

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.⁶⁷ 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.⁶⁸

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.⁶⁹ 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.⁷⁰ 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.⁷¹

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.⁷² Das Reichsarbeitsgericht ging anfänglich davon aus, dass Arbeitnehmer persönlich und wirtschaftlich abhängig sein müssen.⁷³ *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.“⁷⁴ 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

71 Vgl. den Abschnitt zu *Sinzheimer* in 1.

72 *Hueck/Nipperdey*, § 7.

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

74 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.⁷⁵ Diese sog. typologische Methode⁷⁶ bleibt nach h. M. auch weiterhin aktuell.⁷⁷

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.⁷⁸ 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.⁷⁹ 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-

75 BAG, BeckRS 2000, 30787205.

76 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.

77 Hierzu und kritisch: *Preis*, NZA 2018, 817 (821).

78 *Richardi*, NZA 2018, 974 (974).

79 Kritisch: *Preis*, NZA 2018, 817.

rechtliche Rechtsverhältnisse aus dem Arbeitsrecht herauszunehmen.⁸⁰ 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.⁸¹

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,⁸² 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.⁸³ 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.⁸⁴ Gleich-

80 Fuchs, in: BeckOK, § 611a Rn. 14.

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

82 Hierzu: Schöpflin, in BeckOK, § 38 Rn. 12.

83 BAG, AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 22.

84 EuGH, EuZW 2017, 68 mit Anm. v. Ulrici.

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

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.⁸⁶ 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.⁸⁷

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.⁸⁸ Im Ergebnis können daher werkvertragliche Aspekte für die Annahme einer Dienstleistung unschädlich sein.

⁸⁵ BAG, NZA 2017, 662 (664 f.).

⁸⁶ BAG, NZA 2002, 1412.

⁸⁷ *Fischinger*, Rn. 24.

⁸⁸ BAG, NJW 2013, 3672 (3674).

Welches Rechtsverhältnis vorliegt, ist anhand einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen.⁸⁹ Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist Letztere maßgebend (§ 611a Abs. 1 S. 6 BGB). Die Rechtsprechung greift dann in schwierigen Fällen auf das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit vor (dazu sogleich 2.1.6).

2.1.5.2 Die Entgeltlichkeit

Mit dem Arbeitsverhältnis ist typischerweise die Vereinbarung oder jedenfalls die berechtigte Erwartung einer angemessenen Gegenleistung für die versprochenen Dienste verbunden, wie aus §§ 611a, 612 BGB hervorgeht.⁹⁰

Es gibt aber weiterhin Fälle, in denen Personen nur über wenige Stunden im Monat, etwa in der Telefonseelsorge⁹¹, gegen eine geringe Aufwandsentschädigung tätig sind oder etwa eine Arbeit unentgeltlich rein als Ehrenamt ausführen.

Fehlt eine Vereinbarung über Entgelt, kann dies grundsätzlich ein Indiz gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses darstellen. Aus § 612 BGB folgt jedoch, dass das Fehlen einer Entgeltabrede nicht zwingend gegen einen Arbeitsvertrag sprechen muss. Vielmehr kommt es nach § 612 Abs. 1 BGB darauf an, ob für die Tätigkeit ein Entgelt erwartet werden kann.

Im Hinblick auf Ehrenämter hat das Bundesarbeitsgericht früher die Ansicht vertreten, dass Ehrenämter keine Entgeltzwecke verfolgen. Diese Rechtsprechung hat das Gericht aber nunmehr aufgegeben und betont, dass immaterielle Zwecke eine Entgelterwartung nicht zwingend ausschließen müssen.⁹² Gefolgert hat das Gericht dies daraus, dass mit einem Arbeitsvertrag typischerweise eine Entgelterwartung verbunden ist (§ 612 BGB). Schließlich vermittelt die Entgeltlichkeit die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz. Diese Argumentation ist durchaus angreifbar, sind Dienstverhältnisse mit einem kleinen Volumen oftmals gar nicht geeignet, den Lebensunterhalt zu sichern. Maßgeblich bleibt insofern § 612 BGB: Ob eine berechtigte Vergütungserwartung besteht, richtet sich nach der Art der Arbeit und nach den Umständen, unter denen sie geleistet wird.⁹³

