

NOMOSLEHRBUCH

Krause

# Arbeitsrecht

4. Auflage



Nomos

**NOMOSLEHRBUCH**

**Prof. Dr. Rüdiger Krause**  
Universität Göttingen

# **Arbeitsrecht**

4. Auflage



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3860-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-8183-4 (ePDF)

4. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## **Vorwort zur vierten Auflage**

Die vierte Auflage dieses Lehrbuchs, die leider viel zu lange hat auf sich warten lassen, bringt das Werk durchgängig auf den Stand vom 1.5.2020, vereinzelt auch darüber hinaus. Die Grundstruktur ist beibehalten worden. Das Buch verfolgt damit nach wie vor das Anliegen, in die spezifischen Fragen des Arbeitsrechts in einer von den lösungsbedürftigen sozialen Problemen als Regelungskontext ausgehenden Weise einzuführen und dabei vor allem die Vorstellungen, Prinzipien und Zusammenhänge zu verdeutlichen, von denen sich der Gesetzgeber und die Rechtsprechung sowohl auf der nationalen als auch auf der europäischen Ebene leiten lassen. Zudem soll den Studierenden an der einen oder anderen Stelle die praktische Bedeutung der einzelnen Bereiche des Arbeitsrechts in der Arbeitswelt und damit ihr „Sitz im Leben“ möglichst anschaulich vor Augen geführt werden. Um dieses Ziel zu erreichen, sind wiederum alle Teile des Buches einer kritischen Revision unterzogen worden. Erwähnt seien vor allem die erneut leicht veränderte Einführung (§ 1), die Neuregelung des Arbeitnehmerbegriffs (§ 2 Rn. 2 ff.), die Ausführungen zum Recht der Europäischen Union (§ 3 Rn. 26 ff.), der Ausbau der Darlegungen zum Mindestlohn (§ 11 Rn. 7), der neue Beschäftigtendatenschutz (§ 12 Rn. 5), das nicht unerheblich veränderte Urlaubsrecht (§ 13 Rn. 2 ff.) sowie neuere Entwicklungen bei der Befristungskontrolle (§ 19 Rn. 6 und 10). Zudem wird an verschiedenen Stellen bereits auf arbeitsrechtliche Folgefragen der aktuellen Corona-Pandemie eingegangen (§ 9 Rn. 27, § 11 Rn. 46 und § 12 Rn. 20). Darüber hinaus ist die Nachweisdichte insgesamt wiederum noch etwas erhöht worden. Damit verbindet sich selbstverständlich nicht die Erwartung, dass allen Angaben nachgegangen wird. Vielmehr können reine Pflichtfachstudierende sie getrost übergehen. Denjenigen aber, die sich im Rahmen der Schwerpunktausbildung dem Arbeitsrecht zuwenden, mögen die Nachweise als eine erste Hilfestellung dienen, um in aktuelle arbeitsrechtliche Diskussionen, die regelmäßig durch die gerichtliche Spruchpraxis geprägt oder doch erheblich beeinflusst werden, unmittelbar einsteigen zu können. Zu hoffen bleibt schließlich, dass die fünfte Auflage dieses Lehrbuchs weniger lange auf sich warten lässt...

Göttingen, Mai 2020

*Rüdiger Krause*

## **Aus dem Vorwort zur ersten Auflage (2005)**

Angesichts der Vielzahl der bereits auf dem Markt befindlichen arbeitsrechtlichen Lehrbücher muss die Frage erlaubt sein, aus welchem Grund ein weiteres Werk zu diesem Rechtsgebiet erscheint. Die Antwort ergibt sich aus dem Vorhaben, nicht nur den zu vermittelnden Stoff zu präsentieren, sondern konsequent aus der Perspektive des Studenten in das Arbeitsrecht einzuführen. Im Mittelpunkt stehen daher immer wieder die Schwierigkeiten, die gerade das Arbeitsrecht den Studenten bereitet. Adressat dieses Lehrbuchs ist einmal derjenige, der sich erstmals mit dem Arbeitsrecht befasst und über allgemeine privatrechtliche, nicht aber über arbeitsrechtliche Vorkenntnisse verfügt. Daneben soll dem Fortgeschrittenen eine zügige Wiederholung der wichtigsten Fragen des individuellen Arbeitsrechts und damit des Pflichtstoffs sowie der Einstieg in eine vertiefte Auseinandersetzung mit arbeitsrechtlichen Problemen ermöglicht werden.

**Aus dem Vorwort zur ersten Auflage (2005)**

---

Das Anliegen dieses Lehrbuchs besteht darin, von den Interessenlagen der Beteiligten auszugehen und zunächst die Grundlagen der verschiedenen Teilbereiche zu behandeln, bevor wichtige Einzelfragen strukturiert aufbereitet werden. Der Lernerfolg ist erfahrungsgemäß dann am größten, wenn man von den Prinzipien aus denkt und sich nicht sofort in den Einzelheiten verliert. Dies gilt grundsätzlich für alle Rechtsgebiete, für das Arbeitsrecht aber in besonderem Maße. Angesichts des Umfangs und Detailreichtums, den das Arbeitsrecht mittlerweile erlangt hat und für den pars pro toto die großen Kommentare zum Kündigungsrecht stehen, die allein schon 2.500 bis 3.000 Seiten füllen, ist es von vornherein ausgeschlossen, alle Einzelaspekte ständig präsent zu haben. Es kann daher nicht das Ziel der Ausbildung im Arbeitsrecht sein, sich eine mehr oder weniger große Anzahl von Details merken zu wollen. Natürlich kommt man nicht ohne ein bestimmtes arbeitsrechtliches Grundwissen aus. Wichtiger aber noch ist es, arbeitsrechtlich denken zu lernen. Da die Halbwertszeit arbeitsrechtlicher Informationen ständig abnimmt, wird die Methode des Umgangs mit arbeitsrechtlichen Problemen immer wichtiger. Es geht um die Entwicklung der Fähigkeit, sich immer wieder neu in die Lage der Betroffenen hineinzusetzen, ihre Interessen zu verstehen und unter Berücksichtigung der vielfältigen Wertungen des Arbeitsrechts zu gerechten Lösungen zu gelangen. Das vorliegende Buch will daher neben der Vermittlung des erforderlichen Grundwissens vor allem zu eigenständigem arbeitsrechtlichen Denken anregen.

Letzteres ist der entscheidende Unterschied zwischen der universitären rechtswissenschaftlichen Ausbildung und einem reinen Rechtskundeunterricht, der seine Berechtigung hat, aber gerade nicht zu den Qualifikationen führt, die für anspruchsvolle juristische Tätigkeiten benötigt werden. So paradox es deshalb klingt: Gerade wenn man die juristische Ausbildung nicht an den Tagesaktualitäten der Praxis orientiert, wie es einer verfehlten Wissenschaftspolitik zuweilen vorschwebt, vermittelt sie diejenigen Fähigkeiten, auf die es für den beruflichen Erfolg in einer sich ständig wandelnden Umwelt ankommt. Darüber hinaus gilt natürlich auch schon für das Studium, dass die Beschäftigung mit dem Arbeitsrecht wie überhaupt mit dem Recht nur dann Freude bereitet und nicht zur Qual wird, wenn man als Student den Eindruck gewinnt, mit dem Stoff zumindest halbwegs souverän umgehen zu können. Hieraus folgt ebenfalls, dass die Aneignung von Grundlagen und Prinzipien wichtiger als das Auswendiglernen von Einzelheiten ist, das nur scheinbar Sicherheit verheißt. Wenn dieses Buch hierzu einen Beitrag leistet und den Studenten ein Gespür für das Arbeitsrecht vermittelt, so hat es sein Ziel erreicht.

## Inhalt

<b>Vorwort zur vierten Auflage</b>	5
<b>Über die Schwierigkeiten beim Einstieg in das Arbeitsrecht</b>	19
<b>Zum Umgang mit diesem Buch</b>	23
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	25
<b>Literaturverzeichnis (Auswahl)</b>	29

### TEIL A GRUNDLAGEN

---

<b>§ 1 Gegenstand und Strukturen des Arbeitsrechts</b>	31
<b>I. Das Arbeitsleben als Gegenstand des Arbeitsrechts</b>	31
<b>II. Strukturen des Arbeitsrechts</b>	34
1. Eigenheiten des Arbeitsverhältnisses	35
a) Dauerschuldverhältnis	35
b) Existenzielle Abhängigkeit des Arbeitnehmers	35
c) Unterlegenheit des Arbeitnehmers	36
d) Betriebsorganisatorische Zwänge	39
2. Sozialgeschichtliche Reaktionen	39
a) Staatlicher Arbeitnehmerschutz	40
b) Kollektive Selbsthilfe	43
c) Arbeitnehmerbeteiligung im Betrieb und Unternehmen	44
3. Eigenständige Arbeitsgerichtsbarkeit	45
4. Systematik des Arbeitsrechts	47
<b>III. Stellung in der Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung</b>	47
1. Stellung in der Rechtsordnung	47
a) Arbeitsrecht zwischen privatem und öffentlichem Recht	47
b) Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht	48
c) Verhältnis zum Sozialrecht	49
2. Stellung in der Wirtschaftsordnung	50
a) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Aspekte	50
b) Ökonomische Aspekte	50
3. Stellung in der Gesellschaftsordnung	52
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	52
<b>§ 2 Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts</b>	53
<b>I. Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmer, Arbeitgeber</b>	53
<b>II. Der Arbeitsvertrag</b>	54
1. Bedeutung	54
2. Begriffsbestimmung	55
a) Dienstvertrag	56
b) Persönliche Abhängigkeit (Unselbstständigkeit)	57
3. Bedeutung des Parteiwillens	61
4. Prozessuale Klärung	62

**Inhalt**

---

5. Sonderfragen	63
a) Organmitglieder	63
b) Mitarbeiter in Medien	63
c) Verhältnis zum Sozialrecht	64
d) Der Arbeitnehmer als Verbraucher?	65
<b>III. Arbeitnehmerähnliche Personen</b>	65
1. Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende	66
2. Sonstige arbeitnehmerähnliche Personen	67
<b>IV. Besondere Beschäftigtengruppen</b>	67
1. Arbeiter und Angestellte	68
2. Auszubildende	69
<b>V. Die Arbeitgeberseite</b>	69
1. Arbeitgeber, Unternehmer, Selbstständiger	69
2. Binnenstruktur des Arbeitgebers (Unternehmen, Betrieb, Konzern)	70
3. Personalmanagement	71
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	71
<b>§ 3 Die Regulierung des Arbeitsverhältnisses</b>	73
<b>I. Verwirrende Vielfalt als Ausgangspunkt</b>	73
<b>II. Die einzelnen Rechtsquellen und Gestaltungsfaktoren</b>	74
1. Die arbeitsvertragliche Ebene	75
a) Individueller Arbeitsvertrag	75
b) Gesamtzusage	76
2. Weisungsrecht des Arbeitgebers	76
3. Gesetzes-, Gewohnheits- und Richterrecht	77
a) Gesetzesrecht	77
b) Gewohnheitsrecht	78
c) Richterrecht	78
4. Verfassungsrecht	79
a) Sozialstaatsprinzip	79
b) Grundrechte	80
aa) Wirkungsweise der Grundrechte	80
bb) Freiheitsrechte	82
cc) Gleichheitsrechte	86
5. Recht der Europäischen Union	86
a) Allgemeines	86
b) Entwicklung und allgemeiner Charakter des europäischen Arbeitsrechts	87
c) Wirkungsweise des europäischen Rechts	89
d) Zuständigkeiten der Union	92
e) Wichtigste Bereiche des europäischen Arbeitsrechts	93
6. Sonstiges internationales Recht	95
7. Tarifverträge	95
8. Betriebsvereinbarungen	97
<b>III. Das Verhältnis der Rechtsquellen zueinander</b>	97
1. Rangprinzip	98
2. Günstigkeitsprinzip	98
3. Ranggleiche Gestaltungsfaktoren	100

