

Das „a“ muss mit – Der Arbeitnehmerbegriff unter Berücksichtigung des neuen § 611a BGB

Judith Sikora*

Mit Wirkung zum 1.4.2017 wurde der § 611a BGB eingeführt. Wer bereits Arbeitsrecht gepaukt hat und fürchtet, er müsse noch mal ran, kann aufatmen: Änderungen bringt der neue Paragraph nicht, insofern kann auf den bereits gelernten Stoff, gefertigte Zusammenfassungen und Karteikarten zurückgegriffen werden – die freilich um die neue Rechtsgrundlage ergänzt werden sollten. Neulinge im Arbeitsrecht können sich über die Kodifizierung der wichtigsten Leitsätze des BAG zum Arbeitnehmerbegriff freuen. Die Kernprobleme bei der Bestimmung, wer Arbeitnehmer ist, wurden im Gesetzgebungsverfahren hingegen nicht angegangen, weshalb die Regelung in der Fachliteratur kritisiert wird. Die zu leistende Subsumtionsarbeit in der Falllösung und die Abgrenzungsschwierigkeiten insbesondere zum freien Dienstvertrag bleiben die gleichen. Dieser Beitrag soll die Neuregelung vorstellen, die aus studentischer Perspektive wichtigsten Aspekte zum Arbeitnehmerbegriff erläutern und anschließend auf die an § 611a geäußerte Kritik eingehen.

I. Einführung

Hieß es bislang unter Studenten zum Thema Arbeitsrecht „Von wegen Entgelt: viel arbeiten, alles umsonst“, so könnte sich dies mit dem neuen § 611a BGB zumindest teilweise ändern. Bestand die Schwierigkeit des Arbeitsrechts doch vor allem darin, einen Zugang zu dem durch Rechtsprechung und richterliche Rechtsfortbildung geprägten Rechtsgebiet zu finden¹. Exemplarisch ließ sich dies in der Vergangenheit an dem für das Arbeitsrecht wichtigen Begriff des Arbeitnehmers verdeutlichen: mangels gesetzlicher Regelung war bislang die von der Rechtsprechung vorgegebenen Kriterien maßgeblich für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags.

Der Arbeitsvertrag ist nun in § 611a BGB geregelt. Dessen Einführung wurde am 21.10.2016 im Bundestag im Rahmen eines Reformpakets zum Arbeitsrecht beschlossen. Das Hauptaugenmerk lag dabei nicht auf der Kodifikation des Arbeitsvertrags, sondern auf einer Novelle des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Die eigentliche arbeitsrechtliche und sozialpolitische Bedeutung ist in der Einführung des sog. *equal pay* Grundsatzes, d.h. dass Leiharbeiter grundsätzlich nach neun Monaten den gleichen Lohn wie die Stammebeschäftigten erhalten, sowie der Begrenzung der Höchstverleihdauer auf 18

Monate² zu sehen. Diese Änderungen sind jedoch allenfalls für arbeitsrechtliche Schwerpunkte von Bedeutung³ und sollen nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sein.

II. Hintergrund und Gesetzgebungsgeschichte

Der Arbeitnehmerbegriff hat vor allem deswegen zentrale Bedeutung, weil er regelmäßig den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts eröffnet⁴. Die Bedeutung wird dadurch gesteigert, dass das sog. „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ herrscht, d.h. entweder ist man Arbeitnehmer oder nicht⁵. Ist man es, kommt das vor allem aus Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers bestehende Arbeitsrecht uneingeschränkt zur Anwendung. Der durch zwingende gesetzliche Vorschriften vorgesehene Schutz ist für den Arbeitgeber aber oft kostenintensiv. Daher gibt es viele Versuche, die Anwendung des Arbeitsrechts, insb. des Kündigungsschutzes, auszuschließen⁶. Der Arbeitnehmer erscheint gegenüber dem regelmäßig wirtschaftlich überlegenen Arbeitgeber als schutzwürdig, da er auf eine entgeltliche Tätigkeit existenziell angewiesen ist. Überdies ist der Arbeitnehmer auch bei seiner Tätigkeit persönlich vom Arbeitgeber abhängig⁷. Daher trifft das Leitbild der Privatautonomie, das von zwei gleich starken Parteien ausgeht, die im fairen Wettbewerb die Vertragsbedingungen aushandeln, oft nicht zu. Jede Festlegung eines Arbeitnehmerbegriffs bewegt sich also im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Schutzpflichten⁸.

Schon der Reichstag hatte sich anlässlich des Erlasses des BGB 1896 mit der Frage eines spezialgesetzlich geregelten Arbeitsvertrags befasst. In der DDR wurde 1977 ein Arbeitsgesetzbuch erlassen, das im Zuge der Wiedervereinigung aber nicht übernommen wurde⁹. Erst in der 18. Legislaturperiode

² Zur Vertiefung siehe etwa *Henssler* ZAP 2017, 357 ff.; *Talkenberg* NZA 2017, 473 ff.; *Krieger/Ampatzidis* NJW 2017, 593 ff.; *Ulrici* NZA 2016, 1317 ff.; BeckOK ArbR-Motz § 8 AÜG, Rn. 1 ff.

³ Einen knappen Überblick über die Arbeitnehmerüberlassung bieten *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 74 ff.; *Krause* (Fn. 1), § 24.

⁴ *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 3; *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 5; *Reichold*, *Arbeitsrecht* 2015, § 2 vor Rn. 1.

⁵ *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 6; *Junker* (Fn. 1), Rn. 97.

⁶ Vgl. *Reinecke* NZA-RR 2016, 393, 399; *Junker* (Fn. 1), Rn. 90; *Hromadka/Maschmann* (Fn. 1), § 1 Rn. 29a.

⁷ *Löwisch/Caspers/Klumpp*, *Arbeitsrecht* 2017, Rn. 28 ff.; *Krause* (Fn. 1), § 1 Rn. 7 ff.

⁸ Vgl. *Reichold* (Fn. 4), § 1 Rn. 6 ff.; *Löwisch*, *Jura* 2014, 131 ff.; *Zöllner* AcP 176 (1976), 221 ff.; *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 22; *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 110 ff.; *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 19 f.; 23 ff.

⁹ *Rolfs*, Das „a“ nicht vergessen: Der Arbeitsvertrag ist jetzt in § 611a BGB geregelt, beck-blog vom 03. April 2017, <https://community.beck.de/2017/04/03/das-a-nicht-vergessen-der-arbeitsvertrag-ist-jetzt-in-ss-611a-bgb-geregelt> (zuletzt abgerufen am 20.07.2017); zur Geschichte des Arbeitsrechts *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 74 ff.