89 BAG, NJW 2013, 3672 (3674).

90 BAG, NZA 2012, 1433 (1435).

91 BAG, NZA 2012, 1433.

92 BAG, npoR 2013, 183 (185).

93 BAG, NZA 2012, 1433 (1434).

2.1.6 Die persönliche Abhängigkeit

Bereits im vorangegangenen Text hat es sich angedeutet: Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit hat überragende Bedeutung bei der Feststellung des Arbeitnehmerstatus. Es entspricht der rechtlichen Unselbstständigkeit im Umkehrschluss des § 84 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 2 HGB.⁹⁴ Diese Norm hatte vor Schaffung des § 611a BGB größere Bedeutung für das Arbeitsrecht.

Fremdbestimmung durch eine andere Person allein ist nicht ausreichend. Auch in anderen Rechtsverhältnissen gibt es Weisungsrechte und Abhängigkeiten.⁹⁵ Vielmehr entscheidet der *Grad* der persönlichen Abhängigkeit.⁹⁶ Entscheidend bleibt die Durchführung des Arbeitsvertrags im Hinblick auf die Ausübung des Weisungsrechts. Arbeitnehmer ist derjenige Mitarbeiter, der nicht *im Wesentlichen* frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.⁹⁷ Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab.⁹⁸

Nach der Lösung des Bundesarbeitsgerichts ist demnach der Tätigkeitsbereich des Dienstleisters in den Blick zu nehmen. Als Beispiel bietet sich die Beschäftigung eines Lehrers auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags an. Für den schulischen Bereich hat das Gericht die Kriterien in mehreren Entscheidungen konkretisiert.⁹⁹ Maßgeblich sei danach, wie intensiv die Lehrkraft in den Unterrichtsbetrieb eingebunden ist, in welchem Umfang sie den Unterrichtsinhalt, die Art und Weise der Unterrichtserteilung, ihre Arbeitszeit und die sonstigen Umstände der Dienstleistung mitgestalten und inwieweit sie zu Nebenarbeiten herangezogen werden könne.¹⁰⁰

Für Lehrkräfte außerhalb von Universitäten und Hochschulen geht das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass diejenigen, die an allgemeinbildenden Schulen unterrichten, in aller Regel Arbeitnehmer sind, auch wenn es sich bei ihrem Unterricht um eine nebenberufliche Tätigkeit handelt.¹⁰¹

Aktuell konzentrieren sich § 611a Abs. 1 S. 3 und 4 BGB auf die Weisungsgebundenheit und die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit. Diese Beschreibung wird der Rechtsprechung allerdings nicht vollends gerecht. Das Bundesarbeitsgericht greift auch auf die Eingliederung in die Arbeitsorganisation

94 BAG, NZA 2019, 490 (493).

95 Reinecke, FS Dieterich, 463 (466).

96 BAG, NZA-RR 2016, 344 (347).

97 BAG, NZA 2017, 1463.

98 BAG, BB 2018, 826.

99 BAG, ZTR 2010, 424.

100 BAG, BB 2018, 826.

101 BAG, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 61.

zurück.¹⁰² Die Eingliederung in die Betriebsorganisation ist insbesondere wegen der Bedeutung der tatsächlichen Durchführung des Arbeitsverhältnisses bedeutsam, weil die Arbeitsorganisation ungeachtet der Reichweite des Weisungsrechts persönliche Unfreiheit in der Leistung der Dienste begründen kann und somit für einen hohen Grad an persönlicher Abhängigkeit sorgt.

2.1.7 Persönliche Abhängigkeit und neue Formen der Arbeit

Aktuell erlebt das Arbeitsrecht eine Reduktion der persönlichen Abhängigkeit. Neue Formen der Arbeit gehen von Grundprinzipien der Arbeitszeitsouveränität und Arbeitsortsouveränität, teilweise sogar von einer Arbeitsinhaltsouveränität aus, wobei letzteres (sog. empowerment) immer noch selten vorkommt.

