

Arbeitspapier 1

Arbeitnehmerbegriff

Examensrelevanz:

Der Arbeitnehmerbegriff ist von Bedeutung, wenn die Anwendbarkeit eines Gesetzes auf AN bzw. (sachlich gleichbedeutend) auf Arbeitsverhältnisse beschränkt ist. Beispielsweise finden § 622 BGB sowie das Kündigungsschutzgesetz (§ 1 KSchG) nur Anwendung auf Arbeitsverhältnisse. Der Anspruch auf bezahlten Urlaub steht grundsätzlich nur AN zu (§ 1 BUrlG). Teilweise ist der Arbeitnehmerbegriff ein Unterfall des allgemeineren Begriffs des Beschäftigten (Bsp. § 6 Abs. 1 Satz 1 AGG, § 2 Abs. 2 ArbSchG, § 7 Abs. 1 PflegeZG).

Das Arbeitsgerichtsgesetz gilt für AN und arbeitnehmerähnliche Personen (§ 5 Abs. 1 ArbGG), so dass bei einem prozessualen Aufbau unter dem Prüfungspunkt „Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten“ zwischen AN/arbeitnehmerähnlichen Personen einerseits und freien Dienstverpflichteten andererseits abgegrenzt werden muss.

A. Arbeitnehmerbegriff

Einige Gesetze enthalten Regelungen, die bestimmen, wer i. S. des Gesetzes AN ist. Eine allgemeine Definition war lange Zeit nicht normiert; diese liegt jedoch mit Wirkung vom 1.4.2017 mit § 611a Abs. 1 BGB vor. Oft gelten als AN *Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten*.

Beispiel: § 5 ArbGG, § 5 Abs. 1 BetrVG, § 2 BUrlG.

Definition der h.M.: AN ist, wer aufgrund privatrechtlichen Vertrags zur Leistung von Diensten in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (ebenso § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB).

Klausurhinweis: In der Klausur sind die nachfolgenden Elemente des Arbeitnehmerbegriffs nur zu problematisieren, wenn der Sachverhalt hierfür Anhaltspunkte enthält. Spricht dieser ausschließlich von AN und AG, ist vom Aufgabensteller eine Vertiefung nicht gewollt.

I. „privatrechtlicher Vertrag“

Keine AN mangels privatrechtlichen Vertrages sind:

- Beamte (öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis)
- Familienangehörige, die aufgrund gesetzlicher Verpflichtung (§§ 1360, 1619 BGB) Dienstleistungen erbringen
- Strafgefangene (öffentlich-rechtliches Verhältnis)

II. „zur Leistung von Diensten“

Das Arbeitsverhältnis ist ein Sonderfall des Dienstvertrages i.S. des § 611 BGB (arg.e § 621: Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist).

1. Abgrenzung zum Werkvertrag gemäß § 631 BGB

Beim Werkvertrag besteht die geschuldete Leistung in der Herbeiführung eines Erfolges, beim Dienstvertrag ist dagegen die Arbeitsleistung als solche geschuldet. Demgegenüber ist die

Tätigkeit beim Werkvertrag lediglich ein Mittel zur Herbeiführung des geschuldeten Erfolges.

2. Abgrenzung zum Auftrag gemäß § 662 BGB

Auch hier ist wie beim Dienstvertrag eine „Arbeitsleistung“ geschuldet. Ein Unterschied besteht darin, dass der Dienstverpflichtete einen Anspruch auf Vergütung der erbrachten Arbeitsleistung hat (§ 611 Abs. 1 BGB), der Beauftragte dagegen unentgeltlich tätig wird (§ 662 BGB).

3. Abgrenzung zum Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 BGB

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten bestehen (§ 706 Abs. 3 BGB). Der Unterschied zum Dienstvertrag besteht darin, dass der Gesellschafter die Dienstleistung nicht erbringt, um eine Vergütung zu erhalten, sondern um seine Verpflichtung aus dem Gesellschaftsvertrag zu erfüllen. Seine „Vergütung“ besteht in der Beteiligung am Gewinn (§ 721 BGB), der sich jedoch regelmäßig nicht nach dem zeitlichen Volumen seiner geleisteten Tätigkeit bemisst.