¹ *Brox/Rüthers/Henssler*, *Arbeitsrecht* 2011, Vorwort S. V; *Krause*, *Arbeitsrecht* 2015, Vorwort S. 6, S. 21, 23; *Junker*, *Grundkurs Arbeitsrecht* 2017, Vorwort zur 1. Auflage; *Lieb/Jacobs*, *Arbeitsrecht* 2006, Vorwort S. V, § 1 Rn. 38; *Hromadka/Maschmann*, *Arbeitsrecht* Band 1 2015, Vorwort zur 1. Auflage.

der Bundesrepublik hat sich die Große Koalition erneut an die Kodifizierung gewagt.

Im ersten Referentenentwurf vom 16.11.2015 war u.a. ein Kriterienkatalog mit acht Kriterien zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs vorgesehen, sowie eine widerlegliche Vermutungsregel für den Fall, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7a SGB IV feststellte¹⁰. Dieser Vorschlag lehnte sich an den vor fast 20 Jahren aufgehobenen § 7 SGB IV a.F. (sog. Scheinselbstständigkeit) an, der seinerzeit wegen Unpraktikabilität nach nur zwei Jahren Geltung wieder aufgehoben wurde¹¹ und der in der Literatur stark kritisiert wurde: Zunächst wurde der Kriterienkatalog als nicht zeitgemäß oder sogar als falsch empfunden¹². So sollten etwa die überwiegende Erbringung der Leistung in Räumen eines anderen, die regelmäßige Nutzung von Mitteln eines anderen zur Leistungserbringung oder wenn die Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbracht wird, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind, Indizien sein, die für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sprechen. Im heutigen Arbeitsumfeld mit zunehmender Digitalisierung, Projektarbeit, Solo-Selbstständigkeit und Flexibilität von Zeit und Ort seien diese Kriterien aber zu starr, um allgemeingültig Anwendung zur finden¹³.

Auch die auf der Feststellung der Rentenversicherung Bund basierende Vermutungsregel geriet unter Beschuss: Zum einen sei die Qualität der Bescheide häufig unzureichend, weil in der Begründung nur mit Textbausteinen gearbeitet werde, zum anderen werde verkannt, dass ein Beschäftigungsverhältnis im sozialrechtlichen Sinn nicht deckungsgleich mit einem Arbeitsverhältnis sei¹⁴.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales besserte daraufhin nach und legte im Februar 2016 einen zweiten Vorschlag vor¹⁵. Der Entwurf des § 611a BGB enthielt nur noch einen Absatz, der dem heutigen § 611a Abs. 1 BGB entspricht. In der Gesetzesbegründung war ausdrücklich die Rede von einer „1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung“, die die Rechtslage in Deutschland unverändert lässt¹⁶. Die entsprechenden Urteile des BAG werden auch einzeln aufgezählt¹⁷, tauchen jedoch in den Gesetzgebungsmaterialien zur endgültigen Fassung nicht mehr auf¹⁸.

Wenn sich die Rechtslage jedoch nicht änderte, stellt sich die Frage, warum der Arbeitnehmerbegriff überhaupt kodifiziert wurde. Zum einen wollte der Gesetzgeber durch die Ver-

schriftlichung der wichtigsten Leitsätze des BAG Rechtssicherheit herstellen¹⁹. Zum anderen ergibt sich die praktische Bedeutung auch aus dem Regelungszusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung. In der Praxis stellen sich vor allem in diesem Bereich anhand des Arbeitnehmerbegriffs schwierige Abgrenzungsfragen zwischen Arbeitnehmer und selbstständiger Tätigkeit bzw. zwischen (verdeckter) Arbeitnehmerüberlassung und einem echten Werk-/Dienstvertrag²⁰.

III. Regelungsgegenstand

Der neue § 611a BGB folgt dem Regelungsmuster der Verträge im Besonderen Teil des Schuldrechts. In Abs. 1, der den Großteil der neuen Regelung ausmacht, geht es um den Arbeitnehmer, während in Abs. 2 die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der vereinbarten Vergütung festgelegt wird. Abs. 2 lehnt sich sprachlich und konzeptuell an die vergleichbaren Regelungen der §§ 433 Abs. 2, 611 Abs. 1 Hs. 2, 651a Abs. 1 S. 2 etc. an und birgt daher keine Überraschungen.

S. 1 des Abs. 1 legt abstrakt fest, dass Arbeitnehmer ist, wer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. S. 2–4 zählen weitere Kriterien auf, die die Begriffe der Weisungsgebundenheit und der persönlichen Abhängigkeit des S. 1 konkretisieren und ergänzen. S. 5 stellt zudem klar, dass es für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände ankommen soll. S. 6 normiert die Regel, dass es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht ankommt, wenn die tatsächliche Durchführung das Vorliegen eines Arbeitsvertrags ergibt.

IV. Der Begriff des Arbeitnehmers nach der Rechtsprechung und § 611a Abs. 1 BGB

Nach der klassischen Formel des BAG ist Arbeitnehmer, „wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.“²¹

Diese Formulierung wurde fast wortwörtlich im § 611a BGB vom Gesetzgeber aufgegriffen. Im Einzelnen muss daher ein privatrechtlicher Vertrag (1.) vorliegen, der die Leistung von Diensten für einen anderen (2.) zum Gegenstand hat, die in unselbstständiger Weise (3.) erbracht werden.

1. Privatrechtlicher Vertrag

Wie sich implizit bereits aus der Stellung des § 611a BGB im Besonderen Schuldrecht ergibt, wird der Arbeitnehmer auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags tätig.

a) Vertrag

Der Vertragsschluss richtet sich dabei nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln der §§ 145 ff. BGB. Zu beachten ist,

¹⁰ Abrufbar unter http://www.portal-sozialpolitik.de/uploads/sopo/pdf/2015/2015-11-16_Referententwurf_AUEG_Werkvertraege.pdf (zuletzt abgerufen am 20.07.2017).

¹¹ NJW-Spezial 2015, 724, 724.

¹² *Schüren/Fasholz*, NZA 2015, 1473, 1476; *Thüsing*, NZA 2015, 1478, 1479.

¹³ Vgl. *Thüsing*, NZA 2015, 1478, 1478 m.w.N.

¹⁴ *Baeck/Winzer/Kramer*, NZA 2016, 20, 23; zum Beschäftigungsverhältnis *Löwisch/Caspers/Klumpff* (Fn. 7), Rn. 7; *Waltermann*, *Arbeitsrecht* 2016, § 4 Rn. 46.

¹⁵ BT-Drs. 18/9232.

¹⁶ BT-Drs. 18/9232, S. 4.

¹⁷ BT-Drs. 18/9232, S. 32.

¹⁸ Vgl. BT-DRs. 18/10064.

¹⁹ BT-Drs. 18/9232, S. 31; BT-DRs. 18/10064, S. 8.

²⁰ *Baeck/Winzer/Hies*, NZA 2016, 415, 416.

