

Leseprobe zu



Preis/Temming

Arbeitsrecht

Individualarbeitsrecht - Lehrbuch für Studium und Praxis

6. neu bearbeitete Auflage, 2019, 792 Seiten, broschiert, Lehrbuch / Studienbuch, 170x240 mm

ISBN 978-3-504-42022-2

49,80 €

Vorwort

Nachdem die 5. Auflage schnell vergriffen war, musste zügig eine Neuauflage vorbereitet werden. Die 6. Auflage bringt das Lehrbuch auf den aktuellen Stand. Als Mitautor konnte Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M (LSE), Leibniz Universität Hannover, gewonnen werden.

Der Gesetzgeber war in der 18. Legislaturperiode besonders aktiv. In der aktuellen 19. Legislaturperiode hat er ebenfalls weiter Reformbereitschaft erkennen lassen: Zu nennen sind das Gesetz zur Brückenteilzeit und das Geschäftsgeheimnisgesetz. Diese Neuerungen waren einzuarbeiten. Überdies wurden die in der 18. Legislaturperiode verabschiedeten Änderungsgesetze (Arbeitnehmerüberlassungsrecht, Einführung des § 611a BGB, Reform des Mutterschutzrechts, BEEG, FPfZG, Mindestlohngesetz, Datenschutzgrundverordnung) vertieft und erste Rechtsprechung verarbeitet. Die Rechtsprechung versucht nach wie vor, dem Arbeitsrecht ein in sich stimmiges Gesamtgerüst zu verschaffen. Intensive Rechtsprechungstätigkeit war auf dem Gebiet des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), des Urlaubsrechts und im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen festzustellen. Besonderer Beachtung bedarf ferner die Rechtsprechungsentwicklung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).

Das bewährte Konzept ist beibehalten worden. Redaktionell hat eine Verdichtung des Textes stattgefunden, um inhaltlich keine Kompromisse machen zu müssen. Gleichzeitig ist die Auffindbarkeit der Rechtsprechung verbessert worden, indem durchgängig Aktenzeichen und eine verbreitete Fundstelle angegeben werden. Zu diesem systematischen Lehrbuch ist ein Klausurenband (Autoren Preis/Seiwerth) erschienen.

Wir sind davon überzeugt, dass das vorliegende Buch – gemeinsam mit den zweiten Band, der das kollektive Arbeitsrecht und das Arbeitsgerichtsverfahren enthält –, insbesondere auch für die Grundausbildung künftiger Fachanwälte für Arbeitsrecht geeignet ist.

Zu danken haben wir den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unserer Lehrstühle des Instituts, namentlich Malek Said und Katharina Schwarz (beide Köln) sowie Kristin Haase und Sarah Romero Holanda (beide Hannover).

Das Werk gibt den Rechtsstand zum 31.8.2019 wieder.

Die Verfasser freuen sich über Kritik und Verbesserungsvorschläge der Nutzer, zu richten an den Verlag unter lektorat@otto-schmidt.de.

Köln/Hannover, im August 2019

Ulrich Preis, Felipe Temming

Aus dem Vorwort zur 3. Auflage 2009

Das im Jahre 1999 und in 2. Auflage im Jahre 2003 erschienene Lehrbuch zum Individualarbeitsrecht in schriftlicher und multimedialer Aufbereitung ist von den Nutzern sehr freundlich aufgenommen worden. Die Neuauflage ist nach umfangreichen Rechtsänderungen in Gesetzgebung und Literatur notwendig geworden. Besondere Schwerpunkte der Neuauflage bilden die Rechtsänderungen im Bereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und der Inhaltenkontrolle von Arbeitsverträgen. Zeitgleich erscheint in einem zweiten Band das Praxis-Lehrbuch zum Kollektivarbeitsrecht in zweiter Auflage. Die Werke bauen aufeinander auf und beruhen auf einem Gesamtkonzept, das in der Gliederungssystematik zum Ausdruck kommt.

Das Werk verfolgt insbesondere das Ziel, Studierenden der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft, aber auch ausgebildeten Juristen, die sich in die Materie des Arbeitsrechts berufsbedingt einarbeiten müssen, das zur Verfügung zu stellen, was sie zur vertieften Bewältigung des Stoffes brauchen. Dabei erlaubt die Struktur des Werkes sowohl dem Anfänger die Einarbeitung in das Arbeitsrecht, bietet aber auch den Studenten mit dem Schwerpunkt Arbeitsrecht die geeignete Grundlage für tiefgehende Fragestellungen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts.

