vertrag grundsätzlich bereits bei Vertragsschluss eine Antwort auf die Frage haben, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt. Darin liegt aber gerade das Problem. Die persönliche Abhängigkeit ist grundsätzlich erst die Folge des Vertragsschlusses.<sup>78</sup> Insofern bleibt allein eine prospektive, d. h. in Aussicht stehende persönliche Abhängigkeit. Diese zu ermitteln ist aber alles andere als einfach. Denn erst einmal ist das Weisungsrecht Inhalt des Arbeitsvertrags, selbst wenn es nicht ausdrücklich aufgenommen wurde. Zweitens ist die vage Beschreibung der Tätigkeit des Schuldners ein Kennzeichen des Arbeitsvertrags.

Die ersten Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zu § 611a BGB legen auch nicht nahe, dass das Gericht eine solche Bestimmung vornehmen wird.<sup>79</sup> Insofern kommt für die Bestimmung der vertragstypischen Pflichten der nachfolgenden Durchführung weiterhin die entscheidende Bedeutung zu (§ 611a Abs. 1 S. 6 BGB).

### 2.1.4 Der privatrechtliche Vertrag

Die erste Voraussetzung des Arbeitnehmerbegriffs ist, dass ein privatrechtlicher Vertrag vorliegt. In der Praxis dient dieses Merkmal dazu, öffentlich-

<sup>75</sup> BAG, BeckRS 2000, 30787205.

<sup>76</sup> So etwa: BAG, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 34; der Begriff ist in mehrfacher Hinsicht nicht glücklich. Das gilt umso mehr mit der Einführung des § 611a BGB in die Typen des BGB.

<sup>77</sup> Hierzu und kritisch: *Preis*, NZA 2018, 817 (821).

<sup>78</sup> *Richardi*, NZA 2018, 974 (974).

<sup>79</sup> Kritisch: *Preis*, NZA 2018, 817.

rechtliche Rechtsverhältnisse aus dem Arbeitsrecht herauszunehmen.<sup>80</sup> Für diese Fälle ist in aller Regel die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach § 40 VwGO zuständig.

Beispielsweise sind Beamte, Richter, Soldaten und Strafgefangene keine Arbeitnehmer. Beamte stehen im sog. Beamtenverhältnis nach § 3 BStG, Richter stehen im sog. Richterverhältnis nach § 9 DRiG; es handelt sich in all diesen Fällen um öffentlich-rechtliche Beschäftigungsverhältnisse.

Oftmals werden Familienangehörige ebenfalls nicht auf der Grundlage eines privaten Arbeitsvertrags beschäftigt. Das schließt es nicht aus, dass zwischen Familienangehörigen ein Arbeitsvertrag geschlossen wird. Im Grundsatz sollte jedoch immer zunächst davon ausgegangen werden, dass die Arbeit auf der Grundlage entweder von §§ 1353 Abs. 1 S. 2, 1360 BGB oder von § 1619 BGB erfolgt. Erst in einem zweiten Schritt sollte geprüft werden, ob hinsichtlich eines privatrechtlichen Vertrags ein gegenüber der gesetzlichen Verpflichtung weitergehender Rechtsbindungswille besteht.<sup>81</sup>

Große Probleme kann in diesem Zusammenhang die Vereinsmitgliedschaft bereiten. Hier ist zu differenzieren: Ist die Vereinsmitgliedschaft auf der Grundlage einer vertraglichen Vereinbarung erfolgt und wird für die Tätigkeit ein Entgelt gezahlt,<sup>82</sup> stellt sich das Problem erst bei der persönlichen Abhängigkeit. Ist der Beitritt jedoch nicht in der Form eines Vertrages erfolgt, ist zu prüfen, ob über die Vereinsmitgliedschaft nicht entscheidende Schutzmechanismen des Arbeitsrechts ausgehebelt werden.