²¹ Vgl. etwa BAG, 12.12.2001, 5 AZR 253/00, NJW 2002, 2411, 2412.

dass die Stellenausschreibung, die umgangssprachlich auch als „Stellenangebot“ bezeichnet wird, regelmäßig noch kein Angebot im Sinne des § 145 BGB ist, sondern lediglich eine *invitatio ad offerendum* darstellt. Ebenso ist das Bewerbungsschreiben mangels Rechtsbindungswillen kein Angebot, denn sonst stünde der Bewerber, der sich erfolgreich auf mehrere Stellen bewirbt, in der Pflicht, für unterschiedliche Arbeitgeber gleichzeitig tätig zu werden²².

Für den Vertragsschluss selbst ist kein Schriftformerfordernis vorgesehen, § 623 BGB bezieht sich nur auf die Kündigung und Auflösungsvertrag. Der Gesetzgeber hat stattdessen in Umsetzung der sog. Nachweis-Richtlinie²³ einen Anspruch auf einen schriftlichen Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen in § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG normiert. In der Praxis wird ein Arbeitsvertrag in der Regel schriftlich geschlossen²⁴.

Auch finden die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln Anwendung, insbesondere die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, §§ 104 ff. BGB, Gesetzesverstoß, § 134 BGB, und Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1 BGB. Dass ein Arbeitsvertrag wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wird jedoch äußerst selten angenommen²⁵. Häufiger begegnet einem der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB, der im Arbeitsrecht objektiv vorliegt, wenn die vereinbarte Vergütung nur zwei Drittel der branchenüblichen Vergütung oder Tarif beträgt²⁶. Subjektiv muss die Ausbeutung einer Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Arbeitnehmers hinzukommen²⁷. Folge ist jedoch nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags, sondern, um den Arbeitnehmer zu schützen, nur der Vergütungsabrede. Da die Vergütung individualvertraglich nicht festgelegt ist, gilt die übliche Vergütung als vereinbart, vgl. § 612 Abs. 2 BGB²⁸.

Liegen bei Abschluss des Vertrags Willensmängel vor, kommen die Regeln über die Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB zur Anwendung. Zu beachten ist aber die Rechtsfolge: Die wirksame Anfechtung führt nach § 142 Abs. 1 BGB grundsätzlich zur *ex tunc* Nichtigkeit, d.h. zur Nichtigkeit von Anfang an. Wurden noch keine Arbeitsleistungen erbracht, kann der Vertrag problemlos rückabgewickelt werden. Anders stellt sich die Lage aber dar, wenn Arbeitsleistungen bereits erbracht wurden, sog. in Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis. Die Rückabwicklung nach den §§ 812 ff. BGB verträgt sich nicht mit

der sozialen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers. Überdies bestehen bei der Rückgewähr von Arbeitsleistungen erhebliche praktische Schwierigkeiten²⁹. Daher wird das angefochtene Arbeitsverhältnis für die Dauer seines Vollzugs als wirksam behandelt, sog. fehlerhaftes oder faktisches Arbeitsverhältnis. Die Anfechtung ist hier nur für die Zukunft, also mit Wirkung *ex nunc* möglich³⁰.

b) Einschränkungen

Das Kriterium des privatrechtlichen Vertrags dient auch der Abgrenzung zu anderen Beschäftigungsformen, die damit aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts herausfallen.

Dies sind zunächst die aufgrund öffentlichen Dienstrechts Beschäftigten, also insbesondere Beamte, Richter, Soldaten³¹, aber auch Angestellte im öffentlichen Dienst. Strafgefangene, die in den Justizvollzugsanstalten Arbeit verrichten, sind ebenfalls keine Arbeitnehmer, denn ihr „Arbeitsverhältnis“ wird durch die Strafvollzugsgesetze der Länder, also ebenfalls öffentlich-rechtliche Normen ausgestaltet³². Dies hat die praktisch wichtige Folge, dass ihnen keinen Anspruch auf Mindestlohn nach § 1 Abs. 1, 2 MiLoG zusteht³³. Auch öffentliche Ehrenämter, etwa von Gemeinderäten oder freiwilligen Feuerwehrmännern, sind durch öffentlich-rechtliche Normen ausgestaltet³⁴.

Zwar aufgrund privatrechtlicher Normen, aber nicht aufgrund eines Vertrags tätig werden Ehegatten und Kinder, die familienrechtlich zur Mitarbeit im Haushalt und eigenen (Familien-)Betrieb verpflichtet sind. Sie sind nur dann Arbeitnehmer, wenn ihre Mitarbeit das durch § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB und § 1619 BGB geforderte Maß übersteigt³⁵.

2. Entgeltliche Leistung von Diensten für einen anderen

Der Arbeitnehmer steht nach § 611a Abs. 1 S. 1 im Dienste eines anderen zur Leistung von Arbeit.

a) Entgeltlichkeit

Dass die vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste zu entlohnen sind, ergibt sich aus § 611a Abs. 2 BGB. Die Entgeltlichkeit grenzt den Dienstvertrag vom unentgeltlichen Auftrag nach § 622 BGB und der Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB ab³⁶. § 612 Abs. 1 fingiert eine Vergütungspflicht, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Maßgeblich ist dabei nicht, ob der Arbeitnehmer

²² Junker (Fn. 1), Rn. 169.

²³ RL 91/533/EWG.

²⁴ Die Gesetzesbegründung ging 1995 davon aus, dass in Westdeutschland 84 %, in Ostdeutschland 88 % der Arbeitsverträge schriftlich abgeschlossen würden, vgl. BT-Drs. 13/668, S. 10.

²⁵ Als Beispiel wird häufig der BAGE 28, 83 ff. = NJW 1976, 1958 ff. zugrundeliegende liegende Sachverhalt genannt, in dem sich ein Ehepaar arbeitsvertraglich verpflichtet hatte, Geschlechtsverkehr auf der Bühne einer Nachbar vorzuführen.

²⁶ Junker (Fn. 1), Rn. 179; Löwisch, Jura 2014, 131, 132; Löwisch/Caspers/Klumpp (Fn. 7), Rn. 303 f.

²⁷ Allgemein zu § 138 BGB siehe, Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB 2016, Rn. 329 ff.; Leipold, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil 2015, § 20 Rn. 19 ff.; Köhler, BGB Allgemeiner Teil 2016, § 13 Rn. 18 ff.; Rütters/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB 2014, § 26 Rn. 25 ff.; Musielak/Hau, Examenkurs BGB 2014, § 1 Rn. 18 ff.

²⁸ BAG, 16.05.2012, 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974, 977.

²⁹ Junker (Fn. 1), Rn. 193.

³⁰ Dazu Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht 2016, § 3 Rn. 121; Falllösung bei Junker, Fälle zum Arbeitsrecht 2015, Fall 2 S. 39 ff.

³¹ Anders ist dies beim europäischen Arbeitnehmerbegriff, dazu siehe unten unter V.

³² Maties, Arbeitsrecht 2017, Rn. 8; Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 9; Brox/Rütters/Henssler (Fn. 1), Rn. 39.