III. „in persönlicher Abhängigkeit“

Der AN ist im Unterschied zum freien Dienstverpflichteten („Selbständiger“) persönlich vom Dienstberechtigten (AG) abhängig. Die persönliche Abhängigkeit ist unter wertender Betrachtung des Einzelfalles festzustellen (so auch § 611a Abs. 1 Satz 4 BGB). Ausgehend von § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB spricht das Vorliegen folgender Indizien für eine persönliche Abhängigkeit:

- Weisungsgebundenheit bzgl. Art und Weise, Zeit und Dauer, Ort der Dienstleistung (= § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB);
- Eingliederung in den Betriebsablauf und Bindung an feste Arbeitszeiten;
- Pflicht, dem Dienstberechtigten die ganze Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen.

Klausurhinweis: In der Klausur sind die maßgeblichen Kriterien anzuführen und ihre Gewichtung im Einzelfall zu diskutieren. Dabei ist zu beachten, dass die Arbeitnehmereigenschaft abhängig von der Eigenart der geschuldeten Tätigkeit (= § 611a Abs. 1 Satz 3 BGB) auch gegeben sein kann, wenn ein Kriterium nicht vorliegt.

Keine AN mangels persönlicher Abhängigkeit sind:

- arbeitnehmerähnliche Personen (lediglich wirtschaftlich abhängig);
- Gesellschaftsorgane (Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, Vorstandsmitglieder bei Genossenschaften, Geschäftsführer einer GmbH)

Problem: Ernennung eines AN zum Gesellschaftsorgan (z.B. Geschäftsführer)

Schließt ein AN mit seinem bisherigen AG einen Geschäftsführervertrag, ohne das „Schicksal“ des Arbeitsverhältnisses zu klären, stellt sich die Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch den Geschäftsführervertrag beendet wurde oder während der Geschäftsführertätigkeit ruht. Ruht das Arbeitsverhältnis lediglich, lebt es im Zeitpunkt der Beendigung des Geschäftsfüh-

rervertrages wieder auf, so dass der AN weiterhin zur ursprünglichen Arbeitsleistung verpflichtet ist und einen Anspruch auf Arbeitsentgelt hat.

Lösung des BAG: Ob in dem Abschluss des Geschäftsführervertrages zugleich die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erblicken ist, ist im Wege der Auslegung des Geschäftsführervertrages zu ermitteln. Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses bedarf gemäß § 623 Hs. 1 BGB der Schriftform, so dass nur ein schriftlich geschlossener Geschäftsführervertrag, in dem der durch Auslegung ermittelte Wille wenigstens andeutungsweise Ausdruck findet, zum Ende des Arbeitsverhältnisses führen kann. Das BAG geht davon aus, dass im Zweifel das Arbeitsverhältnis endet und nur beim Vorliegen konkreter Anhaltspunkte während der Geschäftsführertätigkeit ruht (BAG 19.7.2007 AP GmbHG § 35 Nr. 18).

Konstellationen, in denen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bejaht wurde: eine nicht unwesentliche Erhöhung der Bezüge, weil dadurch der Verlust der Arbeitnehmerstellung ausgeglichen werden kann (BAG 27.6.1985 AP Angestelltenkündigungsg § 1 Nr. 2); bei einem der Organstellung vorgelagerten Probearbeitsverhältnis, in dem der Betroffene noch keinen Bestandsschutz erworben hat (BAG 7.10.1993 AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 16); ausdrücklicher Abschluss eines neuen Dienstvertrages (BAG 28.9.1995 AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 24); der AN wird zum Geschäftsführer einer ausgegründeten GmbH ernannt (BAG 8.6.2000 AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 49).

IV. Weitere Abgrenzungskriterien

Kann die Arbeitnehmereigenschaft nicht eindeutig anhand des Merkmals „persönliche Abhängigkeit“ bestimmt werden, sind zusätzlich folgende Indizien heranzuziehen:

- Art der Entlohnung (festes Gehalt spricht für Arbeitnehmerstatus);
- Abführen von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen durch den Dienstberechtigten;
- Führung von Personalpapieren;
- vertragliche Bezeichnung der Tätigkeit.