**Inhalt**

---

4. Zur Falllösung	100
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	101
<b>§ 4 Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung</b>	102
<b>I. Grundlagen</b>	102
1. Grundstrukturen	102
2. Rechtliche Ausprägungen	104
a) Europäisches Recht	104
b) Verfassungsrecht	106
c) Einfaches Recht	106
<b>II. Gleichbehandlungsgrundsatz</b>	107
1. Konzeption	107
2. Einzelne Voraussetzungen	108
3. Rechtsfolgen	111
<b>III. Antidiskriminierungsrecht</b>	112
1. Konzeption	112
2. Einzelne Voraussetzungen (AGG)	114
a) Anwendungsbereich	115
aa) Persönlicher Anwendungsbereich	115
bb) Sachlicher Anwendungsbereich	116
cc) Verhältnis zu anderen Gesetzen	116
b) Benachteiligungsverbot	116
aa) Verbotene Anknüpfungspunkte (Diskriminierungsgründe)	117
bb) Benachteiligungsformen	119
c) Rechtfertigung	125
3. Rechtsfolgen	128
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	130

**TEIL B DER ARBEITSVERTRAG**

---

<b>§ 5 Die Anbahnung des Arbeitsvertrags</b>	131
<b>I. Allgemeines</b>	131
<b>II. Informationsrechte des Arbeitgebers</b>	133
1. Interessenlage und rechtliche Ausgangssituation	133
2. Aufklärungspflichten des Bewerbers	134
3. „Fragerecht“ des Arbeitgebers	135
a) Allgemeines	135
b) Schwangerschaft	137
c) Behinderung und Schwerbehinderteneigenschaft	138
4. Sonstige Formen der Informationserhebung	139
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	140
<b>§ 6 Der Abschluss des Arbeitsvertrags</b>	141
<b>I. Vertragsschluss</b>	141
<b>II. Wirksamkeit</b>	141
1. Geschäftsfähigkeit	142



**Inhalt**

---

2. Formfragen	142
a) Allgemeines	142
b) Nachweis von Arbeitsbedingungen	142
3. Gesetzes- und Sittenverstoß	143
<b>III. Schranken der Abschlussfreiheit</b>	144
1. Grundsatz	144
2. Einstellungsverbote und Beschäftigungsverbote	144
3. Gesetzliche Begründung von Arbeitsverhältnissen	145
4. Einstellungsgebote	145
5. Diskriminierungsverbote	147
<b>IV. Beteiligungsrechte des Betriebsrats</b>	148
<b>V. Mängel des Arbeitsvertrags</b>	148
1. Fallgruppen	148
2. Rechtsfolgen	150
a) Grundsatz	150
b) Die Lehre vom fehlerhaften (faktischen) Arbeitsverhältnis	150
Prüfungsschema: Die Anfechtung des Arbeitsvertrags (durch den Arbeitgeber)	151
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	152
<b>§ 7 Die Inhaltskontrolle des Arbeitsvertrags</b>	153
<b>I. Allgemeines</b>	153
<b>II. Die Kontrolle Allgemeiner Arbeitsbedingungen (Geschäftsbedingungen)</b>	154
Prüfungsschema: Die Kontrolle vorformulierter Arbeitsbedingungen	158
<b>III. Die Inhaltskontrolle echter Individualvereinbarungen</b>	159
<b>IV. Die Ausübungskontrolle</b>	160
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	160
<b>§ 8 Die Änderung des Arbeitsvertrags</b>	161
<b>I. Allgemeines</b>	161
<b>II. Änderungsverträge</b>	161
<b>III. Betriebliche Übung</b>	162
1. Grundlagen	162
2. Rechtliche Konstruktion	163
3. Einzeltoraussetzungen	164
4. Beendigung der betrieblichen Übung	166
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	167

**TEIL C DER INHALT DES ARBEITSVERHÄLTNISSES**

---

<b>§ 9 Die Arbeitspflicht als Hauptpflicht des Arbeitnehmers</b>	168
<b>I. Schuldner und Gläubiger</b>	169
1. Schuldner	169
2. Gläubiger	169
<b>II. Festlegung der Arbeitspflicht durch Arbeitsvertrag und Weisungsrecht</b>	170
1. Allgemeines	170
a) Grundlagen	170
b) Allgemeine Grenzen des Weisungsrechts	171

## Inhalt

---

c) Konkretisierung der Arbeitspflicht	172
2. Art der Arbeitsleistung	173
3. Ort der Arbeitsleistung	175
4. Zeitliche Aspekte der Arbeitspflicht	175
a) Höchstdauer der Arbeitszeit nach öffentlichrechtlichem Arbeitszeitschutz	176
b) Umfang der zu leistenden Arbeit	178
aa) Grundsatz	178
bb) Überstunden	179
cc) Kurzarbeit	179
dd) Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit	181
c) Lage der Arbeitszeit	181
d) Arbeit auf Abruf	182
5. Intensität der geschuldeten Arbeit	182
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	<b>183</b>
<b>§ 10 Nebenpflichten des Arbeitnehmers</b>	<b>184</b>
<b>I. Allgemeine Rücksichtnahmepflicht</b>	<b>184</b>
<b>II. Besondere Fallgruppen</b>	<b>185</b>
1. Pflicht zur Verschwiegenheit	185
2. Wettbewerbsverbot und Nebentätigkeiten	187
3. Schmiergeldverbot	189
4. Außerdienstliches Verhalten	189
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	<b>190</b>
<b>§ 11 Die Vergütungspflicht als Hauptpflicht des Arbeitgebers</b>	<b>191</b>
<b>I. Der Entgeltanspruch</b>	<b>191</b>
1. Rechtsgrundlagen	191
a) Autonome Quellen: Arbeitsvertrag und Kollektivvertrag	191
b) Heteronome Quellen: Gesetzliche Regelungen	192
2. Entgeltformen	197
a) Geldlohn und Naturallohn	197
b) Zeit- und Leistungslohn	197
c) Grundlohn und Zulagen	198
d) Sonderformen	198
e) Flexibilisierung	199
3. Einzelheiten des Entgeltanspruchs	201
a) Öffentlichrechtliche Abgaben	201
b) Fälligkeit	202
c) Gehaltsüberzahlung	202
4. Einwendungen und Einreden	202
5. Schutz des Arbeitsentgelts	203
a) Schutz vor Gläubigern und Dritten	203
b) Schutz vor dem Arbeitgeber	204
c) Schutz bei Insolvenz des Arbeitgebers	204
6. Rückzahlungsklauseln	205
<b>II. Fortbestehen des Entgeltanspruchs aus arbeitgeberbezogenen Gründen</b>	<b>208</b>
1. Grundlagen	208

**Inhalt**

---

2.	Annahmeverzug	209
a)	Allgemeines	209
b)	Voraussetzungen des Annahmeverzugs	210
c)	Rechtsfolgen des Annahmeverzugs	213
	Prüfungsschema: Anspruch auf Vergütung bei Annahmeverzug	214
3.	Betriebsrisikolehre	214
	<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	216
<b>§ 12</b>	<b>Der Schutz des Arbeitnehmers vor betrieblichen Gefahren</b>	218
I.	Allgemeines	218
II.	Der Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers	218
III.	Persönlichkeitsschutz	219
IV.	Schutz von Eigentum und Vermögen des Arbeitnehmers	223
	<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	224
<b>§ 13</b>	<b>Personenbezogenheit der Arbeit I: Urlaub, Krankheit, Feiertage</b>	225
I.	Allgemeines	225
II.	Erholungsurlaub	225
1.	Zweck und Anspruchsinhalt	225
2.	Dauer, Wartezeit und Teilurlaub	226
3.	Abhängigkeit des Urlaubs von tatsächlich erbrachter Arbeitsleistung?	227
4.	Konkrete Festlegung und Erfüllung des Urlaubsanspruchs	228
5.	Bindung an das Urlaubsjahr und Übertragbarkeit	229
6.	Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld	230
7.	Erwerbstätigkeit und Erkrankung	231
8.	Urlaubsabgeltung	231
9.	Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers	232
10.	Sonderfälle	233
	Prüfungsschema: Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub	234
III.	<b>Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall</b>	234
1.	Zusammenspiel zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht	235
2.	Anspruchsvoraussetzungen	235
3.	Umfang des Entgeltfortzahlungsanspruchs	237
4.	Anzeige- und Nachweispflicht	238
5.	Forderungsübergang bei Dritthaftung	239
	Prüfungsschema: Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	239
IV.	<b>Entgeltfortzahlung an Feiertagen</b>	240
	<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	240
<b>§ 14</b>	<b>Personenbezogenheit der Arbeit II: Mutterschutz, Elternzeit, Pflegezeit, Teilzeitananspruch, persönliche Hinderungsgründe</b>	242
I.	Allgemeines	242
II.	Mutterschutz	242
1.	Beschäftigungsverbote	243
2.	Entgeltsschutz	243
III.	Elternzeit	244
IV.	Pflegezeit, Familienpflegezeit	245

**Inhalt**

---

<b>V. Ansprüche auf Teilzeit</b>	247
1. Allgemeiner Teilzeitananspruch	247
2. Sonderregelungen	250
<b>VI. Persönliche Hinderungsgründe</b>	251
1. Voraussetzungen	251
2. Rechtsfolgen	252
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	252
<b>§ 15 Die Durchsetzung der arbeitsrechtlichen Pflichten</b>	253
<b>I. Allgemeines</b>	253
<b>II. Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers</b>	253
1. Überblick	253
2. Die einzelnen Reaktionsmöglichkeiten	253
a) Erzwingung der Arbeitsleistung	254
b) Entfallen des Entgeltanspruchs	254
c) Schadensersatz	255
d) Vertragsstrafe	256
e) Betriebsbuße	257
f) Abmahnung	257
g) Kündigung	257
<b>III. Pflichtverletzungen des Arbeitgebers</b>	258
1. Klage auf Erfüllung bzw. Schadensersatz	258
2. Beschwerderechte	259
3. Leistungsverweigerungsrechte	259
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	260
<b>§ 16 Die Haftung im Arbeitsverhältnis</b>	261
<b>I. Der Arbeitnehmer als Schädiger</b>	261
1. Schädigung des Arbeitgebers	261
2. Voraussetzungen der Haftungsreduktion	262
a) Begünstigter Personenkreis	262
b) Betrieblich veranlasste Tätigkeit	262
c) Konkrete Schadensverteilung	263
aa) Leichte (leichteste) Fahrlässigkeit	263
bb) Mittlere Fahrlässigkeit	263
cc) Grobe Fahrlässigkeit	264
dd) Vorsatz	265
ee) Echtes Mitverschulden	265
d) Sonderfall Mankohaftung	265
Prüfungsschema: Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber	266
3. Schädigung außenstehender Dritter	267
<b>II. Der Arbeitnehmer als Geschädigter (insbesondere Arbeitsunfallrecht)</b>	268
1. Sicherung des Arbeitnehmers bei Personenschäden	268
2. Die Beschränkung der Haftung des Unternehmers	269
a) Grundlagen	269
b) Einzelvoraussetzungen	270
3. Beschränkung der Haftung von Arbeitnehmern	271
4. Regressansprüche der Sozialversicherungsträger	272

**Inhalt**

---

5. Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für Eigenschäden des Arbeitnehmers	272
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	273

**TEIL D DIE BEENDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISES**

---

<b>§ 17 Grundlagen</b>	274
<b>I. Bedeutung des Kündigungsrechts</b>	274
<b>II. Überblick über die Beendigungsgründe</b>	274
1. Beendigung infolge einer Vereinbarung	274
a) Befristung und Bedingung	274
b) Aufhebungsvertrag	275
2. Beendigung durch einseitige Erklärung	275
a) Kündigung	275
b) Anfechtung	275
c) Lossagung	275
3. Sonstige Fälle	276
a) Tod des Arbeitnehmers	276
b) Gerichtliche Auflösung	276
4. Keine Beendigungsgründe	276
a) Tod des Arbeitgebers	276
b) Arbeitsunfähigkeit	276
c) Vollendung des 67. Lebensjahres	276
d) Insolvenz des Arbeitgebers	276
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	277
<b>§ 18 Die Kündigung</b>	278
<b>I. Grundbegriffe</b>	278
<b>II. Die Kündigungserklärung</b>	278
1. Eindeutigkeit	278
2. Form	279
3. Zugang der Kündigungserklärung	279
4. Vertretung	280
5. Allgemeine Nichtigkeitsgründe	281
<b>III. Die ordentliche Kündigung</b>	282
1. Gesetzliche Kündigungsfristen	283
2. Vertragliche Abweichungen	283
<b>IV. Die außerordentliche Kündigung</b>	284
1. Grundlagen	284
2. Wichtiger Grund	285
a) Allgemeines	285
b) Struktur und Beispiele	285
c) Kündigungserklärungsfrist	288
3. Sonderfall Verdachtskündigung	289
4. Auflösung des Arbeitsverhältnisses	290
5. Umdeutung	290
Prüfungsschema: Außerordentliche Kündigung	290