Bemerkenswert ist insbesondere die Crowdworker-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2020.¹⁰³ Über eine Plattform bot ein Unternehmer wiederkehrend Einzelaufträge für Kontrollgänge bei Tankstellen an. Ein sog. Crowdworker nutzte die Plattform und erledigte über tausend dieser Aufträge. Das allein ist eigentlich ein klassischer Fall eines Solo-Selbstständigen mit geringem Einkommen. Die Arbeitnehmereigenschaft begründete das Bundesarbeitsgericht daher mit einem von der Plattform eingerichteten Bonussystem und dem damit verbundenen Aufstieg. Nur wenn die Bewertungen ausreichend waren, durfte ein Nutzer der Plattform weitere Aufträge annehmen. Dies begründete nach Ansicht des Gerichts die persönliche Abhängigkeit.

Bei genauerer Betrachtung war das Arbeitsrecht schon immer gewissen Fliehkräften unterworfen. Insbesondere mit Hinblick auf die zeitliche und örtliche Komponente der persönlichen Abhängigkeit war und ist Augenmaß angezeigt: Teilzeitkräfte sind regelmäßig Arbeitnehmer, Außendienstmitarbeiter in aller Regel ebenfalls.

Es ist zwar denkbar, dass über die Reduktion der persönlichen Abhängigkeit aus Arbeitnehmern sog. freie Mitarbeiter werden. An diesen Vorgang sind aber hohe Anforderungen zu stellen, weil die Folgen gravierend sind. Der vormals bestehende Schutz durch das Arbeitsrecht darf nicht „stillschweigend“ aufgehoben werden.¹⁰⁴

102 Zur Einordnung dieses Kriteriums bei § 611a Abs. 1 S. 1: *Fischinger*, Rn. 29.

103 BAG, NZA 2021, 552.

104 *Preis*, in: *ErfK*, § 611a Rn. 21.

2.1.8 Die sog. sekundären Merkmale

Aus den vorstehenden Ausführungen sollte zum einen eine gewisse Vorstellung für die Arbeitnehmereigenschaft erwachsen sein. Zum anderen sollte jedoch auch deutlich geworden sein, dass die Annahme der Arbeitnehmereigenschaft nicht einfach zu bestimmen ist. In Zweifelsfragen greift die Praxis daher auf die sog. sekundären Merkmale zurück. Auch wenn dieser Vorgang in § 611a BGB keinen Ausdruck gefunden hat, bleibt der Rückgriff auf die sekundären Merkmale weiterhin möglich.¹⁰⁵

Zunächst stellt die Wortwahl der Parteien ein sekundäres Merkmal dar. Wegen § 611a Abs. 1 S. 6 BGB kann die Bezeichnung als Arbeitsvertrag kein zwingendes Argument für oder gegen einen Arbeitsvertrag darstellen. Allerdings kann im Zweifel auch die Bezeichnung als Werkvertrag bzw. Arbeitsvertrag ausreichen. Gelangt man zu dem Ergebnis, dass möglicherweise ein Werkvertrag vorliegt, sollten hohe Anforderungen an die Prüfung gestellt werden. Denn in diesem Fall besteht die Gefahr, dass das zwingende Arbeitsrecht umgangen wird.

Weiterhin kann der Umfang der Tätigkeit entscheidend sein. Kurze bzw. kurzzeitige Arbeiten können im Zweifel gegen einen Arbeitsvertrag sprechen. Hingegen können länger andauernde Arbeiten für einen Arbeitsvertrag im Sinne von § 611a BGB sprechen.

Ist die Einordnung nicht klar erkennbar, kann im Einzelfall auch das weitere Vertragswerk hinzugezogen werden. Besteht eine Vielzahl von Regelungen im Vertrag, die typischerweise nur in Arbeitsverträgen vorkommen, kann dies hinsichtlich des Vertragstypus für einen Arbeitsvertrag sprechen.