Beachte: Die soeben genannten Kriterien haben nur eine schwache Indizwirkung, weil die falsche Behandlung des Vertragsverhältnisses durch die Vertragsparteien die rechtliche Einordnung als Arbeits- oder freier Dienstvertrag nicht beeinflussen kann (s. auch § 611a Abs. 1 Satz 5 BGB: auf die Bezeichnung im Vertrag kommt es nicht an).

B. Arbeiter und Angestellte

AN werden in **Arbeiter** (vorwiegend körperliche Tätigkeit) und **Angestellte** (vorwiegend geistige Tätigkeit) unterschieden. Diese Unterscheidung hat kaum noch Bedeutung (selbst im Rentenversicherungsrecht wurde die frühere Trennung von Bundesversicherungsanstalt für Angestellte [Angestellte] und den jeweiligen Landesversicherungsanstalten [Arbeiter] durch Bildung der „Deutsche Rentenversicherung“ aufgehoben).

Eine arbeitsrechtliche Sonderstellung nehmen die **leitenden Angestellten** ein, die in gewissem Umfang typische Arbeitgeberfunktionen wahrnehmen und vom Geltungsbereich bestimmter Gesetze ausgenommen sind, s. § 5 Abs. 3 BetrVG i.V.m. SprAuG, § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG, § 14 Abs. 2 KSchG. Der Begriff des leitenden Angestellten wird in diesen Vorschrif-

ten für das jeweilige Gesetz definiert.

C. Auszubildende

Auszubildende stehen in keinem Arbeitsverhältnis, sondern in einem Berufsausbildungsverhältnis, s. § 10 BBiG. Auf dieses finden gem. § 10 Abs. 2 BBiG die allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätze und Rechtsvorschriften Anwendung, soweit sich aus dem Zweck des Ausbildungsverhältnisses sowie den §§ 10 ff. BBiG nichts anderes ergibt.

Beispiele für vorrangige Vorschriften: § 17 Abs. 3 BBiG (Mehrarbeit), § 22 Abs. 2 Nr. 2 BBiG (Kündigung), § 20 BBiG (Probezeit)

Klausurhinweis: Wenn der Anwendungsbereich eines Gesetzes auch die zur Berufsausbildung Beschäftigten umfasst (Bsp. § 5 ArbGG, § 5 Abs. 1 BetrVG, § 2 BUrlG) und aus dem Sachverhalt eindeutig hervorgeht, dass zwischen den Beteiligten ein Ausbildungsverhältnis besteht, dann ist eine Auseinandersetzung mit dem Arbeitnehmerbegriff überflüssig. Ansonsten bedarf die Anwendung arbeitsrechtlicher Vorschriften auf das Berufsausbildungsverhältnis wegen § 10 Abs. 2 BBiG stets einer Begründung, wobei das in § 10 Abs. 2 BBiG ausdrücklich benannte Gebot einer „entsprechenden“ Anwendung auch zu Modifizierungen bzw. Anpassungen zwingen kann.

D. Arbeitnehmerähnliche Person

Ausgehend von § 12a TVG sind arbeitnehmerähnliche Personen

- nicht persönlich, aber wirtschaftlich abhängig und
- hinsichtlich der sozialen Schutzbedürftigkeit einem AN vergleichbar (im Wesentlichen für einen Auftraggeber tätig und das daraus erzielte Entgelt stellt die entscheidende Existenzgrundlage dar, BAG 25.7.1996 NZA 1997, 62; ferner zuletzt BAG 21.1.2019 NZA 2019, 490)

Beispiel: Heimarbeiter (weitgehende Gleichstellung mit AN, s. etwa § 10 EFZG), freie Mitarbeiter bei Presse, Rundfunk und Fernsehen.

Anwendung von arbeitsrechtlichen Gesetzen grundsätzlich nur, wenn spezialgesetzlich angeordnet.