**Inhalt**

---

<b>V. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG</b>	291
1. Grundlagen	291
2. Anwendungsbereich des KSchG	294
a) Gegenständlicher Geltungsbereich	294
b) Betrieblicher Geltungsbereich	294
c) Persönlicher Geltungsbereich	296
3. Grundlagen der Sozialwidrigkeit der Kündigung	297
a) Struktur von § 1 KSchG	297
b) Übergreifende Regeln	297
Prüfungsschema: Kündigungsschutz nach dem KSchG	299
4. Die personenbedingte Kündigung	299
a) Aufbau	300
b) Fallgruppen	301
Prüfungsschema: Personenbedingte Kündigung	302
5. Die verhaltensbedingte Kündigung	303
Prüfungsschema: Verhaltensbedingte Kündigung	305
6. Die betriebsbedingte Kündigung	306
a) Dringendes betriebliches Erfordernis	306
aa) Unternehmerentscheidung	306
bb) Fortfall von Beschäftigungsmöglichkeiten	308
cc) Dringlichkeit des betrieblichen Erfordernisses	309
b) Sozialauswahl	311
aa) Allgemeines	311
bb) Festlegung des auswahlrelevanten Personenkreises	311
cc) Auswahlentscheidung	313
dd) Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer	314
ee) Auswahlrichtlinien	314
c) Namensliste in Interessenausgleich	314
d) Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung	315
Prüfungsschema: Betriebsbedingte Kündigung	315
<b>VI. Materieller Kündigungsschutz außerhalb des KSchG</b>	316
<b>VII. Verhältnis zum Antidiskriminierungsrecht</b>	317
<b>VIII. Besondere Kündigungshindernisse</b>	318
1. Schutz von Funktionsinhabern	319
a) Allgemeines	319
b) Ordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern	319
c) Außerordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern	320
2. Mutterschutz, Elternzeit, Pflegezeit und Familienpflegezeit	321
3. Schwerbehinderte Menschen	323
4. Sonstige geschützte Personengruppen	324
5. Schutz bei Massenentlassungen	324
6. Vertragliche Kündigungsbeschränkungen	326
a) Fallgruppen	326
b) Außerordentliche Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer	326
<b>IX. Anhörung des Betriebsrats</b>	327
1. Anwendungsbereich	327
2. Anhörungsverfahren	328
a) Zeitpunkt der Anhörung	328

**Inhalt**

---

b) Inhalt der Mitteilung	328
3. Rechtsfolgen bei Verletzung der Anhörungspflicht	329
4. Nachschieben von Kündigungsgründen	330
5. Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats	330
<b>X. Der Kündigungsschutzprozess</b>	331
1. Grundprinzip	331
2. Anwendungsbereich und Rechtsfolgen der kurzen Klagefrist	331
3. Klageart und Streitgegenstand	332
<b>XI. Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil</b>	333
1. Auflösung nach ordentlicher Kündigung	333
2. Auflösung nach außerordentlicher Kündigung	334
<b>XII. Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses</b>	335
1. Interessenslage	335
2. Betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch	335
a) Voraussetzungen	335
b) Rechtsfolgen	336
c) Entbindung von der Weiterbeschäftigungspflicht	336
3. Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch	336
a) Voraussetzungen	336
b) Rechtsfolgen	337
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	339
<b>§ 19 Befristungen, Bedingungen und Altersgrenzen</b>	340
<b>I. Einführung</b>	340
<b>II. Grundlagen</b>	340
1. Rechtsentwicklung	340
2. Formen	341
3. Schriftformerfordernis	342
4. Sachgrundbefristung	343
5. Sachgrundlose Befristung	345
6. Rechtsfolgen	348
a) Wirksame Befristung	348
aa) Ende des Arbeitsvertrags	348
bb) Kündigungsmöglichkeit	349
cc) Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	349
b) Unwirksame Befristung	349
7. Klagefrist	349
8. Besondere gesetzliche Regelungen	350
9. Auflösende Bedingung	350
10. Altersgrenzen	351
11. Befristung einzelner Arbeitsbedingungen	353
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	353
<b>§ 20 Aufhebungsvertrag</b>	354
<b>I. Einführung</b>	354
<b>II. Wirksamkeit</b>	354
<b>III. Aufklärungspflichten</b>	357
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	357

**Inhalt**

---

<b>§ 21 Pflichten anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses</b>	358
<b>I. Pflichten des Arbeitgebers</b>	358
1. Freizeit zur Stellensuche	358
2. Zeugnisanspruch	358
<b>II. Pflichten des Arbeitnehmers</b>	359
1. Allgemeines	359
2. Wettbewerbsverbot	359
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	360

**TEIL E ÄNDERUNGEN DES ARBEITSVERHÄLTNISSES UND  
ARBEITNEHMERÜBERLASSUNG**

---

<b>§ 22 Die Änderung von Arbeitsbedingungen</b>	361
<b>I. Überblick</b>	361
<b>II. Die Änderungskündigung</b>	361
1. Einführung	361
2. Begriff, Erscheinungsformen und Abgrenzungen	362
3. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers	363
4. Wirksamkeit der Änderungskündigung	364
5. Änderungsschutzklage	367
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	367
<b>§ 23 Der Betriebsübergang</b>	368
<b>I. Einführung</b>	368
<b>II. Voraussetzungen</b>	369
1. Vorliegen eines Betriebs oder Betriebsteils	369
2. Übergang der Einheit auf einen neuen Inhaber unter Wahrung ihrer Identität	372
3. Übergang durch Rechtsgeschäft	374
<b>III. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs</b>	374
1. Übergang der Arbeitsverhältnisse	374
2. Unterrichtung und Widerspruchsrecht der Arbeitnehmer	375
a) Information der Arbeitnehmer	375
b) Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers	376
3. Fortgeltung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen	378
4. Weiterhaftung des Betriebsveräußerers	379
5. Kündigungsverbot	380
6. Umgehungsverbot	381
Prüfungsschema: Betriebsübergang	381
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	382
<b>§ 24 Arbeitnehmerüberlassung</b>	383
<b>I. Allgemeines</b>	383
<b>II. Gesetzliche und europarechtliche Entwicklungen</b>	384
<b>III. Rechtliche Ausgestaltung</b>	385
<b>Wiederholungs- und Vertiefungsfragen</b>	386
<b>Stichwortverzeichnis</b>	387



## Über die Schwierigkeiten beim Einstieg in das Arbeitsrecht

Arbeitsrecht ist alles andere als eine trockene Materie. Vielmehr handelt es sich um eines der faszinierendsten Rechtsgebiete überhaupt. Gleichwohl oder vielleicht gerade deshalb bereitet der Einstieg in das Arbeitsrecht den Studierenden vielfach erhebliche Schwierigkeiten. Studierende begegnen dem Arbeitsrecht normalerweise im 4. oder im 5. Fachsemester. Bis dahin haben sie sich schon einige Zeit mit den Grundlagen des Bürgerlichen Rechts befasst. Dabei zeigen sich gerade in der Gegenüberstellung zum BGB, das zu diesem Zeitpunkt regelmäßig schon etwas vertraut geworden ist, einige Besonderheiten des Arbeitsrechts, die den Zugang zu diesem Rechtsgebiet erschweren.

Während das Bürgerliche Recht zumindest äußerlich nunmehr (d.h. nach der Schuldrechtsreform von 2002) eine weitgehende Geschlossenheit aufweist, ist dies beim Arbeitsrecht von vornherein anders. Es gibt kein Arbeitsgesetzbuch, in dem sich alle wesentlichen arbeitsrechtlichen Vorschriften nachlesen ließen. Der Gesetzgeber hat es 120 Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB noch nicht einmal zu einem Arbeitsvertragsgesetz gebracht, das die zum Einzelarbeitsverhältnis, also die zur Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gehörenden Fragen zusammenhängend behandelt, obwohl dies seither gefordert wird und es auch schon mehrere vergebliche Anläufe gegeben hat. Vielmehr haben wir es neben einigen im BGB enthaltenen Vorschriften mit einem Sammelsurium von Einzelgesetzen zu tun, die jeweils verschiedene Teilbereiche des Arbeitsrechts regeln. Immerhin wird der Zugang zu den unterschiedlichen Gesetzen dadurch erleichtert, dass es entsprechende Textsammlungen gibt, die unentbehrliches Handwerkzeug sind und die sich deshalb alle Studierenden anschaffen müssen.<sup>1</sup>

Doch damit nicht genug: Neben die zahlreichen Gesetze tritt die Rechtsprechung, die im Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung hat, weil vor allem das Bundesarbeitsgericht (BAG) eine große Zahl wichtiger Entscheidungen gefällt hat, die für das Gesamtbild des Arbeitsrechts fast ebenso prägend sind wie die gesetzlichen Regelungen. Dies hat seinen Grund zum einen darin, dass die arbeitsrechtlichen Gesetze vielfach nur vergleichsweise allgemeine Vorgaben enthalten und die Rechtsprechung darüber hinaus nicht gerade zurückhaltend bei der Konkretisierung und Fortbildung dieser Regelungen ist. Zum anderen gibt es ganze Bereiche, die überhaupt nicht gesetzlich geregelt sind, so dass der Rechtsprechung nichts anderes übrigbleibt, als aus allgemeinen Grundsätzen und Prinzipien konkrete Aussagen abzuleiten. Auch wenn in diesem Lehrbuch die Facetten der Rechtsprechung natürlich nicht in allen Einzelheiten nachgezeichnet werden können und sollen, so muss doch auf grundlegende Entscheidungen eingegangen werden, weil sie zum Verständnis des Arbeitsrechts unentbehrlich sind<sup>2</sup> und nicht selten die Rechtsentwicklung wesentlich vorangetrieben haben<sup>3</sup>.

Das Normenmaterial und damit die Reichweite der interpretierenden Judikatur ist mit den einzelnen arbeitsrechtlichen Gesetzen aber noch nicht erschöpft. Zu den Eigenheiten des Arbeitsrechts gehört nämlich die starke Durchdringung mit verfassungsrechtli-

---

1 Am meisten verbreitet ist die (kostengünstige und ständig aktualisierte) dtv-Sammlung „Arbeitsgesetze“. Daneben existiert die etwas ausführlichere Sammlung von Kittner, „Arbeits- und Sozialordnung“ jeweils mit kurzen Gesetzeseinführungen (Bund-Verlag).

2 Vgl. Gamillscheg, AcP 164 (1964), 385, 445: „Das Richterrecht bleibt unser Schicksal“. Plastisch auch Rabel, Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht 1924, 279, 282 = Gesammelte Schriften, Bd. III, 1967, S. 1, 4: „Ein Gesetz ist ohne die zugehörige Rechtsprechung nur wie ein Skelett ohne Muskel.“

3 Vgl. Kittner, 50 Urteile. Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte, 2019 (mit Rezension von Hanau, SR 2019, 238 ff.).

## Über die Schwierigkeiten beim Einstieg in das Arbeitsrecht

---

chen Wertungen, insbesondere den Grundrechten. Anders als im Bürgerlichen Recht greift die Rechtsprechung häufig auf die Grundrechte zurück, um Probleme zu lösen, die im einfachen Recht nicht oder nicht eindeutig geregelt sind. Weiter gesteigert wird die Komplexität des Arbeitsrechts durch das europäische Recht, das durch seine gesetzlichen Regelungen sowie durch die Rechtsprechung des EuGH einen immer stärkeren Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht nimmt. Das Mosaik wird komplettiert durch die aus bürgerlichrechtlicher Perspektive fremdartige Erscheinung so genannter Kollektivverträge (Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen). Hierbei handelt es sich um vertragliche Regelungen, bei denen auf der Arbeitnehmerseite nicht der einzelne Beschäftigte steht, sondern Arbeitnehmervertreter (Gewerkschaft oder Betriebsrat) agieren, und die zugleich normativ, d.h. gesetzesgleich auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse einwirken. Gerade die Bündelung von einzelnen Arbeitnehmerinteressen zu kollektiven Interessen ist ein hervorstechendes Merkmal des Arbeitsrechts, zu dem es im Bürgerlichen Recht kein Pendant gibt.