³³ Allgemein zum Anspruch auf Mindestlohn Lembke NJW 2016, 3617 ff.; Waltermann (Fn. 14), § 11 Rn. 195.

³⁴ Löwisch/Caspers/Klumpp (Fn. 7), Rn. 17a.

³⁵ Brox/Rütters/Henssler (Fn. 1), Rn. 41; Junker (Fn. 1), Rn. 93.

³⁶ Maties (Fn. 32), Rn. 8; Brox/Rütters/Henssler (Fn. 1), Rn. 44; Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 14.

subjektiv eine Vergütung erwartet, sondern ob eine solche objektiv nach der Verkehrssitte für die in Rede stehende Art der Dienste besteht³⁷. Dies ist bei ehrenamtlicher Tätigkeit regelmäßig nicht der Fall, daher ist entweder ein Auftrag (§ 662 BGB)³⁸ oder, sofern schon kein Rechtsbindungswille vorliegt, ein Gefälligkeitsverhältnis³⁹ anzunehmen.

b) Dienste

Der Arbeitnehmerstatus verlangt ferner, dass die Leistung von „Diensten“ geschuldet ist. Der Arbeitsvertrag ist damit ein Unterfall des Dienstvertrags im Sinne von § 611 BGB⁴⁰, vgl. auch § 621 BGB.

Dass der Arbeitnehmer „Dienste“ erbringt, soll den Dienstvertrag von Werk- und Werklieferungsverträgen nach §§ 631–651 BGB abgrenzen. Maßgebliches Kriterium ist dabei der Erfolg: Während der Werkunternehmer einen über das bloße Tätigwerden hinausgehende Erfolg herbeiführen muss, schuldet der Dienstverpflichtete allein die Erbringung der Tätigkeit. Schlagwortartig wird dies auch „Der Werkvertrag erfordert ein *Werk*, der Dienstvertrag ein *Wirken*“ zusammengefasst. Typische Beispiele sind die ärztliche Heilbehandlung⁴¹ und die anwaltliche Prozessführung. Zwar wird regelmäßig auch die Tätigkeit in Hinblick auf ein bestimmtes Ziel, also den angestrebten Erfolg vorgenommen. Das heißt für die ärztliche Heilbehandlung: Der Chirurg führt eine Herzoperation durch, damit der Patient gesund wird. Insofern schuldet auch er einen Erfolg, aber nur den in der Arbeit liegenden Erfolg, nämlich die *de lege artis* durchgeführte Operation, nicht den Erfolg des Arbeitserfolgs, also die Heilung⁴².

Bei der Frage, welcher Erfolg genau geschuldet ist, ist oft auch die vertragliche Risikoverteilung hinsichtlich der Vergütung aufschlussreich. Wird der Verpflichtete auch bei Misserfolg entlohnt, spricht dies für das Vorliegen eines Dienstvertrags, weil dann allein das Tätigwerden bezahlt wird⁴³. So wird der Arzt für sein Tätigwerden auch dann entlohnt, wenn die Operation nicht erfolgreich verlaufen ist und die Genesung nicht eintritt.

Ein Dienstvertrag wird auch dann angenommen, wenn der Erfolgseintritt außerhalb der Einflussphäre des Schuldners liegt oder nicht ausschließlich von dessen Fähigkeiten abhängt. So hängt es bei der Operation nicht nur vom kunstgerechten Tätigwerden des Arztes ab, ob der Patient wieder gesund wieder. Weiter spielen auch die allgemeine gesundheitliche Zustand des Patienten, sein Alter, Lebensumstände, Vorerkrankungen oder genetische Faktoren eine Rolle. Für all das will

³⁷ BeckOK ArbR-Joussen § 612 BGB, Rn. 23; Junker (Fn. 1), Rn. 227.

³⁸ Löwisch/Caspers/Klumpff (Fn. 7), Rn. 1a, 17a.

³⁹ Junker (Fn. 1), Rn. 94.

⁴⁰ Dütz/Thüsing (Fn. 30), § 2 Rn. 35; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil 2017, Rn. 545; Medicus/Lorenz, Schuldrecht Besonderer Teil 2014, Rn. 617, Matties (Fn. 32), Rn. 6; Brox/Rüthers/Henssler (Fn. 1), Rn. 44.

⁴¹ Die Behandlungsvertrag ist als eigenständiger Vertragstyp in §§ 630 a ff. BGB geregelt. Wie sich aus dem Verweis in § 630b BGB ergibt, sind die Vorschriften über das Dienstverhältnis anzuwenden, soweit in den §§ 630a ff. BGB nicht etwas anderes bestimmt ist.

⁴² Nach Richardi NZA 2017, 36, 37.

⁴³ Looschelders (Fn. 40), Rn. 543; Medicus/Lorenz (Fn. 40), Rn. 691 f.

der Arzt nicht das Risiko übernehmen, er will also rechtlich nicht für die die Herbeiführung des (Heil-)Erfolgs einstehen⁴⁴.

Kein Kriterium stellt hingegen die Entgeltgestaltung dar. Es ist nämlich auch beim Dienstvertrag möglich, dass die Vergütung nicht zeitbezogen, sondern erfolgsbezogen erfolgt. So sind die am Fließband Tätigen, im Akkord Entlohten durchaus Arbeitnehmer. Umgekehrt kann beim Werkvertrag die Vergütung zeitbezogen erfolgen⁴⁵, etwa wenn der die Heizung installierende oder das Auto reparierende Handwerker stundenweise abrechnet.

Die Abgrenzung zwischen Arbeits- und Werkvertrag wird dagegen über das Merkmal der Unselbstständigkeit vollzogen, dazu noch unten unter d).

c) Für einen anderen

Die Leistung für einen anderen trennt den Dienst- und Arbeitsvertrag von Leistungen, die aufgrund eines Gesellschaftsvertrags (§ 706 Abs. 3 BGB) erbracht werden. Der Gesellschafter erbringt die Dienste als Beitrag zur Förderung eines gemeinsamen Gesellschaftszwecks. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass der Gesellschafter zusätzlich in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht. Dies kann er allerdings nur, wenn er über keine gesellschaftliche Leitungsmacht verfügt. Das bedeutet in einer GmbH, dass er weder Mehrheitsgesellschafter oder Minderheitsgesellschafter mit einer Sperrminorität sein darf⁴⁶.

3. Unselbstständigkeit

Nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit. Diese drei Merkmale sind ebenfalls „1:1“ der höchstrichterlichen Rechtsprechung entnommen⁴⁷. Den Oberbegriff der Merkmale stellt dabei die Unselbstständigkeit dar, wobei sich die Fremdbestimmtheit und die persönliche Abhängigkeit vor allem in der Weisungsgebundenheit niederschlägt. Dieser kommt daher ausschlaggebende Bedeutung zu⁴⁸.

a) Weisungsgebundenheit

Die Rechtsprechung hat das Kriterium im Umkehrschluss aus § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ausgefüllt. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dies hat der Gesetzgeber in § 611a Abs. 1 S. 3 BGB aufgegriffen. In Anlehnung an § 106 S. 1 GewO wurde das Kriterium der Weisungsgebundenheit dahingehen konkretisiert, dass sich Weisungen auf Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit beziehen können.