Beispiel: § 12a TVG, § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AGG, § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, § 2 BUrlG, § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG, § 7 Abs. 1 Nr. 3 PflegeZG.

Klausurhinweis: Die Abgrenzung zwischen AN und arbeitnehmerähnlicher Person ist bei den vorgenannten Vorschriften nicht erforderlich, weil sie sowohl für AN als auch für arbeitnehmerähnliche Personen gelten. Die Abgrenzung muss vielmehr zu den freien Dienstnehmern bzw. Selbständigen erfolgen.

E. Arbeitnehmer und Verbrauchereigenschaft

Da § 13 BGB eine natürliche Person nur dann aus dem Verbraucherbegriff ausklammert, wenn das abgeschlossene Rechtsgeschäft weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, kommt auch der AN als „Verbraucher“ in Betracht. Unstreitig ist dies, wenn er neben dem Arbeitsvertrag in selbständige vertragliche Beziehungen mit dem AG tritt (z. B. im Rahmen eines Personaleinkaufs). In diesem Fall greifen unstreitig auch die Bestimmungen des BGB zum Verbraucherschutz ein.

Umstr. ist die Anwendung des Verbraucherschutzrechts hingegen, wenn die arbeitsvertraglichen Beziehungen als solche betroffen sind. Wichtig ist dies insbesondere im Hinblick auf:

- § 288 Abs. 2 BGB (Zinssatz in Höhe von Basiszinssatz + 8 Prozentpunkte)
- § 310 Abs. 3 BGB (Besonderheiten bei der AGB-Kontrolle)
- § 312b Abs. 1 BGB (Widerrufsrecht bei Verhandlungen außerhalb von Geschäftsräumen [= Privatwohnung des AN, Arbeitsplatz])

Die Auffassungen in Lit. und Rspr. der Instanzgerichte sind geteilt; das BAG hat für § 310 Abs. 3 BGB die Verbrauchereigenschaft des AN bejaht (BAG 25.5.2005 AP BGB § 310 Nr. 1), bezüglich des Widerrufsrechts in § 312g BGB (= § 312 BGB a.F.) indessen die Anwendung der Norm abgelehnt (BAG 27.11.2003 AP BGB § 312 Nr. 1; partiell überholt, da § 312g BGB wegen § 312 Abs. 1 BGB „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ voraussetzt; s. zuletzt BAG 7.2.2019 – 6 AZR 75/18, BeckRS 2019, 1651). Zwei wesentliche Argumentationslinien zeichnen sich ab (s. näher z.B. *Preis NZA* 2003, Beilage zu Heft 16, S. 19 ff.):

1. Eine Auffassung bejaht die Verbrauchereigenschaft des AN generell (absoluter Verbraucherbegriff). Begr.: § 13 BGB schließt nur Rechtsgeschäfte zur selbständigen Tätigkeit aus; der Arbeitsvertrag hat demgegenüber abhängige Tätigkeit zum Gegenstand, die Voraussetzungen der Legaldefinition in § 13 BGB sind deshalb erfüllt.
2. Die Gegenauffassung (relativer Verbraucherbegriff) stellt die Zwecke des Verbraucherschutzrechts und des Arbeitnehmerschutzrechts gegenüber. Verbraucherverträge betreffen die Verpflichtung zur Abnahme von Leistungen des Unternehmers; der Arbeitsvertrag verpflichtet zur Leistung an den AG. Deshalb erfolgt eine teleologische Reduktion der Legaldefinition in § 13 BGB, die jedoch eine Einzelanalogie zu verbraucherschutzrechtlichen Normen (z. B. § 310 Abs. 3 BGB) nicht ausschließt.

F. Arbeitgeber

Der AG ist der Vertragspartner des AN. Davon ausgehend ist AG jede natürliche oder juristische Person oder Personengesellschaft, die mindestens einen AN beschäftigt (s. auch § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG).

Einen Sonderfall stellt die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) dar, bei der ein AG (Verleiher) einen AN einem Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlässt (§ 1 AÜG). Hier werden die Arbeitgeberfunktionen verteilt: dem Entleiher steht das Direktionsrecht zu und ihn treffen Schutzpflichten. Der Verleiher, der zugleich AG ist, ist zur Lohnzahlung verpflichtet.