Die Verwirrung wird nun noch dadurch gesteigert, dass sich dieses vielschichtige System ständig in Bewegung befindet. „Stillstand ist ein dem Arbeitsrecht unbekanntes Phänomen“ schreibt die gegenwärtige Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts *Ingrid Schmidt* ganz zutreffend.<sup>4</sup> Dies gilt nicht nur für die Rechtsprechung auf den verschiedenen Ebenen, sondern auch für den zuweilen schon fast hektisch agierenden Gesetzgeber. Die Hauptursache liegt im Gegenstand des Arbeitsrechts, der in der Ordnung des Phänomens abhängiger Arbeit besteht. Die Arbeitswelt ist in unserer modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft nicht zuletzt vor dem Hintergrund der weltweiten Verflechtung der Wirtschaft in ständigen Umwälzungen begriffen. Trotz der dramatischen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse in den letzten einhundert Jahren gibt es im allgemeinen Zivilrecht viele Fragen, für die das BGB in seiner Ursprungsfassung problemlos herangezogen werden kann. Prototyp hierfür ist das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Ganz anders ist die Situation im Arbeitsrecht. Die sich rasant wandelnden ökonomischen und sozialen Verhältnisse erzwingen geradezu die Weiterentwicklung des Rechts durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung.

Nicht unerwähnt bleiben darf schließlich, dass arbeitsrechtliche Regeln sehr viel stärker als die Vorschriften des BGB Gegenstand politischer Auseinandersetzungen sind. Im Arbeitsleben existieren mit den Arbeitgeberverbänden auf der einen und den Gewerkschaften auf der anderen Seite verfestigte Interessengruppen, denen an bestimmten Regelungen gelegen ist, so dass es insbesondere im Vorfeld von neuen Gesetzen nicht selten zu erheblichen Streitigkeiten kommt. Mehr noch: Immer wieder gerät das bestehende Arbeitsrecht unter den Generalverdacht, zu Arbeitslosigkeit beizutragen und somit für alle daraus resultierenden Probleme der öffentlichen Haushalte und der sozialen Sicherungssysteme zumindest mitverantwortlich zu sein, auch wenn die dahingehenden Stimmen angesichts der gegenwärtigen Lage auf dem Arbeitsmarkt leiser geworden sind. Zwar fordert selbstverständlich niemand die Abschaffung des deutschen Arbeitsrechts (was nebenbei gesagt verfassungsrechts-, europarechts- und völkerrechtswidrig wäre). Dennoch kommt es doch nicht gerade häufig vor, dass ein zum universitären Pflichtstoff gehörendes Rechtsgebiet als zumindest in Teilen gemeinwohlwidrig bekämpft wird. Nun kann und darf es auf der Ebene von Rechtsprechung und Rechtsdogmatik nach dem Selbstverständnis des Rechts nur um rechtliche, nicht aber um rein politische Argumente gehen. Gleichwohl wäre es naiv, würde man die Augen davor

---

<sup>4</sup> Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 51 (2014), Vorwort, S. 5.

## **Über die Schwierigkeiten beim Einstieg in das Arbeitsrecht**

---

verschließen, dass es insoweit verschiedene Grundverständnisse gibt, die bei den durch das Gesetz nicht klar geregelten Fragen zu fundamental unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dies ist für sich genommen nicht illegitim, sondern sollte als Bereicherung der arbeitsrechtlichen Diskussion empfunden werden, bedeutet aber für die Studierenden, und nur das steht hier zur Debatte, dass sie sich bei einem etwas intensiveren Einstieg in das Arbeitsrecht einem außerordentlich vielstimmigen Chor von Meinungen gegenübersehen.

Dies alles lässt das Arbeitsrecht auf den ersten Blick als ein höchst undurchsichtiges und geradezu unheimliches Rechtsgebiet erscheinen. Hauptziel des vorliegenden Buchs ist es deshalb, in dieses scheinbar undurchdringliche Dickicht erste Schneisen zu schlagen und diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten zu vermitteln, die Studierende als Basis braucht, um sich weitere Teilgebiete bei Bedarf selbstständig aneignen und sie dem vorhandenen Wissen organisch eingliedern zu können. Das Arbeitsrecht hat es mit dem realen Leben zu tun und in seinem Mittelpunkt steht der Mensch. Ich würde mich freuen, wenn zumindest ein Stück der Faszination, die von diesem Rechtsgebiet ausgeht, auf den Leser und die Leserin überspringen würde.

## Zum Umgang mit diesem Buch

Vorab noch einige Hinweise zum Umgang mit diesem Lehrbuch: Wie bereits im Vorwort der ersten Auflage erwähnt, besteht das Hauptziel darin, die Grundstrukturen des Arbeitsrechts aufzuzeigen und bei den Studierenden zu verankern. Auch wenn sich das Arbeitsrecht in der Praxis vielfach in kleine und kleinste Detailfragen aufsplittet, besteht es eben doch nicht nur aus einem ungeordneten Haufen von Einzelfällen. Vielmehr lässt sich durchaus eine gewisse Systematik ausmachen. Zumindest aber muss ein Lehrbuch den Studierenden einen Weg weisen und Instrumente in die Hand geben, wie man die kaum noch überschaubare Fülle bändigen kann. Besonderer Wert wurde deshalb darauf gelegt, den Stoff in einer Weise anzuordnen und zu vermitteln, die einerseits an bereits vorhandene Kenntnisse im Bürgerlichen Recht anknüpft, andererseits aber einen möglichst einfachen Zugang zum Arbeitsrecht schafft und die einzelnen Problemkreise weitgehend voraussetzungslos abschichtet. Zugleich sollen die auf dem Spiele stehenden Interessen, die im Arbeitsleben häufig genug hart aufeinanderprallen und deren Bewertung das Recht vornehmen muss, veranschaulicht werden. Dabei geht es nicht um ohnehin nicht erreichbare Vollständigkeit, sondern um eine auch Wiederholungen nicht scheuende Konzentration auf diejenigen Elemente des Arbeitsrechts, die zum Verständnis des Ganzen erforderlich sind und die zugleich im Zentrum der Prüfungspraxis stehen. Wenn zum Schluss ein Gesamteindruck vom Aufbau des (individuellen) Arbeitsrechts, den Zusammenhängen zwischen den verschiedenen Teilbereichen sowie vom Sinn und Zweck der wichtigsten arbeitsrechtlichen Vorschriften entsteht, so wäre schon viel erreicht. Hierfür ist freilich erforderlich, dieses Buch nicht nur einfach zu lesen. Vielmehr will es durchgearbeitet und das bedeutet vor allem durchdacht werden. Arbeitsrechtlich denken lernt man nur dann, wenn die Probleme und Wertungen des Arbeitsrechts zum geistigen Eigentum werden.

Ein besonderes Gewicht wird auf die europarechtlichen Bezüge des Arbeitsrechts gelegt. In einem zusammenwachsenden Europa wird die Bedeutung des europäischen Rechts trotz mancher Krisensymptome (Stichwort Brexit) eher zunehmen. Für die zukünftige Juristengeneration kommt es damit immer stärker darauf an, die europäische Dimension des Arbeitsrechts nicht als ein fremdartiges Spezialgebiet anzusehen, sondern als einen integralen Bestandteil des Arbeitsrechts zu begreifen, der von vornherein mitzudenken ist.

Da sich das Buch an Studierende richtet, ist der wissenschaftliche Apparat eher knapp gehalten. Die Erfahrung lehrt, dass eine große Zahl an Nachweisen eher kontraproduktiv wirkt. Wenn der Eindruck entsteht, ohnehin nicht allen Fundstellen nachgehen zu können, lässt man es lieber gleich ganz bleiben. Allerdings kann man gerade das Arbeitsrecht nicht ohne die Rechtsprechung darstellen und begreifen. Wer sich beispielsweise zum Recht des Betriebsübergangs nur den Text des § 613a BGB vor Augen hält, wird nicht einmal ansatzweise erahnen, welche Probleme diese Thematik in sich birgt. In der Frage der Arbeitnehmerhaftung für Schädigungen des Arbeitgebers kann man sich (von der peripheren Norm des § 619a BGB abgesehen) noch nicht einmal an den Wortlaut einer unmittelbar einschlägigen Norm klammern. Deshalb wurde vor allem die jüngere Judikatur des BAG umfassender ausgewertet. Den Studierenden wird die Lektüre der einen oder anderen Entscheidung im Original (vor allem derjenigen des Großen Senats des BAG) angeraten, um ein Gespür für die Art und Weise zu gewinnen, wie im Arbeitsrecht gedacht und argumentiert wird. Alle angegebenen Entscheidungen werden aber auch Fortgeschrittene nicht nachlesen können. Die Nachweise

## **Zum Umgang mit diesem Buch**

---

(vor allem der Judikatur des BAG) haben daher in erster Linie die Funktion, bei Bedarf eine Vertiefung der jeweiligen Frage zu ermöglichen sowie für häusliche Arbeiten einen Ausgangspunkt für die weitere Lektüre zu liefern. Aus diesem Grund ist der Fußnotenapparat im Vergleich zu den Voraufgaben auch ausgebaut worden. Der hier und da erfolgende Rekurs auf die Praxis dient dem Zweck, einen Eindruck von der Wirklichkeit des Arbeitslebens zu vermitteln, das für einen großen Teil der Bevölkerung zentrale Bedeutung hat, den Studierenden aber nicht immer aus eigener Anschauung geläufig ist.

Mehrere über den Text verteilte Prüfungsschemata sollen es den Studierenden erleichtern, das Erlernete bei der Lösung von Fällen umzusetzen. Freilich gilt hier (wie auch sonst), dass Aufbauhinweise nur dienende Funktion haben, indem sie die Lösung von Sachfragen unterstützen und vorantreiben, nicht aber ersetzen sollen.

Am Ende eines jeden Paragraphen befinden sich Wiederholungs- und Vertiefungsfragen. Die Antworten werden nicht einfach vorgegeben, sondern erschließen sich aus dem jeweiligen Text. Im Übrigen gilt auch und gerade im Arbeitsrecht, was im Lehrbuch dieser Reihe zum Allgemeinen Teil des BGB ausgeführt wird.<sup>1</sup> Bilden Sie mit zwei oder drei weiteren Kommilitoninnen oder Kommilitonen eine private Lerngruppe, um sich den Rechtsstoff nicht nur durch isoliertes Lesen und Lernen, sondern auch durch Diskussion und gegenseitige Korrektur anzueignen. Der Jurist bzw. die Juristin muss in praktisch allen Berufen über die Fähigkeit verfügen, durch Argumente zu überzeugen. Eine private Lerngruppe ist hierfür die beste Voraussetzung.

Schließlich: Lassen Sie sich durch die Unübersichtlichkeit des Arbeitsrechts nicht abschrecken. Wer die ersten Anfangsschwierigkeiten überwunden hat, wird rasch feststellen, welche Freude aus der Beschäftigung mit diesem Rechtsbereich erwächst, der trotz aller gegenwärtigen Probleme auch in Zukunft viele interessante berufliche Perspektiven bietet.

---

<sup>1</sup> Faust, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019, S. 19.

## § 2 Der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts

Die anfängliche Gegenstandsbeschreibung (§ 1 Rn. 1 ff.) hat aufgezeigt, dass Arbeitsrecht die Gesamtheit der Bestimmungen ist, die das Phänomen der auf privatrechtlicher Grundlage geleisteten unselbstständigen Arbeit normativ regeln. Im Folgenden wollen wir uns nun näher der Frage zuwenden, welche Beschäftigungsverhältnisse im Einzelnen unter den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts fallen und von welchen sonstigen Tätigkeitsverhältnissen das Arbeitsverhältnis abzugrenzen ist (I–IV). Außerdem soll noch ein kurzer Blick auf den Arbeitgeber als Gegenpart des Arbeitnehmers (V) geworfen werden.