Es kann daher näher zwischen der zeitlichen, örtlichen und sachlich-organisatorischen Weisungsabhängigkeit unterschieden

⁴⁴ Looschelders (Fn. 40), Rn. 543.

⁴⁵ Richardi NZA 2017, 36, 38; Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 19.

⁴⁶ Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 13; Junker (Fn. 1), Rn. 95; Brox/Rüthers/Henssler (Fn. 1), Rn. 46.

⁴⁷ Referentenentwurf v. 16.11.2015 (s. Fn. 10), S. 3.

⁴⁸ So auch Waltermann (Fn. 14), § 4 Rn. 49 ff.; Junker (Fn. 1), Rn. 96; Looschelders (Fn. 40), Rn. 547.

den werden⁴⁹. Die zeitliche Weisung besteht nur im Rahmen der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit, die keine Vollbeschäftigung sein muss. Sie betrifft daher v.a. die Ein- und Verteilung der Arbeitszeit. Bei projektbezogener Kurzzeitbeschäftigung, bei dem nur eine genau bestimmte Einzelleistung (z.B. Projektmitarbeit) geschuldet ist, liegt in der Regel keine Arbeitnehmereigenschaft vor. Das örtliche Weisungsrecht wird auch ausgeübt, wenn der Mitarbeiter im Home Office oder Außendienst arbeitet; der Arbeitgeber gestattet dem Arbeitnehmer dann lediglich die Ausübung an einem anderen Ort⁵⁰. Die sachlich-organisatorische Abhängigkeit bezieht sich darauf, inwieweit der Arbeitnehmer seine Leistung im Rahmen einer vom Arbeitgeber angebotenen Arbeitsorganisation zu erbringen hat. Selbst wer wie ein Hochschuldozent ohne inhaltliche Weisungen tätig ist (Art. 5 Abs. 3 GG), kann etwa von Räumlichkeiten und Stundenplänen des Arbeitgebers so stark abhängen, dass er als Arbeitnehmer anzusehen ist⁵¹.

Bezüglich der § 611a S. 2–4 ist zu beachten, dass Weisungsrechte nicht exklusiv beim Arbeitsvertrag vorkommen. Denn auch der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen. Ausdrücklich ist dies in § 645 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt. Ebenso sind zeitliche Vorgaben häufig notwendiger Bestandteil des Werkvertrags⁵². Man denke etwa an den Handwerker, der nur dann zur Reparatur erscheinen soll, wenn jemand zu Hause ist, der ihm die Tür öffnet. Daher ist nicht allein maßgebend, „ob“ ein Weisungsrecht besteht, sondern wie stark dieses die Tätigkeit von außen beeinflusst.

b) Persönliche Abhängigkeit

Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von einem Dienstverhältnis durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit (Fremdbestimmtheit). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit variiert dabei je nach Eigenart der jeweiligen Tätigkeit, vgl. § 611a Abs. 1 S. 4 BGB. Bei der Festlegung der Eigenart der Tätigkeit kommt der Verkehrsanschauung und der historischen Entwicklung Bedeutung zu, da die meisten Tätigkeiten sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstvertrags erbracht werden können. Beispielsweise sind die Reparatur von Schuhen, das Herstellen eines Maßanzugs, Entleeren einer Jauchegrube, die chemische Reinigung von Kleidung Gegenstand eines Werkvertrags, den der Unternehmer mit dem Kunden abschließt. Der die Tätigkeit konkret ausführende Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfe des Unternehmers erbringt diese im Rahmen eines Dienstvertrags⁵³.

Gerade weil dies zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führt, nimmt die Rechtsprechung eine typologisierende Betrachtung je nach Eigenart der Tätigkeit vor⁵⁴. Beispielswei-

se spricht bei Lehrern an allgemeinbildenden Schulen eine Vermutung für die Arbeitnehmereigenschaft; Volkshochschullehrer sind dagegen eher als freie Mitarbeiter einzuordnen⁵⁵. In Funk und Fernsehen werden Kameraassistenten und andere Hilfstätigkeiten eher als Arbeitnehmer eingeordnet⁵⁶. Wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist jedoch der Gestaltungsspielraum von programmgestaltenden Tätigkeiten anders zu gewichten als bei Verwaltungspersonal⁵⁷.

Nicht eindeutig ist hingegen die Berufsgruppe der Zeitungsausträger, bei denen es vor allem auf Umfang und Organisation der Zustelltätigkeit ankommt⁵⁸. Ebenso diskutiert werden der Frachtführer, bei dem vor allem das Bestehen eines eigenen Gestaltungsspielraums hinsichtlich der Arbeitszeit gegen die Arbeitnehmereigenschaft spricht, und der Franchisenehmer, bei dem die Kontroll- und Weisungsrechte des Auftraggebers für die Arbeitnehmereigenschaft sprechen⁵⁹.

Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit dient auch der Abgrenzung zur arbeitnehmerähnlichen Person. Die arbeitnehmerähnliche Person ist wirtschaftlich, nicht aber persönlich abhängig (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 2 S. 2 BurlG). Sie sind Selbstständige, die in bestimmten Aspekten den Arbeitnehmern gleichgestellt werden. So können sie ihre Arbeitgeber vor den Arbeitsgerichten verklagen (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG), haben Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (§ 2 S. 2 BurlG) und ihre Arbeitsbedingungen können durch Tarifvertrag festgelegt werden (§ 12a Abs. 1 TVG)⁶⁰.

c) Wertende Gesamtbetrachtung

Die typologisierende Betrachtung darf jedoch nicht dazu führen, dass die Umstände des Einzelfalls außer Betracht bleiben. Vielmehr ist nach § 611a Abs. 1 S. 5 BGB letztlich eine Gesamtbetrachtung aller Umstände maßgeblich. So soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Arbeitsverhältnisse heutzutage so verschiedenartig ausgestaltet sind, dass es „keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien“ gibt⁶¹. Stattdessen sind alle Umstände des konkreten Falls zu beachten. In der Fallbearbeitung mit einem feststehenden Sachverhalt ist dies sicher leichter zu handhaben als in der Praxis, wo man gar nicht genau weiß, was alles ermittelt werden soll, weil es vielleicht von Bedeutung sein könnte. Insofern ist die Idee des ersten Referentenentwurfs nachvollziehbar, einen nicht abschließenden Katalog mit Kriterien, die Regelbeispielen ähneln, zu formulieren. Auch das BAG benutzt in manchen Entscheidungen bis zu 20 Einzelkriterien⁶².

⁵⁵ BAG, 15.2.2012, 10 AZR 301/10, NZA 2012, 731, 732.