Übersicht				
Arbeitnehmer			arbeitnehmerähnliche Personen	freie Dienstnehmer
ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags zur Leistung von Diensten für einen anderen in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (= § 611 Satz 1 BGB)			sind wirtschaftlich abhängige Personen, die hinsichtlich der sozialen Schutzbedürftigkeit mit AN vergleichbar sind	alle anderen
Arbeiter	Angestellte (Sonderfall: leitende Angestellte, § 14 Abs. 2 KSchG, § 5 Abs. 3, 4 BetrVG, § 18 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG)	Auszubildende		
Anwendung der §§ 611 ff. BGB				
vorrangige Anwendung von Arbeitnehmerschutzvorschriften (z.B.: ArbSchG, KSchG, MuSchG, BUrlG, EFZG)			vorrangige Anwendung von Arbeitnehmerschutzvorschriften, wenn ausdrücklich angeordnet (z.B.: § 2 II Nr. 3 ArbSchG, § 2 S. 2 BUrlG, § 12a TVG)	(-)
		vorrangig §§ 10 ff. BBiG		
Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten				
(+) , gem. §§ 2 Abs. 1 Nr. 3, 5 Abs. 1 ArbGG				(-) ordentliche Gerichtsbarkeit (§ 13 GVG)

Kontrollfragen

1. Welche Voraussetzungen müssen vorliegen, damit ein Dienstverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist?
2. Wodurch unterscheidet sich das Rechtsverhältnis der Beamten von demjenigen der Arbeiter und Angestellten im öffentlichen Dienst?
3. Für welche Gesetze ist der Begriff des leitenden Angestellten von Bedeutung?
4. Was sind arbeitnehmerähnliche Personen und welche Vorschriften finden für diese Anwendung?
5. Worin besteht die Besonderheit der Arbeitnehmerüberlassung hinsichtlich des Arbeitgebers?

Fall 1: A ist seit sechs Jahren beim NDR als Orchestermusiker tätig. In dem von den Parteien geschlossenen Vertrag wird er als „freier Mitarbeiter“ bezeichnet. Neben seiner Tätigkeit beim NDR nimmt A auch Aufträge anderer Orchester wahr, wobei er 40% seiner Arbeitszeit für die Tätigkeit beim NDR aufwendet. Im Gegensatz zu den anderen Orchestermitgliedern bezieht A nach der vertraglichen Vereinbarung kein festes Monatsgehalt. Seine Bezüge werden monatlich nach angefallenen Stunden abgerechnet und überwiesen. Sie liegen bei knapp 70% seiner Gesamteinkünfte.

Auf einer Betriebsfeier des NDR lernt A den B kennen, der bei dem Sender als Reporter beschäftigt ist. Im Vertrag, in dem B als „freier Mitarbeiter“ bezeichnet wird, ist ein Stundenlohn von 25 Euro vereinbart, der nach Einzelabrechnung ausbezahlt ist. Der Einsatz des B und der anderen z.T. festangestellten Reporter ist aus einem Monatsplan ersichtlich, der im Intranet des NDR bekannt gegeben wird. Aus den Einsatzplänen ergibt sich, dass B seit Abschluss des Vertrages durchschnittlich 35 Stunden in der Woche im Einsatz ist. Das entspricht etwa der gleichen Zeit, die seine festangestellten Kollegen arbeiten. Der konkrete Einsatz des B richtet sich nach den Vorgaben des zuständigen Redakteurs, der vorgibt, welches Thema recherchiert werden soll und darüber entscheidet, ob ein Filmbeitrag erstellt wird.

Auf der Betriebsfeier beschließen A und B zu vorgerückter Stunde, gemeinsam nach Australien in den Urlaub zu fahren. Um die Finanzierung sicherzustellen, wollen sie sich die Urlaubstage vom NDR bezahlen lassen.

Haben A und B Anspruch auf bezahlten Urlaub?