1

### I. Arbeitsvertrag, Arbeitsverhältnis, Arbeitnehmer, Arbeitgeber

► **FALL:** Der Student S jobbt zur Finanzierung seines Studiums seit zwei Jahren stundenweise in einer Autobahntankstelle. Der Tankstellenpächter P und S haben sich darauf geeinigt, dass S insgesamt 20 Stunden im Monat anwesend sein soll. Die einzelnen Einsätze gestalten sich in der Weise, dass S sich – neben den zwei Dutzend anderen Mitarbeitern – jeweils im Voraus in Dienstpläne einträgt. Für den – bislang allerdings nicht vorgekommenen – Fall, dass sich niemand einträgt, gehen alle von einem Bestimmungsrecht des P aus. Als S für längere Zeit krank wird, weigert sich P, irgendwelche Zahlungen für die infolge der Krankheit nicht erbrachte Arbeit zu leisten. Außerdem erklärt P das Beschäftigungsverhältnis für beendet. Er habe anstelle von S nunmehr einen anderen Studenten eingestellt und könne nicht beliebig viele Mitarbeiter gebrauchen. S ist empört. Kann er sich gegen das Verhalten von P mit Erfolg zur Wehr setzen?<sup>1</sup> ◀

2

Wer § 1 aufmerksam gelesen hat (Rn. 15 ff.), wird sich erinnern, dass es zahlreiche arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen zugunsten von Arbeitnehmern gibt. Arbeitnehmer stehen im Krankheitsfall nicht von heute auf morgen ohne Geld da und können auch nicht ohne weiteres auf die Straße gesetzt werden, wobei uns die Einzelheiten dieser Regelungen an dieser Stelle noch nicht zu interessieren brauchen (zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall § 13 Rn. 19 ff., zum Kündigungsschutz § 18 Rn. 18 ff.). Entscheidend ist zunächst die Einsicht, dass der arbeitsrechtliche Schutz nicht jedem Beschäftigten zugutekommt, sondern bestimmten Tätigkeitsbeziehungen vorbehalten ist.

Ein kursorischer Überblick zeigt, dass die arbeitsrechtlichen Gesetze die erforderliche Abgrenzung offenbar mit verschiedenen Begriffen vornehmen. § 105 GewO spricht vom Arbeitsvertrag. In § 622 Abs. 1 BGB ist vom Arbeitsverhältnis die Rede. Weiter werden sowohl in § 622 BGB als auch in § 105 GewO die Begriffe Arbeitnehmer und Arbeitgeber verwandt. In § 611a BGB tauchen gleich alle vier Begriffe auf. Wie hängt dies alles zusammen? Vereinfachend lässt sich sagen, dass es jeweils um **unterschiedliche Aspekte derselben Erscheinung** geht. Der **Arbeitsvertrag**, also die vertragliche Einigung, dass „Arbeit“ geleistet werden soll, bildet die rechtliche Grundlage für das **Arbeitsverhältnis** als Bezeichnung für die Gesamtheit der zwischen zwei Personen bestehenden arbeitsrechtlichen Beziehungen.<sup>2</sup> Die Begriffe des **Arbeitnehmers** und des **Arbeitgebers** umschreiben die beiden Parteien des Arbeitsvertrags und damit auch des Arbeitsverhältnisses.

3

1 In Anlehnung an BAGE 83, 168 = NZA 1997, 191.

2 Dieses juristische Begriffsverständnis schließt andere fachwissenschaftliche (vor allem soziologische) Zugänge, die auch die zahlreichen faktischen Umstände, unter denen Arbeit geleistet wird, in den Begriff des Arbeitsverhältnisses einbeziehen, selbstverständlich nicht aus.

- 4 Soweit es um die rechtliche Qualifikation eines Tätigkeitsverhältnisses geht, hat die Rechtsprechung traditionell eine **personenbezogene Perspektive** eingenommen und ist dabei üblicherweise vom Arbeitnehmer ausgegangen.<sup>3</sup> Aus diesem Blickwinkel lautet die Frage also, ob eine bestimmte Person Arbeitnehmer ist, sodass die arbeitsrechtlichen Vorschriften anwendbar sind. Der zum 1.4.2017 eingeführte § 611a BGB hat dagegen – dogmatisch richtig – bewusst den Arbeitsvertrag als einen besonderen Vertragstyp zum rechtlichen Ausgangspunkt gewählt.<sup>4</sup> In den danach ergangenen Entscheidungen des BAG wird im Rahmen der Qualifikation neben den Begriffen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis aber nach wie vor auch immer noch davon gesprochen, welche Merkmale vorliegen müssen, damit jemand Arbeitnehmer ist.<sup>5</sup> Dies ist aufgrund des geschilderten Zusammenhangs der Begriffe für sich genommen unschädlich. Man muss sich nur darüber im Klaren sein, dass die Eigenschaft als Arbeitnehmer oder als Arbeitgeber nicht etwas gleichsam naturgemäß Vorgegebenes ist. Niemand wird als Arbeitnehmer oder als Arbeitgeber geboren. Vielmehr ist es allein die vertragliche Einigung über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses, die in rechtlicher Hinsicht dazu führt, dass die eine Vertragspartei zum Arbeitnehmer und die andere zum Arbeitgeber wird.<sup>6</sup> Insoweit unterscheidet sich die Situation nicht von derjenigen bei anderen Vertragsverhältnissen. So kann man ohne weiteres von den Rechten des Käufers oder des Verkäufers sprechen, wenn nur deutlich wird, dass die jeweilige Rolle nicht an sich besteht, sondern erst aus dem jeweiligen rechtsgeschäftlichen Versprechen hervorgeht. Soweit ein Arbeitsverhältnis noch nicht zu Stande gekommen ist, ist der die Arbeitsleistung anbietende streng genommen noch kein Arbeitnehmer, sondern lediglich ein Bewerber, während der die Arbeitsleistung nachfragende noch kein Arbeitgeber ist. Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung kann man aber auch schon in diesem Stadium die Begriffe Arbeitnehmer und Arbeitgeber verwenden.<sup>7</sup> Nach diesen Vorbemerkungen wenden wir uns nunmehr gezielt dem Begriff des Arbeitsvertrags und somit zugleich dem Arbeitnehmerbegriff zu.

## II. Der Arbeitsvertrag

### 1. Bedeutung

- 5 Wie soeben schon angedeutet, spielen der **Arbeitsvertragsbegriff** und dadurch implizit der **Arbeitnehmerbegriff** eine **zentrale Rolle im Arbeitsrecht**. So gehört der Begriff des Arbeitnehmers in zahlreichen arbeitsrechtlichen Vorschriften zum Tatbestand der Norm und eröffnet auf diese Weise ihren Anwendungsbereich („Tor zum Arbeitsrecht“). Der Arbeitnehmerbegriff hat daher zum einen eine erhebliche **rechtstechnische Bedeutung**. Er erleichtert dem Gesetzgeber das Handwerk, indem es bei neuen Regelungen genügt, den Begriff des Arbeitnehmers in den Tatbestand aufzunehmen, um den personellen Geltungsbereich festzulegen, ohne den Normtext jeweils durch eine umfängliche Definition aufzublähen. Zum anderen hat er aber auch eine kaum zu überschätzende **wirtschaftliche Bedeutung**. Die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen sind für den Arbeitgeber nämlich mit erheblichen ökonomischen Folgen verbunden.

3 Zahllose Entscheidungen des BAG wählen diesen Ansatz; siehe etwa BAG, NZA 2012, 731; BAGE 143, 77 = NZA 2012, 1433; BAG, NZA 2013, 1348.

4 Vgl. BT-Drs. 18/10064, S. 17.

5 Siehe etwa BAG, NZA 2017, 1463; 2018, 448; BAGE 165, 61 = NZA 2019, 490; NZA 2019, 1411.

6 Junker, ArbR, Rn. 91; Otto/Bieder, ArbR, Rn. 214; MünchArbR/Schneider, § 42 Rn. 1 ff.

7 Neuere (arbeitsrechtliche) Gesetze beziehen Bewerber teilweise ausdrücklich in ihren Schutz ein; vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG, § 26 Abs. 8 S. 2 BDSG.

Schon unser kleines Eingangsbeispiel zeigt: Wenn S als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, trägt P innerhalb gewisser Grenzen das Risiko, das Arbeitsentgelt zahlen zu müssen, obwohl er keine Arbeitsleistung erhält. Darüber hinaus kann er sich jedenfalls nicht ohne weiteres von S trennen. Der häufig erbittert ausgetragene Streit um die Arbeitnehmereigenschaft eines Beschäftigten wird erst verständlich, wenn man sich die arbeitsrechtlichen (sowie die sozialversicherungsrechtlichen – vgl. Rn. 27) Folgen einer entsprechenden Einordnung vor Augen hält.

Die Bedeutung des Streits wird dadurch gesteigert, dass man grundsätzlich von einem **einheitlichen Arbeitnehmerbegriff** ausgeht. Es gilt also ein „**Alles-oder-Nichts**“-Prinzip. Wenn ein Beschäftigter als Arbeitnehmer einzustufen ist, findet zumindest im Ausgangspunkt das gesamte arbeitsrechtliche Schutzinstrumentarium Anwendung.<sup>8</sup> Fehlt dem Beschäftigten dagegen die Arbeitnehmereigenschaft, gilt von wenigen Ausnahmen abgesehen (dazu unten Rn. 32) kein Arbeitsrecht. Dies erleichtert die Rechtsanwendung und trägt zur Rechtssicherheit bei, weil man nicht bei jeder einzelnen arbeitsrechtlichen Norm mit einem u.U. abweichenden Arbeitnehmerbegriff konfrontiert wird, hat aber die soeben erwähnten wirtschaftlichen Folgen. Der Arbeitnehmerbegriff hat damit auch eine eminente politische Bedeutung, weil er gesamtgesellschaftlich darüber entscheidet, wie weit der durch Arbeitsrecht gewährte Sozialschutz reicht und welche Beschäftigtengruppen zumindest grundsätzlich ausgeklammert bleiben und hierdurch deutlich stärker den Marktkräften ausgesetzt sind.

► **KLAUSURHINWEIS:** Wenn ein Beschäftigungsverhältnis unzweifelhaft ein Arbeitsverhältnis ist, sollte dies in einer Falllösung nicht problematisiert werden. Angesichts der vielen Rechtsstreitigkeiten zum Arbeitnehmerbegriff sollte man aber in der Lage sein, mit Grenzfällen sachgerecht umzugehen. ◀

## 2. Begriffsbestimmung

Trotz der enormen Bedeutung des Arbeitnehmerbegriffs fehlte es jahrzehntelang an einer Legaldefinition. Vor diesem Hintergrund hatte die Rechtsprechung über die Jahrzehnte hinweg eigenständige Grundsätze entwickelt, um das Arbeitsverhältnis von anderen Beschäftigungsverhältnissen und dabei insbesondere von freien Dienstverhältnissen abzugrenzen. Mit Wirkung vom 1.4.2017 hat der Gesetzgeber in § 611a BGB diese Leitlinien in Gesetzesrecht überführt, wobei er den erreichten Rechtsstand im Sinne einer „1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchrichterlichen Rechtsprechung“<sup>9</sup> ausdrücklich nur widerspiegeln, nicht aber verändern wollte.<sup>10</sup> Die in § 611a Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommende Gesetzestechnik, die weniger auf eine klare Definition als vielmehr auf eine Auflistung der vom BAG entwickelten Grundsätze hinausläuft, hat in methodischer Hinsicht erhebliche Kritik auf sich gezogen.<sup>11</sup> Mit einigem guten Willen lässt sich § 611a BGB aber in brauchbarer Weise strukturieren und zur Entscheidung auch und gerade von Grenzfällen anwenden.<sup>12</sup>

8 Z.B. BAGE 70, 104 = NZA 1992, 899. Ebenso etwa ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 4; HWK/Thüsing, § 611a BGB Rn. 21 ff. Dass viele arbeitsrechtliche Vorschriften zusätzliche Anwendungsvoraussetzungen (etwa eine bestimmte Zahl von Beschäftigten im Betrieb oder Unternehmen) enthalten, ändert nichts an diesem Befund.