⁵⁶ BAG, 22.4.1998, 5 AZR 2/97, NZA 1998, 1277, 1278.

⁵⁷ BAG, 17.4.2013, 10 AZR 301/10, NZA 2013, 903, 905; näher Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 26; Lieb/Jacobs (Fn. 1), § 1 Rn. 16 ff.

⁵⁸ BAG, 16.7.1997, 5 AZR 312/96, NZA 1998, 368, 369.

⁵⁹ Vgl. Lieb/Jacobs (Fn. 1), § 1 Rn. 22; Löwisch/Caspers/Klumpp (Fn. 7), Rn. 4a; Brox/Rüthers/Henssler (Fn. 1), Rn. 55 f.; Falllösung bei Junker (Fn. 30), Fall 1 S. 25 ff.

⁶⁰ Zu weiteren auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbare Normen siehe Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 31 ff.; Reichold (Fn. 4), § 2 Rn. 25.

⁶¹ Thüsing NZA 2015, 1478, 1478.

⁶² Baeck/Winzer/Kramer, NZG 2016, 20, 21.

⁴⁹ Nach Reichold (Fn. 4) § 2 Rn. 19 ff.

⁵⁰ Wank NZA 1999, 225, 231; zu den Grenzen Junker (Fn. 30), Fall 4 S. 55 ff.

⁵¹ BAG, 19.11.1997, 5 AZR 21/97, NZA 1998, 595, 596.

⁵² Zaumseil, Der neue § 611a BGB: Alles neu macht der ... April, <http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/04/12/der-neue-%C2%A7-611a-bgb-alles-neu-macht-der-april/> (zuletzt abgerufen am 20.07.2017).

⁵³ Nach Richardi, NZA 2017, 36, 38.

⁵⁴ Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 17 unter Verweis auf BAG; Junker (Fn. 1), Rn. 100.

Hauptsächlich stellt das BAG auf zwei Merkmale ab⁶³: Zum einen wieweit die Person einem arbeitsbezogenen Weisungsrecht unterliegt⁶⁴, zum anderen inwiefern sie in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden ist, die sie daran hindern, den Arbeitsablauf selbstständig zu organisieren. Das klassische Beispiel ist hier der Chefarzt, der zwar in Bezug auf die durchzuführenden Operationen keinen Weisungen des Krankenhausträgers unterliegt, aber dennoch zeitlich und örtlich an die Infrastruktur des Krankenhauses (Operationssaal, Operationsteam) angewiesen ist⁶⁵. Auch kann ein Rennfahrer seine Rennen nur mit organisatorischer und technischer Unterstützung seines Rennsportteams fahren⁶⁶.

Daneben wird in der Literatur empfohlen, sich den Leistungsgegenstand, also den Vertragsinhalt⁶⁷ genau anzugucken. Je komplexer und umfassender der Leistungsgegenstand ist, desto weniger ist der Vertragspartner in der Lage, die Leistung allein zu erbringen. Dies spricht gegen einen Arbeitsvertrag⁶⁸, vgl. § 613 BGB. Umgekehrt: Je kleinteiliger der Leistungsgegenstand vorgegeben ist, desto weniger Spielraum besteht für eigenständige Organisation⁶⁹.

4. Wirklicher Geschäftsinhalt

Widersprechen sich Bezeichnung der vertraglichen Vereinbarungen und die tatsächliche Durchführung, so kommt es nach § 611a Abs. 1 S. 6 BGB nicht auf die Bezeichnung des Vertrags an.

Der Fall liegt zwar regelmäßig ähnlich zu den Fällen, in denen die Parteien eine Boots- oder Fahrrad-„Leihe“ vereinbaren, eigentlich aber eine Miete gewollt ist. In diesen klassischen Fällen der *falsa demonstratio non nocet*, die Parteien das tatsächlich übereinstimmend Gewollte absichtlich oder irrtümlich falsch bezeichnen⁷⁰, setzt sich der Parteiwille, also das übereinstimmen subjektiv Gewollte, durch. Dies gilt aber nur so lange, wie keine Partei besonders schutzwürdig ist. Beim Arbeitsrecht handelt es sich hingegen um zwingendes Schutzrecht zugunsten des Arbeitnehmers, daher kann die Anwendung des Arbeitsrechts nicht durch die Wahl einer anderen Bezeichnung ausgeschlossen werden⁷¹. Maßgeblich ist daher allein der wirkliche (objektive) Geschäftsinhalt⁷².

V. Europäischer Arbeitnehmerbegriff

Vom „deutschen“ Arbeitnehmerbegriff, wie er soeben erläutert wurde, sind die europäischen Arbeitnehmerbegriffe zu unterscheiden. Der primärrechtliche Arbeitnehmer ist in Art. 45 AEUV beheimatet, wo er maßgebend ist für den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Der EuGH vertritt eine

sog. *unionsautonome* Auslegung. Hintergrund ist die Effektivität und Wirksamkeit des Unionsrechts. Würde jeder der 28 Mitgliedsstaat den Begriff nach seiner nationalen Rechtsordnung definieren, böte dies zahlreiche Möglichkeiten, die Grundfreiheit zu umgehen. Auch wäre die einheitliche Anwendung des Unionsrechts nicht gewährleistet⁷³. Der Begriff des Arbeitnehmers i.S.d. Art. 45 AEUV wird vom EuGH weit ausgelegt, da es um die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheit geht⁷⁴.

Arbeitnehmer i.S.d. Primärrechts ist demnach jede Person, die während einer bestimmten Zeit Leistungen von wirtschaftlichem Wert für einen Dritten erbringt, dessen Weisungen er unterworfen ist und für die er eine Vergütung erhält⁷⁵. Wie im deutschen Recht sind nur unselbstständige Tätigkeiten erfasst. Will ein Selbstständiger dauerhaft in einem anderen Mitgliedsstaat tätig werden, so fällt er unter die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV. Die Tätigkeit muss einen wirtschaftlichen Wert haben; Maßnahmen, die nur der sozialen Rehabilitation dienen, sind daher nicht erfasst. Die Vergütung und Umfang der Tätigkeit sind dagegen von untergeordneter Bedeutung. Es schadet es nicht, wenn mit der Tätigkeit zugleich nichtwirtschaftliche Ziele, etwa ideeller oder sportlicher Art, verfolgt werden. Auch Berufsspieler sind daher europäische Arbeitnehmer⁷⁶. Der EuGH benutzt ebenfalls die Merkmale der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und des Wirtschaftsrisikos⁷⁷.