Für diese Frage bestehen zwei große Leitentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts: Zu der DRK-Schwesternschaft hat das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung herausgebildet, dass der vereinsrechtliche Aufbau der Schwesternschaft selbst keine Umgehung des Arbeitsrechts darstellt.<sup>83</sup> Denn die DRK-Schwesternschaften sind so konzipiert, dass bei Mitgliederversammlungen die Geschicke des Vereins und damit auch die Arbeitsorganisation durch Wahlen und Abstimmungen gesteuert werden können; insbesondere kann die Schwesternschaft ihren Vorstand und ihren Schwesternbeirat selbst bestimmen. Darüber hinaus ist ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung durch die Satzung sichergestellt.

In der aktuellen Entwicklung hat auch eine neue Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs diese Rechtsprechung ins Wanken gebracht.<sup>84</sup> Gleich-

---

<sup>80</sup> Fuchs, in: BeckOK, § 611a Rn. 14.

<sup>81</sup> Löwisch/Caspers/Klumpp Rn. 14. Damit ist noch nicht gesagt, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt. Die Angehörigen können ebenso gut eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründen.

<sup>82</sup> Hierzu: Schöpflin, in: BeckOK, § 38 Rn. 12.

<sup>83</sup> BAG, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 22.

<sup>84</sup> EuGH, EuZW 2017, 68 mit Anm. v. Ulrici.

wohl beharrt das Bundesarbeitsgericht auf seiner Rechtsprechung und lockert sie nur im Bereich der Leiharbeit.<sup>85</sup>

Der Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung trifft noch vollkommen zu. Es liegt in der Regel kein privatrechtlicher Vertrag vor. Einen Vertrag über die §§ 133, 157, 242 BGB zu erzwingen ist auch nicht überzeugend, wenn die äußeren Umstände gerade auf eine vereinsrechtliche Mitgliedschaft hindeuten. Enthält die Rechtsbeziehung Verein und Mitglied daher alle übrigen Elemente eines Arbeitsverhältnisses, ist wegen der tatsächlichen Durchführung nach § 611a Abs. 1 S. 6 BGB ein Arbeitsverhältnis anzunehmen.

In diesem Sinne hat das Bundesarbeitsgericht zur Scientology-Mitgliedschaft entschieden, dass das Vereinsrecht das Arbeitsrecht nicht aushebeln kann.<sup>86</sup> Konsequenterweise hat das Gericht die Arbeitnehmereigenschaft bejaht. Im Laufe der Verhandlung wurde klar, dass ein Vereinsmitglied keine Mitgliedsrechte hatte und keinen Einfluss auf die Wirkung und Handlungen des Vereins nehmen konnte. Außerdem stand das Mitglied offensichtlich in persönlicher Abhängigkeit und erhielt nahezu keinen Lohn.

### 2.1.5 Die entgeltliche Dienstleistung

Liegt ein privatrechtlicher Vertrag vor, muss dieser noch auf den Austausch von Dienstleistungen gegen Entgelt gerichtet sein (§ 611a Abs. 1 u. 2 BGB). Sowohl das Vorliegen einer Dienstleistung als auch die Entgeltlichkeit der Tätigkeit kann hierbei Probleme bereiten.

#### 2.1.5.1 Die Dienstleistung

Die Einordnung der Arbeitsleistung als Dienstleistung grenzt die Verträge gegenüber solchen Vereinbarungen ab, die auf die Erzielung von ganz konkreten Erfolgen bzw. Werken ausgerichtet sind.<sup>87</sup>

Eine rein formale Betrachtung hat sich in der Praxis als unzureichend erwiesen, so dass die Rechtsprechung die Abgrenzung von Arbeits- und Werkverträgen nicht zwangsläufig an einer formalen Trennung von Tätigkeit (§ 611a BGB) und Erfolg (§ 631 BGB) festmacht. Das hat auch damit zu tun, dass Arbeitsverträge oftmals zumindest zu Teilen oder in bestimmten Punkten mit Erreichen eines ganz bestimmten Produktionsergebnisses Erfolge voraussetzen.<sup>88</sup> Im Ergebnis können daher werkvertragliche Aspekte für die Annahme einer Dienstleistung unschädlich sein.

<sup>85</sup> BAG, NZA 2017, 662 (664 f.).

<sup>86</sup> BAG, NZA 2002, 1412.

<sup>87</sup> *Fischinger*, Rn. 24.

<sup>88</sup> BAG, NJW 2013, 3672 (3674).