9 Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 4 u. 18.

10 Plastisch Hanau, jM 2018, 481 (482): „§ 611a BGB (hat) die bisherige Rechtsprechung zum Arbeitnehmerbegriff unter Denkmalschutz gestellt.“

11 Näher Wank, AuR 2017, 140 ff.

12 Näher Preis, NZA 2018, 817 ff.



- 8 Überblicksartig lässt sich der Arbeitsvertrag in einem ersten Zugriff als ein **Unterfall des Dienstvertrags** definieren, d.h. es muss ein **privatrechtlicher Vertrag** vorliegen, der den Tätigen zur **Leistung von Diensten für einen anderen** verpflichtet, wofür er eine **entgeltliche Gegenleistung** erhalten soll. Hinzukommen muss, dass diese **Dienste in persönlicher Abhängigkeit (Unselbstständigkeit)** erbracht werden sollen. Alle diese Kriterien sollen nunmehr näher erläutert werden.

a) Dienstvertrag

- 9 Da § 611a BGB den Arbeitsvertrag entsprechend seiner systematischen Stellung im Gesetz<sup>13</sup> als einen Unterfall des Dienstvertrags begreift, bedarf es zunächst unstreitig einer **privatrechtlichen Grundlage**, genauer eines **privatrechtlichen Vertrags**. Hierdurch werden **öffentlichrechtliche Beschäftigungsverhältnisse** von vornherein aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts grundsätzlich ausgeklammert. Dies gilt insbesondere für **Beamte**<sup>14</sup> sowie für **Richter**<sup>15</sup> und **Soldaten**.<sup>16</sup> Aus diesem Grund führen auch die **Arbeitsgelegenheiten mit Mehraufwandsentschädigung** i.S. von § 16d SGB II (sog. „Ein-Euro-Jobs“) nicht zu einem Arbeitsverhältnis, was durch § 16d Abs. 7 S. 2 Halbs. 1 SGB II ausdrücklich klargestellt wird.<sup>17</sup> An der fehlenden vertraglichen Grundlage hat das BAG auch den Arbeitnehmerstatus einer ehemaligen Zwangsarbeiterin und damit den Zugang zur Arbeitsgerichtsbarkeit scheitern lassen,<sup>18</sup> was „dogmatisch“ richtig sein mag, im Ergebnis aber doch Fragen aufwirft<sup>19</sup>.
- 10 Aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts fallen weiter diejenigen Tätigkeiten heraus, die auf **ehe- bzw. familienrechtlicher Grundlage** (§§ 1360, 1619 BGB) geleistet werden. Eine solche Arbeit hat zwar **privatrechtlichen Charakter**, es fehlt aber an einem Vertrag. Allerdings können innerhalb eines Familienverbandes selbstverständlich auch Arbeitsverhältnisse vereinbart werden.
- 11 Das Tätigkeitsverhältnis muss auf die Leistung von (entgeltlichen) **Diensten für einen anderen** gerichtet sein. Dieses Kriterium dient der Abgrenzung in zwei Richtungen:
- 12 Ein Arbeitsverhältnis liegt zunächst nicht vor, wenn nicht nur eine Tätigkeit, sondern ein **bestimmter Erfolg** geschuldet ist. Hat sich der Vertragspartner zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verpflichtet, ist er kein Arbeitnehmer, sondern **Werkunternehmer** i.S. des § 631 BGB. Durch die Erfolgsbezogenheit unterscheidet sich der **Werkvertrag** vom tätigkeitsbezogenen Dienstvertrag.<sup>20</sup> Schlagwortartig betrifft der Werkvertrag ein „Werk“, der Dienstvertrag dagegen ein „Wirken“.
- 13 Weiter geht es um die Abgrenzung zu Betätigungen auf **gesellschaftsrechtlicher bzw. vereinsrechtlicher Grundlage**. Gemeint sind damit Tätigkeiten im Rahmen einer bür-

13 Siehe die Überschrift „Untertitel 1. Dienstvertrag“.

14 Vgl. BAGE 97, 226 = NZA 2002, 1294. Für das europäische Urlaubsrecht vertritt der EuGH dagegen einen weitergehenden Arbeitnehmerbegriff, der grundsätzlich auch Beamte umfasst; vgl. EuGH, NVwZ 2012, 688 (Neidel).

15 Anders der EuGH für die europäische Teilzeitchrichtlinie; vgl. EuGH, NZA 2012, 313 (O'Brien).

16 Manche (arbeitsrechtlichen) Gesetze beziehen die Beamten etc. aber ausdrücklich in ihren Schutz ein, vgl. § 24 AGG, § 2 Abs. 2 Nr. 4 bis 6 ArbSchG, § 26 Abs. 8 S. 1 Nr. 7 BDSG, § 5 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 EntgTranspG.

17 BAGE 120, 92 = NZA 2007, 53.

18 BAGE 93, 310 = NZA 2000, 385.

19 Für einen auf § 242 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 2 GG gestützten Entschädigungsanspruch gegen ein von Zwangsarbeit profitierendes Unternehmen, der vor den Arbeitsgerichten verfolgt werden kann, LAG München, NZA-RR 2000, 155.

20 BAGE 146, 97 = NZA 2013, 1348; ebenso BGHZ 151, 330.

gerlichrechtlichen Gesellschaft (§§ 705, 706 Abs. 3 BGB), einer Personenhandelsgesellschaft (§§ 105 ff., 161 ff. HGB) oder eines Vereins (§§ 25, 58 Nr. 2 BGB). Man kann in diesen Fällen davon sprechen, dass die Arbeit nicht ausschließlich „für einen anderen“ geleistet wird. Ganz trennscharf ist dieses Kriterium bei der Tätigkeit für eine eigenständige juristische Person, auch wenn man an ihr mitgliedschaftlich beteiligt ist, aber nicht.

► **VERTIEFUNG:** Problematisch und bislang nicht abschließend geklärt sind die Fälle, in denen auf gesellschaftsrechtlicher bzw. vereinsrechtlicher Grundlage abhängige Arbeit geleistet wird. Vereinzelt wurde in diesen Fällen vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen.<sup>21</sup> Zur Vermeidung von Friktionen mit gleichzeitig anwendbaren gesellschaftsrechtlichen bzw. vereinsrechtlichen Vorschriften erscheint es jedoch überzeugender, ein Arbeitsverhältnis zu verneinen und arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen lediglich im Einzelfall bei Bedarf analog anzuwenden, zumal man nach dem Inkrafttreten von § 611a BGB an einem Dienstvertrag als notwendige Basis eines Arbeitsvertrags nicht mehr vorbeikommt.<sup>22</sup> ◀

Nimmt man an, dass der Arbeitsvertrag auf einem Dienstvertrag aufbaut, bedarf es schließlich der **Entgeltlichkeit** in Gestalt einer Gegenleistung.<sup>23</sup> Hierdurch können die unentgeltlichen Tätigkeitsverhältnisse des Auftrags und der Geschäftsbesorgung (§§ 662, 675 BGB) problemlos ausgegrenzt werden. Die Frage ist allerdings nicht unumstritten. Zuweilen sieht man in der Entgeltlichkeit keine begriffsnotwendige Voraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft, sondern hält den Arbeitnehmer in diesen Fällen lediglich für weniger schutzbedürftig. Das BAG nahm (vor dem Inkrafttreten von § 611a BGB) eine mittlere Position ein: Danach ist die Erwerbsabsicht zwar keine notwendige Bedingung für die Arbeitnehmereigenschaft, ihr Fehlen spreche jedoch im Rahmen einer Gesamtwürdigung gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses.<sup>24</sup> Durch die Einführung von § 611a BGB ist die Frage gesetzlich in einem positiven Sinne entschieden. Eine größere praktische Bedeutung hat dieses Problem indes nicht.

14

### b) Persönliche Abhängigkeit (Unselbstständigkeit)

Das Gesetz nennt in § 611a Abs. 1 S. 1 BGB als Kriterien für die Abgrenzung von Arbeitsvertrag und freiem Dienstvertrag die Pflicht zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der bisherigen Judikatur ist die **persönliche Abhängigkeit als Oberbegriff** aufzufassen, der durch die beiden weiteren Untermerkmale der Weisungsgebundenheit und der Fremdbestimmung näher konkretisiert wird. Dabei wird die persönliche Abhängigkeit häufig auch als **Unselbstständigkeit** bezeichnet, auch wenn dieser Begriff selbst in § 611a BGB nicht verwendet wird. Am Vorliegen von persönlicher Abhängigkeit bzw. Unselbstständigkeit entscheidet sich letztlich, ob man es mit einem Arbeitsverhältnis oder mit einer Tätigkeit im Rahmen eines freien Dienstvertrags (z.B. als freiberuflicher Rechtsanwalt oder auch als freier Mitarbeiter einer Zeitung) zu tun hat.

15

21 Z.B. BAGE 79, 319 (355 ff.) = NZA 1995, 823 (832 ff.); abweichend aber BAGE 103, 20 (26 f.) = NJW 2003, 161 (162) (jeweils Scientology); anders auch BAGE 80, 256 = NZA 1996, 33; BAGE 151, 131 (jeweils zu DRK-Schwestern).  
22 Ein gegenüber dieser (engen) deutschen Konzeption weiteres Verständnis vertritt der EuGH für das europäische Recht (konkret: DRK-Schwestern als Leiharbeiter); vgl. EuGH, NZA 2017, 41 (Ruhrlandklinik).  
23 In diesem Sinne auch der EuGH für den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit (heute geregelt in Art. 45 AEUV); grdl. EuGH, Slg. 1986, 2121 (Lawrie-Blum); ebenso etwa EuGH, Slg. 2003, I-13187 = NZA 2004, 87 (Ninni-Orasche); NZA 2013, 83 (Caves Krier Frères).  
24 BAGE 143, 77 = NZA 2012, 1433 (ehrenamtliche Telefonseelsorge).

Dabei ist in unzähligen älteren Entscheidungen, aber auch in Urteilen nach dem Inkrafttreten von § 611a BGB davon die Rede, dass sich das Arbeitsverhältnis vom Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den **Grad der persönlichen Abhängigkeit** unterscheidet, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Hierdurch werden zugleich zwei wichtige Punkte zum Ausdruck gebracht: Zum einen ist eine **wirtschaftliche Abhängigkeit** des Beschäftigten für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft **einerseits weder erforderlich noch andererseits ausreichend**.<sup>25</sup> Zwar ist der Arbeitnehmer regelmäßig auch wirtschaftlich vom Arbeitgeber abhängig (§ 1 Rn. 7). Auch derjenige, der durch Vermögen oder sonstige Einkünfte wirtschaftlich vollständig abgesichert ist, kann aber in ein Arbeitsverhältnis treten. Umgekehrt genügt es nicht, wenn etwa ein LKW-Fahrer für einen einzigen Auftraggeber Transporte durchführt und deshalb wirtschaftlich vollständig abhängig ist, sofern nicht gleichzeitig eine persönliche Abhängigkeit besteht. Zum anderen kommt in der genannten Wendung die Vorstellung zum Ausdruck, dass es eine Art gleitende Skala zwischen Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit gibt und ein Arbeitsverhältnis dann vorliegt, wenn ein hinreichend hohes Maß an persönlicher Abhängigkeit besteht, wobei das Ergebnis aber nur in einem „ganz oder gar nicht“ bestehen kann, d.h. ein Beschäftigter kann nicht „nur ein bisschen“ Arbeitnehmer sein.

- 16 ► **VERTIEFUNG:** Im Schrifttum wird seit einigen Jahren vereinzelt ein Gegenmodell vertreten.<sup>26</sup> Danach sollen bei der Bildung des Arbeitnehmerbegriffs teleologische Aspekte im Vordergrund stehen. Es wird also von den Rechtsfolgen, die mit der Qualifikation als Arbeitsverhältnis verbunden sind, darauf zurückgeschlossen, wie der Arbeitnehmerbegriff ausgestaltet sein sollte. Auf diese Weise gelangt diese Lehre zum Ergebnis, dass als selbstständig derjenige zu bezeichnen ist, der unternehmerische Chancen und Risiken freiwillig übernehme. Alle anderen Beschäftigten seien dagegen unselbstständige Arbeitnehmer.