Der deutsche Arbeitnehmerbegriff und der des europäischen Primärrechts europäische überschneiden sich daher größtenteils. Der bedeutsamste Unterschied liegt darin, dass auch Beamte, Richter und Soldaten dem Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV unterfallen⁷⁸. Allerdings kennt das Unionsrecht eine Bereichsausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV, das Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung wieder aus dem Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV ausnimmt. Diese Ausnahme ist damit zu erklären, dass es im hoheitlichen, sicherheitsrelevanten Bereich des Staates, etwa Militär, Polizei, Steuerverwaltung, Auswärtiger Dienst, sensible Bereiche gibt, in denen der Staat eigene Staatsangehörige bevorzugen darf. Diese Ausnahme ist aber sehr eng auszulegen, etwa fallen Schiffskapitäne trotz der ihnen zustehenden polizeilichen und personstandsrechtlichen Befugnisse nicht darunter⁷⁹.

Das sekundäre Unionsrecht kennt keinen einheitlichen Begriff des Arbeitnehmers⁸⁰. Einige Richtlinien etablieren einen eigenen Arbeitnehmerbegriff, so etwa die RL 2003/88/EG

⁶³ Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 17; Junker (Fn. 1), Rn. 100; Waltermann (Fn. 14), § 4 Rn. 55 f.

⁶⁴ Dazu oben IV. 3. a).

⁶⁵ Beispiel nach Waltermann (Fn. 14), § 4 Rn. 55.

⁶⁶ BAG, 7.3.2002, 2 AZR 173/01, NZA 2002, 963, 964.

⁶⁷ Löwisch/Caspers/Klumpff (Fn. 7), Rn. 4.

⁶⁸ Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 19; Brox/Rüthers/Henssler (Fn. 1), Rn. 50.

⁶⁹ Vgl. Richardi NZA 2017, 36, 37; Reinecke, NZA-RR 2016, 393, 397 f.; Baeck/Winzer/Kramer NZG 2016, 20, 23.

⁷⁰ Brox/Walker (Fn. 27), Rn. 133; Musielak/Hau (Fn. 27), § 5 Rn. 379.

⁷¹ Junker (Fn. 1), Rn. 101; Maties (Fn. 32), Rn. 2.

⁷² Krause (Fn. 1), § 2 Rn. 21.

⁷³ Kocher, Europäisches Arbeitsrecht 2016, § 3 Rn. 21 ff; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht 2017, § 2 Rn. 12, 18.

⁷⁴ EuGH, 19.6.2014, C-507/12 – Levin, ECLI:EU:C:2014:2007 Rn. 12 ff

⁷⁵ EuGH, 03.07.1986, Rs. C-66/85 – Lawrie Blum, ECLI:EU:C:1986:284.

⁷⁶ EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93 – Bosman, ECLI:EU:C:1995:463;

EuGH, 16.3.2010, Rs. C-325/08 – Olympique Lyonnais,

ECLI:EU:C:2010:143.

⁷⁷ M.w.N. BeckOGK-Maties, § 611a Rn. 55.

⁷⁸ Thüsing (Fn. 73) § 2 Rn. 17 f.; Dütz/Thüsing (Fn. 30), § 2 Rn. 34; BeckOGK-Maties, § 611 a Rn. 56.

⁷⁹ EuGH, 30.09.2003, C-47/02 – Anker u.a., ECLI:EU:C:2003:516; EuGH, 30.09.2003, C-405/01 – Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, ECLI:EU:C:2003:515.

⁸⁰ Einen Überblick über die relevanten Sekundärrechtsakte findet sich bei Löwisch/Caspers/Klumpff (Fn. 7), Rn. 165.

(Arbeitszeitgestaltung), RL 92/85/EWG (Mutterschutz) oder die RL 98/59/EG (Massenentlassungen). Der EuGH legt die jeweils verwendeten Arbeitnehmerbegriffe im Lichte der jeweiligen Richtlinie und ihrer spezifischen Zwecke aus⁸¹. Die Rechtsprechung des EuGH ist jeweils bei der nationalen Umsetzung zu berücksichtigen. Andere Richtlinien verweisen dagegen auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff, z.B. die RL 2008/104/EG (Leiharbeit), RL 2001/23/EG (Betriebsübergang), RL 2002/14/EG (Betriebsräte). Relevant für Prüfungen ist insbesondere der Arbeitnehmerbegriff beim Betriebsübergang nach § 613a BGB⁸². Selbst wenn auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verwiesen wird, sind die Mitgliedsstaaten nicht vollkommen frei, sondern müssen die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) des Unionsrechts gewährleisten. Das die Grundfreiheit der Freizügigkeit konkretisierende Sekundärrecht, wie etwa die RL 2014/54/EG und VO 492/2011 (Freizügigkeits-VO), verweist auf den Begriff des Art. 45 AEUV. Daher kann von dem europäischen Arbeitnehmerbegriff nicht gesprochen werden.

VI. Zur Kritik an § 611a BGB

Die Einführung des § 611a BGB wurde in Praxis und Literatur kritisch beobachtet⁸³. Nach einhelliger Meinung hat sich die Rechtslage nicht geändert⁸⁴, was auch nicht die Intention des Gesetzgebers war⁸⁵. Wohl aber sollte die Kodifikation höchstrichterlicher Rechtsprechung der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dienen. Hieran wird bemängelt, dass Rechtsklarheit nicht durch die Normierung von auf Einzelfallentscheidungen beruhender Leitsätze erreicht werden könne⁸⁶. Stattdessen solle über eine umfassende Reform des Arbeitsrechts nachgedacht werden.⁸⁷

Insbesondere sei mit dem § 611a BGB nichts gewonnen, da es letztlich auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls ankomme. Solchen Abwägungen sei aber immanent, dass es zu Abgrenzungs- und Wertungsschwierigkeiten komme⁸⁸. Daher werde letztlich doch wieder auf die Kriterien der Rechtsprechung zurückgegriffen. Somit sei § 611a BGB keine „Blaupause“ für die Bestimmung eines Arbeitsvertrags⁸⁹.

Unklar bleibt auch das Verhältnis von § 611a BGB zu § 106 GewO. Nach der Gesetzesbegründung zur Vorgängerversion soll § 106 GewO unberührt bleiben⁹⁰. Im Gesetzeswortlaut schlägt sich dies nicht nieder. Tatsächlich weicht § 611a BGB von § 106 GewO ab. Danach kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort

und Zeit der Arbeitsleistung, Ordnung und Verhalten im Betrieb nach billigem Ermessen näher bestimmen. Nach § 611a Abs. 1 S. 2 BGB soll sich das Weisungsrecht auf „Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit“ beziehen. Trotz Hinweises im Gesetzgebungsverfahren⁹¹ bleibt ungeklärt, warum es einer erneuten, abweichenden Festlegung bedurfte und inwiefern Unterschiede bestehen⁹².

Eindeutiger ist dagegen das Verhältnis von § 611a BGB zu den §§ 84 ff HGB, insb. zum § 84 Abs. 1 S. 2 HGB. Die Vorschrift wurde früher schon unmittelbar nur auf Handels-, Versicherungs- und Bausparvertreter angewandt. Im Übrigen wurde die Vorschrift ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen, der als Anhaltspunkt für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigen diene⁹³. Dies ist jetzt überflüssig, da § 611a Abs. 1 S. 3 BGB an die Stelle des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB tritt⁹⁴.