Für ein Arbeitsverhältnis kann schließlich die Erfüllung etwaiger sozialrechtlicher Pflichten sprechen. Werden diese wie bei einem Arbeitnehmer abgeführt, liegt ein Arbeitsvertrag im Zweifel nahe. Denn dann sind die Parteien offensichtlich von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen.

Schwieriger zu beurteilen ist hingegen die Erfüllung der Pflichten des Arbeitsrechts selbst.¹⁰⁶ Diesen ist allenfalls bei positiver Entsprechung ein Indizwert zuzusprechen. Der Arbeitgeber darf sich anderenfalls nicht durch Nichterfüllung dieser aus seiner arbeitsrechtlichen Verantwortung herausbegeben.

Schließlich kann die Durchführung einer Tätigkeit schon nach der Verkehrsanschauung nur auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags in Betracht kommen. Ordnet die Verkehrsanschauung das Durchführen bestimmter Dienste typischerweise Arbeitnehmern zu, kann dies somit im Zweifel die Annahme eines Arbeitsvertrags ermöglichen.

¹⁰⁵ *Schneider*, in: MüArbR, § 18 Rn. 45.

¹⁰⁶ *Fischinger*, Rn. 33.

2.1.9 Die Bedeutung des unternehmerischen Risikos

Mit der Übernahme der Rechtsprechung in Form von § 611a BGB hat der Gesetzgeber schließlich eine langjährige Diskussion beendet.¹⁰⁷ Nach einer Mindermeinung soll für die Ermittlung des Arbeitnehmerstatus die Bedeutung des unternehmerischen Risikos entscheidend sein.¹⁰⁸ Im Kern geht es dieser Lösung darum zu ermitteln, wer bei einem fremdbestimmten Personaleinsatz das unternehmerische Risiko des Fehlschlags trägt. Umgekehrt kann diese These dazu führen, dass ein Arbeitnehmerstatus zu versagen ist, weil die betreffende Person am unternehmerischen Risiko partizipiert.

Diese These wurde überwiegend abgelehnt. Sie ist auch bereits vor Schaffung von § 611a BGB nicht mit dem geltenden Recht im Einklang gewesen. Sie führt in aller Regel dazu, dass arbeitnehmerähnliche Personen Arbeitnehmer sind und sprengt daher das bestehende System.¹⁰⁹

Allein auf das unternehmerische Risiko abzustellen, ist nicht geeignet, um das Arbeitsrecht interessengerecht personell zu ordnen. Damit ist nicht gesagt, dass im Einzelfall das unternehmerische Risiko nicht doch für die Gesamtbewertung nach § 611a Abs. 1 S. 5 BGB relevant sein kann.¹¹⁰ Das Kriterium darf nur nicht zum zentralen Aspekt für den Arbeitnehmerbegriff werden.

2.1.10 Gesellschaftsrechtliche Besonderheiten

Fragen nach der arbeitsrechtlichen Erfassung werfen insbesondere die gesellschaftsrechtlichen Akteure auf. Im folgenden Abschnitt sollen der Gesellschafter und der Geschäftsführer als besonders wichtige praktische Beispiele erörtert werden.

2.1.10.1 Vorab: Der leitende Angestellte

In einzelnen Gesetzen ist von einem „leitenden Angestellten“ die Rede. Diese Personen sind grundsätzlich Arbeitnehmer¹¹¹, weisen aber die Besonderheit auf, besondere Leitungsbefugnisse innezuhaben. Gelten für sie keine Sonderbestimmungen, wie etwa in § 14 KSchG, sind sie wie Arbeitnehmer zu behandeln, wenn nicht nach den folgenden Ausführungen etwas anderes gelten muss.

107 So auch: *Preis*, NZA 2018, 974; *Edenfeld*, in: HWK, § 611 Rn. 58.

108 Grundlegend: *Wank*, S. 122 ff.

109 *Edenfeld*, in: HWK, § 611 Rn. 58.

110 *Preis*, in ErfK, § 611a Rn. 54.

111 *Fischinger*, Rn. 48.