Diese Ansicht hat sich nicht durchsetzen können und kann auch kaum in den nunmehr geltenden § 611a BGB hineininterpretiert werden. Allerdings sollte man die Differenzen nicht überbewerten. Das Hauptkriterium der persönlichen Abhängigkeit darf nicht dahin missverstanden werden, als würde es um die Abhängigkeit des Beschäftigten als Person gehen. Vielmehr sollen damit nur die Umstände charakterisiert werden, unter denen die konkrete Arbeitsleistung nach dem Vertragsinhalt erbracht werden soll. Darüber hinaus berücksichtigt die Rechtsprechung in geeigneten Fällen durchaus das Unternehmerrisiko als einen Unter-aspekt, um die Arbeitnehmereigenschaft zu klären.<sup>27</sup> ◀

- 17 Wie soeben erwähnt wird, wird die persönliche Abhängigkeit durch die Kriterien der **Weisungsgebundenheit**<sup>28</sup> und der **Fremdbestimmung** näher konkretisiert. Dabei kommt es ungeachtet der sogleich anzusprechenden Frage, was darunter genau zu verstehen ist, allein auf die Charakterisierung gerade der vertraglichen Tätigkeitspflicht des Beschäftigten und nicht auf irgendwelche persönlichen Umstände außerhalb des Vertrags an. Im Einzelnen schadet es nicht, wenn die Merkmale in unterschiedlich intensiver Weise verwirklicht sind. Bei der Prüfung des Grades der persönlichen Abhängigkeit soll nach § 611a Abs. 1 S. 4 BGB auch die **Eigenart der jeweiligen Tätigkeit** be-

25 So ausdrücklich etwa BAG, NZA 1992, 1125 (1126).

26 Wank, DB 1992, 90 ff.; wieder aufgegriffen u.a. durch Wank, AuR 2017, 140 (143 ff.).

27 Z.B. BAG, NZA 2002, 787 (788 f); siehe aber auch BAGE 115, 1 = DB 2005, 2529.

28 Auf die Weisungsbindung stellt auch der EuGH für den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV; früher Art. 39 EG) ab; grdl. EuGH, Slg. 1986, 2121 (Lawrie-Blum); ebenso etwa EuGH, Slg. 2003, I-13187 = NZA 2004, 87 (Ninni-Orasche); NZA 2013, 83 (Caves Krier Frères).

rücksichtigt werden. So geht das BAG beispielsweise davon aus, dass (angestellte) Lehrkräfte an allgemeinbildenden Schulen regelmäßig Arbeitnehmer sind, während Volkshochschuldozenten und Musikschullehrer regelmäßig als freie Mitarbeiter eingestuft werden.<sup>29</sup> Darüber hinaus ist gemäß § 611a Abs. 1 S. 5 BGB in jedem Fall eine **Gesamtbetrachtung „aller“ Umstände** vorzunehmen. Dementsprechend ist in der praktischen Rechtsanwendung letztlich anhand einer Vielzahl von Einzelaspekten zu ermitteln, ob die für eine persönliche Abhängigkeit sprechenden Umstände überwiegen. In methodischer Hinsicht geht es dabei um die Berücksichtigung aller Indizien, aus denen sich die Erfüllung der maßgeblichen Kriterien ableiten lässt, nicht dagegen um die vom BAG teilweise offen vertretene sog. **typologische Methode**,<sup>30</sup> bei der offen bleibt, auf welche normativen Gesichtspunkte es überhaupt entscheidend ankommt, und die spätestens mit dem Inkrafttreten von § 611a BGB überholt ist<sup>31</sup>. Damit besteht im Hinblick auf die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft eines Beschäftigten (auch und gerade im Rahmen einer Falllösung) letztlich **kein Definitionsproblem**, wohl aber ein **Subsumtionsproblem**.<sup>32</sup>

Das Merkmal der **Weisungsgebundenheit** wird in § 611a Abs. 1 S. 2 und 3 BGB näher konkretisiert, wobei der Gesetzgeber der Sache nach an bereits an anderer Stelle vorhandene Regelungen angeknüpft hat. So kann sich das Weisungsrecht auf **Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort** der Tätigkeit beziehen (S. 2). Ähnlich wird der Kern des Weisungsrechts bereits in § 106 S. 1 GewO umschrieben (dazu noch § 9 Rn. 14 ff.). Weiter heißt es, dass derjenige weisungsgebunden ist, der **nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen** kann. Dies ist inhaltlich ein Umkehrschluss aus der etwas versteckten Regelung des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB, die sich unmittelbar nur auf die Abgrenzung zwischen selbstständigen und unselbstständigen Handelsvertretern bezieht, aber schon seit langem verallgemeinernd zur generellen Abgrenzung von persönlich unabhängiger und persönlich abhängiger Tätigkeit herangezogen wurde. Die Regelungsdichte und die damit verbundenen Doppelungen sind un schön, sollten aber nicht verwirren. Im Zentrum der Qualifikationsfrage steht jedenfalls die vertraglich fixierte Weisungsgebundenheit. Wenn der Auftraggeber befugt ist, dem Beschäftigten konkrete Anweisungen zu geben, spricht dies für dessen Arbeitnehmereigenschaft. Im Hinblick auf alle vier in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB genannten potenziellen Gegenstände des Weisungsrechts können aber auch erhebliche Lockerungen eintreten, ohne dass hierdurch das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausgeschlossen wird („verdünntes“ Weisungsrecht). So kann ein Arbeitnehmer etwa mit Diensten höherer Art betraut werden, die ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und fachlicher Selbstständigkeit voraussetzen. Dementsprechend kann ein Chefarzt trotz der Unabhängigkeit bei der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit aufgrund der Einbindung in den Krankenhausbetrieb als Arbeitnehmer anzusehen sein.<sup>33</sup> Weiter kann bei Außendienstmitarbeitern das orts- und zeitbezogene Weisungsrecht aus tatsächlichen Gründen an seine Grenzen stoßen, ohne dass dadurch die Arbeitnehmereigenschaft entfällt. Entscheidend ist jeweils eine **genaue Analyse der tätigkeitsbezogenen Aspekte der Arbeitspflicht**. Hierauf sollte bei der Würdigung von Fällen entsprechende

18

29 Siehe nur BAG, NZA 2018, 448.

30 So BAG, DB 1980, 1996; die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Methode bejahend BVerfG, NZA 1996, 1063 (zu § 7 Abs. 1 SGB IV).

31 ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 53; abl. auch Richardi, NZA 2017, 36 (38).

32 So plastisch Griebeling, RdA 1998, 208 (212).

33 BAGE 11, 225.

Aufmerksamkeit verwendet werden. Dagegen spielt der **zeitliche Umfang der Tätigkeit** grundsätzlich **keine Rolle**. Auch eine Teilzeitbeschäftigung oder eine kurzfristige Tätigkeit kann im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses geleistet werden. Wenn der Beschäftigte allerdings nur eine bestimmte Dienstleistung zu erbringen hat, ohne dass er dem Auftraggeber die Verfügungsmacht über seine Arbeitskraft einräumt, liegt keine persönliche Abhängigkeit vor. Sofern die vereinbarte Aufgabe so umfangreich ist, dass der Dienstverpflichtete sie gar nicht allein erfüllen kann, sondern Hilfskräfte einsetzen muss, liegt regelmäßig kein Arbeitsverhältnis vor.<sup>34</sup> Hierin kommt der auf den einzelnen Beschäftigten bezogene Charakter des Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck.

- 19 Das Merkmal der **Fremdbestimmung** wird in § 611a Abs. 1 BGB nicht näher erläutert. Soll dieses Kriterium mehr als nur eine (unnütze) Wiederholung der Weisungsbindung sein, spricht vieles dafür, darunter die (vertraglich vorgesehene) **Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation** zu verstehen, zumal die Rechtsprechung früher neben der Weisungsgebundenheit häufig auf die Eingliederung abgestellt hat<sup>35</sup>. Die wichtigste Frage ist insoweit, ob die **bloße Eingliederung** in einen fremden Organisationsbereich für die Arbeitnehmereigenschaft genügt, die Weisungsbindung also in Ausnahmefällen verzichtbar ist. Das BAG lässt insoweit keine klare Linie erkennen,<sup>36</sup> während im Schrifttum die Weisungsgebundenheit und die Fremdbestimmung teilweise klar als alternative Tatbestandsmerkmale verstanden werden.<sup>37</sup> Dahinter steht die Sorge, dass sich der Auftraggeber ansonsten durch eine geschickte Vertragsgestaltung der Verantwortung als Arbeitgeber entziehen könnte, indem er zwar von der Begründung eines Weisungsrechts im technischen Sinne absieht, durch ein dichtes Netz vertraglicher Vorgaben aber eine im Ergebnis vergleichbare organisatorische Abhängigkeit des Beschäftigten schafft. Demgegenüber sollte am Erfordernis einer rechtlichen Weisungsgebundenheit festgehalten werden, um die Grenzen zu einer lediglich wirtschaftlichen Abhängigkeit nicht zu verwischen. Allerdings muss es ausreichen, wenn sich die Vertragsparteien einvernehmlich so verhalten, als wäre ein Weisungsrecht (ausdrücklich) vereinbart worden, weil auch in einer Situation Arbeit zugewiesen wird.<sup>38</sup> Darüber hinaus muss es genügen, wenn organisatorische Weisungen insbesondere bei einfachen Tätigkeiten bereits in den Vertrag aufgenommen werden<sup>39</sup> und es nicht nur um eine – wenn auch detaillierte – Beschreibung des konkreten Aufgabenbereichs geht<sup>40</sup>. Erst recht schadet es nicht, wenn der Beschäftigte seine Weisungen durch Roboter oder Algorithmen („künstliche Intelligenz“) erhält. Entscheidend ist letztlich, ob der Dienstgeber vereinbarungsgemäß eine auf die Arbeitsleistung bezogene Bestimmungsbefugnis für sich in Anspruch nimmt, weil der Dienstnehmer dann die Leistung von Arbeitskraft und nicht nur die Leistung eines bestimmten Dienstes zugesagt hat. Hiervon hängt auch die Arbeitnehmereigenschaft der seit einigen Jahren zunehmend diskutierten **Plattformbeschäftigten** (Gig-Economy, Crowdwork) ab.<sup>41</sup>

Von vornherein **keine Bedeutung** haben **entgeltbezogene Vereinbarungen**, auch wenn sie arbeitsvertragstypisch sind wie etwa ein festes Gehalt oder Abreden über bezahlten

34 BAG, NZA 2002, 787.

35 Z.B. BAGE 69, 62 (68) = NZA 1992, 1125 (1126); BAGE 97, 226 (231) = NZA 2002, 1294 (1296).

36 Z.B. BAG, NZA 1992, 407; 1997, 194 einerseits (tendenziell verneinend) und BAG, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 114; DB 2010, 788 andererseits (tendenziell befürwortend).

37 ErfK/Preis, § 611a BGB Rn. 13.

38 BAG, NZA 1994, 1132 (1134).

39 BAG, NZA 1998, 368 (369) (Zeitungszusteller).

40 Dazu BAGE 69, 62 (71) = NZA 1992, 1125 (1126 f.) (Volkshochschuldozentin).

41 Gegen die Qualifikation eines Crowdworker als Arbeitnehmer jüngst LAG München, NZA 2020, 316.

Erholungsurlaub. Dasselbe gilt für die sozialversicherungs- und lohnsteuerrechtliche Behandlung des Entgelts. Insoweit geht es stets nur um Folgefragen, während die Arbeitnehmer-eigenschaft davon abhängt, ob sich der Beschäftigte bei seiner Tätigkeit als solcher in persönlicher Abhängigkeit befindet.