Dennoch wird das einseitige Abstellen auf das Weisungsrecht kritisiert. Zum einen finden sich Weisungsrechte bzw. Abhängigkeiten auch in anderen Verhältnissen als Arbeitsverhältnissen⁹⁵, namentlich im Werkvertrag. Dort ist nicht nur in § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ein Weisungsrecht ausdrücklich geregelt, Werkverträge sind darüber hinaus häufig durch Festlegung von Ort und Zeit geprägt: Die Wand kann nur dort gestrichen werden, wo sie steht; ein Sonnenaufgang kann nicht mittags fotografiert werden⁹⁶. Zudem verlieren die Bestimmung von Ort und Zeit durch die Flexibilisierung und Dynamisierung des Arbeitsmarktes⁹⁷ – insoweit seien nur die Stichworte Home Office und Gleitzeit genannt – mehr und mehr an Bedeutung. Zum anderen passt das von einem Subordinationsverhältnis ausgehende Weisungsrecht nicht in Zeiten zunehmender Kooperation: Arbeitgeber tendieren verstärkt zu freiwilligen Absprachen, statt den Arbeitnehmern etwas vorzuschreiben⁹⁸.

Überdies wird kritisiert, dass europarechtliche Entwicklungen nicht berücksichtigt wurden⁹⁹. Wie jedoch oben bereits gesehen, gibt es keinen einheitlichen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, sondern dieser variiert je nach Verwendungskontext. Daher wäre es wohl wenig zielführend gewesen, die vom EuGH herangezogenen Kriterien auch noch in den § 611a BGB zu integrieren. Gleichwohl verwundert, dass in der Gesetzesbegründung nur die Rede davon ist, dass „[s]oweit andere Rechtsvorschriften eine abweichende Definition des Arbeitnehmers, des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses vorsehen, um einen engeren oder weiteren Geltungsbereich dieser Rechtsvorschriften festzulegen, bleiben diese unberührt“¹⁰⁰. Es bleibt wohl dabei, dass man sich für die exakte Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs, wie er zur Umsetzung der verschiedenen europäischen Richtlinien verwandt wurde, weiterhin mit dem Instrument der unionsrechtskonformen

⁸¹ Junker NZA 2016, 184, 190 ff.

⁸² Zum Betriebsübergang siehe vertiefend Junker (Fn. 1), Rn. 133 ff.; Dütz/Thüsing (Fn. 30), § 10 Rn. Rn. 516; Waltermann (Fn. 14), § 19 Rn. 405 ff.; Reichold (Fn. 4), § 2 Rn. 5a ff.

⁸³ Vgl. Fn. 1 Schüren/Fasholz, NZA 2015, 1473.

⁸⁴ Bauschke öAT 2016, 69 (71).

⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 4; BT-Drs. 18/10064, S. 4.

⁸⁶ Richardi NZA 2017, 36, 36; Baeck/Winzer/Hies NZA 2016, 415, 418; Thüsing NZA 2015, 1478, 1479; Leister, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge: Eine Reform, die keine ist, http://www.lto.de/persistent/a_id/19763/ (zuletzt abgerufen am 20.07.2017).

⁸⁷ Baeck/Winzer/Hies NZA 2016, 415, 416.

⁸⁸ Baeck/Winzer/Hies NZA 2016, 415, 418.

⁸⁹ Zaumseil (Fn. 52).

⁹⁰ BT-Drs. 18/9232, S. 31 f.

⁹¹ BT-Drs. 10/10064, S. 12.

⁹² Bauschke öAT 2016, 69, 70; Baeck/Winzer/Hies NZA 2016, 415, 416.

⁹³ Junker (Fn. 1), Rn. 98; Reichold (Fn. 4), § 2 Rn. 16.

⁹⁴ Reinecke NZA-RR 2016, 393, 395.

⁹⁵ Richardi NZA 2017, 36, 39.

⁹⁶ Thüsing NZA 2015, 1478, 1479.

⁹⁷ Schüren/Fasholz NZA 2015, 1473, 1477.

⁹⁸ Richardi NZA 2017, 36, 39.

⁹⁹ Bauschke öAT 2016, 69, 69; Zaumseil (Fn. 52).

¹⁰⁰ BT-Drs. 18/9232, S. 31; Hervorhebung nicht im Original.

Auslegung, die auch die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt, wird behelfen müssen¹⁰¹. Dieses Schicksal wird Studenten jedoch selten in der staatlichen Pflichtfachprüfung ereilen. Auch insoweit hat sich durch die Einführung des § 611a BGB nichts geändert.

Wird in der Literatur von dem europäischen Arbeitnehmerbegriff gesprochen, ist genau auf den Verwendungskontext zu achten.

VII. Fazit

Mit der Einführung des § 611a BGB gingen inhaltlich keine Änderung des Arbeitnehmerbegriffs einher. Die vom Gesetzgeber anvisierte Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wurde nicht geschaffen. Ob Praktiker das freut, mögen sie selber beurteilen, sie stehen jedenfalls vor den gleichen Abgrenzungsproblemen wie bisher.

Für den Studenten ist vor allem wichtig zu wissen, dass § 611a BGB existiert. So sollte in Prüfungen als Rechtsgrundlage des Arbeitsvertrags richtigerweise § 611a BGB statt wie bisher § 611 BGB herangezogen werden. Vorteilhaft ist auch, dass die maßgeblichen Kriterien aus der Rechtsprechung des BAG nunmehr normiert sind. Auch sollten § 84 Abs. 1 S. 2 HGB für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigen nur noch im unmittelbaren Anwendungsbereich der

Norm, also für Handelsvertreter, herangezogen werden. Für die Abgrenzung bei anderen Berufsgruppen ist nunmehr der § 611a BGB heranzuziehen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers sollte nicht mehr in § 106 GewO, sondern in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB verortet werden.

In der Sache bleibt jedoch die in der Falllösung zu leistende Subsumtionsarbeit die gleiche. Da es nach wie vor auf eine Gesamtabwägung der Umstände im Einzelfall ankommt, müssen alle Angaben des Sachverhalts ausgewertet werden. Die maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung der Unselbstständigkeit sind nach wie vor die Weisungsunterworfenheit und die Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation.

Für den mündlichen Teil der staatlichen Pflichtfachprüfung könnte die Einführung des § 611a BGB allerdings willkommener Anlass sein, mit einem aktuellen Bezug in das Arbeitsrecht einzusteigen.

** Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Philipps Universität Marburg bei Prof. Dr. Hans-Detlef Horn.*

¹⁰¹ BeckOGK-Matthes § 611a Rn. 55; Lunk NZA 2015, 1480, 1481; Matthes (Fn. 32), Rn. 4; Lieb/Jacobs (Fn. 1), § 1 Rn. 42.