Betrachten wir nunmehr unseren Ausgangsfall (Rn. 2), ergibt sich Folgendes: Zwar trägt sich S selbstständig in Dienstpläne ein und bestimmt damit die konkrete zeitliche Lage seiner Arbeit. P bedient sich dieser Verfahrensweise aber nur deshalb, weil er auf einen Pool von Mitarbeitern zurückgreifen kann, so dass die Öffnungszeiten der Tankstelle insgesamt abgedeckt werden. Käme es zu Abstimmungsproblemen, könnte P verbindliche Anordnungen treffen. Weiter ist S zur Leistung eines bestimmten monatlichen Stundenkontingents verpflichtet. Darüber hinaus muss er seine Arbeit an einem von P bestimmten Ort leisten. Das Beschäftigungsverhältnis des S ist deshalb als Arbeitsvertrag zu qualifizieren, so dass sich S auf die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften des Entgeltfortzahlungsrechts und des Kündigungsrechts berufen kann. ◀

20

### 3. Bedeutung des Parteiwillens

► **FALL:** Im soeben geschilderten Sachverhalt ist der Beschäftigungsvertrag mit der Überschrift „Freies Mitarbeiterverhältnis“ versehen. Ändert sich hierdurch die rechtliche Beurteilung? ◀

21

Ausgangspunkt für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ist die privatautonome Entscheidung der Parteien, einen Arbeitsvertrag abzuschließen zu wollen. Die Parteien können sich aber auch autonom dafür entscheiden, dass eine bestimmte Tätigkeit im Rahmen eines selbstständigen Dienstvertrages geleistet werden soll. Die Privatautonomie reicht jedoch nicht soweit, ein Beschäftigungsverhältnis, das in Wirklichkeit ein Arbeitsverhältnis ist, in verbindlicher Weise als freien Dienstvertrag zu qualifizieren. Die bloße Etikettierung spielt für die Bestimmung der wahren Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses keine Rolle. Das BAG hat in diesem Zusammenhang seit jeher betont, dass sich der jeweilige Vertragstyp aus dem **wirklichen (objektiven) Geschäftsinhalt** ergäbe.<sup>42</sup> Sofern sich äußerliche Vereinbarungen und tatsächliche Durchführung widersprechen, soll die Durchführung maßgeblich sein. Diese Judikatur hat der Gesetzgeber durch § 611a Abs. 1 S. 6 BGB aufgegriffen und kodifiziert. Dabei folgt nach der Vorstellung des BAG aus der tatsächlichen Durchführung der Arbeitsbeziehung, auf welche vertraglichen Pflichten sich die Parteien ungeachtet des äußeren Scheins in Wirklichkeit geeinigt haben, wobei man angesichts des Umstands, dass die Vertragsdurchführung zeitlich später als der Vertragsabschluss erfolgt, von einer konkludenten Vertragsänderung auszugehen hat.<sup>43</sup> Die vom Vertragswortlaut abweichende Vertragspraxis muss allerdings den zum Vertragsabschluss berechtigten Personen bekannt und von ihnen zumindest gebilligt worden sein.<sup>44</sup> Diese Anforderung spielt vor allem in größeren Organisationen eine Rolle und soll verhindern, dass nicht vertretungsberechtigte Mitarbeiter des Auftraggebers über dessen Kopf hinweg im Ergebnis

42 BAG, NZA 1999, 205, 374 u. 983; 2001, 210; 2002, 787; 2003, 662; BAGE 115, 1 = DB 2005, 2529; BAG, NZA-RR 2007, 424; NZA 2012, 731; BAGE 143, 77 = NZA 2012, 1433; BAG, NZA 2013, 1348.

43 Die in diesem Zusammenhang zuweilen bemühte „falsa demonstratio non nocet“-Regel betrifft also nur die (eher theoretischen) Fälle, in denen die Parteien einen von vorn vornherein übereinstimmend gewollten Arbeitsvertrag irrtümlich als Dienstvertrag bezeichnet haben. Auch die „protestatio facto contraria“-Regel hilft nicht weiter, wenn keine Arbeitspflicht, sondern nur eine entsprechende Arbeitserwartung besteht.

44 BAG, NZA 2017, 1463 (1467).



dadurch einen Arbeitnehmer neu einstellen, dass sie einen freien Mitarbeiter schlicht wie einen Arbeitnehmer behandeln. Dogmatisch spricht freilich mehr dafür, die „arbeitsgleiche“ Vertragsdurchführung nicht als letztlich rein privatautonom begründetes Arbeitsverhältnis, sondern als Ausdruck eines heteronom auferlegten arbeitsrechtlichen Formzwangs zu begreifen, nach dem für rechtlich abhängige Dienste nur die Rechtsform des Arbeitsvertrags zur Verfügung steht und eine vergleichbar intensive faktische Abhängigkeit als Umgehung zu brandmarken ist. In der Sache regelt § 611a Abs. 1 S. 6 BGB somit einen Umgehungstatbestand.<sup>45</sup> Im Ausgangsfall kann die bloße Überschrift deshalb nichts daran ändern, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt.

- 22 Der tragende Grund für diese Einschränkung der Vertragsfreiheit besteht im **Geltungsanspruch des zwingenden Arbeitsrechts**. Da die gesetzlichen Vorschriften zum Schutz des Arbeitnehmers zumeist zwingenden Charakter haben, die Rechtsfolgen also nicht vertraglich abbedungen werden können, darf es auch nicht möglich sein, den Anwendungsbereich dieser Bestimmungen dadurch zu unterlaufen, dass der Tatbestand einfach wegfi ngiert wird.<sup>46</sup> Daher ist es umgekehrt grundsätzlich möglich, ein Beschäftigungsverhältnis ausdrücklich durch Vertrag als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, weil hierdurch keine Schutzvorschriften umgangen werden.<sup>47</sup> Wenn das Tätigkeitsverhältnis in Wirklichkeit kein Arbeitsverhältnis ist, liegt streng genommen allerdings nur eine Einigung darüber vor, dass sich die Parteien im Innenverhältnis so behandeln wollen, als wären sie Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Dritte können hierdurch aber nicht gebunden werden.

► **VERTIEFUNG:** Schon seit längerem kursiert der Begriff der „Scheinselbstständigkeit“, der im Grundsatz solche Gestaltungen meint, in denen im (vermeintlichen) Gewande eines Werk- oder Dienstvertrags in Wirklichkeit ein Arbeitsverhältnis vorliegt.<sup>48</sup> Dies liegt vor allem in den Gestaltungen nahe, in denen eine Person, die ihre Tätigkeit früher eindeutig auf der Grundlage eines Arbeitsvertrags erbracht hat, nunmehr dieselbe Tätigkeit im Rahmen eines „Ein-Mann-Unternehmens“ ausübt. Aus der bloßen Bezeichnung eines Beschäftigten als „Scheinselbstständiger“ lassen sich allerdings noch keine Rechtsfolgen ableiten. Entscheidend ist allein, ob die allgemeinen Merkmale der Arbeitnehmereigenschaft im konkreten Fall vorliegen. ◀

#### 4. Prozessuale Klärung

- 23 Die Arbeitnehmereigenschaft kann im Wege einer **arbeitsgerichtlichen Feststellungsklage** (§ 256 Abs. 1 ZPO) geklärt werden.<sup>49</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang zuweilen von einer „**Statusklage**“. Gegenstand der Feststellungsklage ist aber genau genommen die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis zwischen den streitenden Parteien besteht. Der Vorteil einer solchen Klage besteht darin, dass mit ihr die Arbeitnehmereigenschaft eines Beschäftigten mit verbindlicher Wirkung für alle arbeitsrechtlichen Folgefragen geklärt werden kann. Die Parteien müssen also nicht bei jeder einzelnen Rechtsfolge (Erholungsurlaub, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Kündigungsschutz usw.) im-

45 Vertiefend Schwarze, RdA 2020, 38 ff.

46 BAG, NZA 1997, 194.

47 BAG, NZA 1997, 194.

48 Zu den (mittlerweile vollständig aufgehobenen) sozialrechtlichen Regelungen über die „Scheinselbstständigkeit“ siehe die 1. Aufl., § 2 Rn. 12.

49 Siehe nur BAG, NZA 1995, 190; 1999, 669; 2000, 534; DB 2010, 788.

mer wieder aufs Neue darüber streiten, ob der Beschäftigte Arbeitnehmer ist oder nicht.

### 5. Sonderfragen

Im Folgenden soll das Augenmerk noch auf einige Sonderfragen gerichtet werden, die mit dem Problembereich Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsverhältnis zusammenhängen. 24

#### a) Organmitglieder

Schon seit langem ist umstritten, ob **Organmitglieder** Arbeitnehmer derjenigen juristischen Person sein können, zu deren Vertretung sie berufen sind. Hierbei dreht sich der Streit praktisch ausschließlich um **GmbH-Geschäftsführer**. Insoweit muss zunächst zwischen der Bestellung, durch die der Geschäftsführer seine organschaftlichen Befugnisse erhält, und dem **Anstellungsvertrag**, der die persönliche Rechtsstellung des Geschäftsführers regelt, unterschieden werden. Der BGH<sup>50</sup> und das gesellschaftsrechtliche Schrifttum nehmen an, dass der Anstellungsvertrag wegen der Stellung des Geschäftsführers als oberstes Vertretungsorgan der GmbH nicht gleichzeitig als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann. Das BAG<sup>51</sup> sowie Teile der arbeitsrechtlichen Literatur gehen demgegenüber davon aus, dass der Geschäftsführer (ausnahmsweise) auch persönlich abhängig i.S. von § 611a BGB und damit Arbeitnehmer sein kann. Dies ist dann der Fall, wenn er einem vom gesellschaftsrechtlichen Weisungsrecht (vgl. § 37 Abs. 1 GmbHG) zu unterscheidenden arbeitsrechtlichen Weisungsrecht unterliegt.<sup>52</sup> Von der Frage der Qualifikation des Anstellungsvertrags abzugrenzen ist die weitere Frage, ob ein Geschäftsführer in einem zusätzlichen Arbeitsverhältnis zur GmbH stehen kann. So ist zumindest denkbar, dass ein bei der GmbH bisher als Arbeitnehmer beschäftigter Mitarbeiter zum Geschäftsführer befördert wird und das bisherige Arbeitsverhältnis nicht beendet, sondern nur suspendiert wird. Das BAG geht allerdings in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass mit der Bestellung eines Arbeitnehmers zum Geschäftsführer dessen bisheriges Arbeitsverhältnis im Zweifel aufgehoben wird und somit neben dem Geschäftsführer-Dienstverhältnis kein „ruhendes“ Arbeitsverhältnis mehr besteht. Die nach § 623 BGB für die Aufhebung des Arbeitsvertrags notwendige Schriftform (§ 20 Rn. 2) soll bereits durch den schriftlichen Abschluss des Geschäftsführer-Dienstvertrags gewahrt sein.<sup>53</sup> 25

► **VERTIEFUNG:** Für die Frage der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit enthält § 5 Abs. 1 S. 3 ArbGG eine Spezialregelung. Danach gelten diese Personen nicht als Arbeitnehmer im Sinne des ArbGG, so dass Streitigkeiten aus dem Anstellungsvertrag in jedem Fall vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen sind. ◀

#### b) Mitarbeiter in Medien

Ein weiteres viel diskutiertes Sonderproblem stellt die rechtliche Einordnung von **Medienmitarbeitern** dar. So beschäftigen insbesondere die Rundfunkanstalten eine Viel- 26

50 BGHZ 49, 30 (31); 79, 291 (293); BGH, ZIP 2001, 1957 (1958).

51 BAG, NZA 1999, 987 (988 f.); zurückhaltend („extreme Ausnahmefälle“) aber BAGE 116, 254 (257) = NZA 2006, 366 (367); BAGE 165, 61 (68) = NZA 2019, 490 (493).

52 Für ein sehr weites Verständnis von Weisungsbindung bei Organmitgliedern dagegen der EuGH, Slg. 2010, I-11405 = NZA 2011, 143 (Danosa) (Mutterschutz); NZA 2015, 861 (Balkaya) (Massenentlassungsschutz). Daran (im Anwendungsbereich des AGG) anknüpfend BGHZ 221, 325 = NZA 2019, 706.

53 BAGE 123, 294 = NZA 2007, 1095; BAG, NZA 2008, 1002; 2009, 669; 2011, 874.