Das Lehrbuch hat den Anspruch, dem Nutzer die Lösung der wesentlichen Grundfragen des Arbeitsrechts zu ermöglichen. Das hat zur Folge, dass die gesamte Rechtsprechung zum Arbeitsrecht ausgewertet und auf den wesentlichen Kern reduziert werden musste. Das bedeutet in Zahlen: Von rund 30.000 veröffentlichten Entscheidungen des BAG wurden knapp 3.000 Entscheidungen verarbeitet.

In Weiterentwicklung der Voraufgabe wurde auf die methodische Vertiefung Wert gelegt. Ohne methodisches Rüstzeug können der Einfluss des Verfassungsrechts und des Europarechts sowie die Folgen einer immer stärkeren Rechtszersplitterung juristisch nicht mehr bewältigt werden. Ob der Versuch der Synthese zwischen Verständlichkeit und praktischer Verwendbarkeit gelungen ist, mögen die Leser beurteilen.

Der bisweilen stark anschwellende Fußnotenapparat in Lehrbüchern wird von Lesern nur selten genutzt. Aus diesem Grunde wird versucht, bei der Literaturauswahl derart zu unterstützen, dass zu dem jeweiligen Abschnitt ausgewählte Aufsatzzliteratur zitiert wird, die der interessierte Leser zur Problemvertiefung nachlesen kann. Im Arbeitsrecht ist die Lektüre von Entscheidungen des BAG von wesentlicher Bedeutung. Aus diesem Grunde werden in dem Lehrtext oftmals auszugsweise Originalzitate zur Verfügung gestellt. Der Text wird zur Veranschaulichung vielfach aufgelockert durch Beispiele- und Übungsfälle sowie Übersichten und Prüfungsschemata.

Abgesehen wurde aus wirtschaftlichen Gründen von einer Neuauflage der Lehrbücher mit ergänzender CD. Obwohl gerade dieser Aspekt als die große Innovation der Lehrbücher angesehen wurde, hat sich im Marktverhalten der Nutzer gezeigt, dass in erster Linie auf das geschriebene Wort Wert gelegt wurde. Die CD wurde als eigenständiges Produkt kaum nachgefragt. Der Erstellungsaufwand ist jedoch für Lehrstuhl und Verlag so hoch, dass eine Fortführung des Konzepts nicht mehr vertretbar erschien.

Der hauptsächliche Vorteil der CD, nämlich Gesetzestexte und Urteile verfügbar zu haben, ist durch einschlägige, frei zugängliche Angebote im Internet weitgehend gewährleistet. Die einschlägigen Gesetzestexte sind im Internet unter <http://bundesrecht.juris.de> stets in aktuellster Fassung verfügbar. Urteile des Bundesarbeitsgerichts sind im Volltext der letzten vier Jahre erhältlich (www.bundesarbeitsgericht.de). Ältere Entscheidungen sind über einschlägige, zumeist kostenpflichtige Datenbanken erhältlich, sie sind zum Teil aber auch im Internet erhältlich.

Köln, im Januar 2009

Ulrich Preis

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	V
Aus dem Vorwort zur 3. Auflage 2009	VI
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXXI

Erster Teil: Einführung

§ 1 Begriff und Struktur des Arbeitsrechts	1
I. Begriff	1
II. Struktur	1
III. Stellung des Arbeitsrechts im Rechtssystem	2
IV. Überblick über die arbeitsrechtlichen Gesetze	3
V. Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts	7
§ 2 Überblick über die Literatur im Arbeitsrecht	8
I. Gesetzesammlungen	8
II. Lehrbücher	8
III. Fallsammlungen	9
IV. Nachschlagewerke und Kommentare	10
V. Entscheidungssammlungen	11
VI. Zeitschriften	11
§ 3 Praktische Bedeutung des Arbeitsrechts	12
I. Empirisches	12
II. Wirtschafts- und sozialpolitische Bedeutung	13
§ 4 Überblick über die Geschichte des Arbeitsrechts	13
§ 5 Methodische Grundfragen des Arbeitsrechts	18
I. Einführung	19
II. Rechtsquellenvielfalt	20
III. Auslegung partikularer und widersprüchlicher Gesetze	21
IV. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe	21
V. Rechtsfortbildung und Richterrecht	23

Zweiter Teil: Grundbegriffe des Arbeitsrechts

1. Abschnitt: Das Arbeitsverhältnis	26
§ 6 Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis	26
I. Begriffe	26
II. Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis	26

Inhaltsverzeichnis

	Seite
III. Rechtsnatur des Arbeitsverhältnisses	27
§ 7 Der Arbeitgeber	27
I. Begriff des Arbeitgebers	28
II. Voraussetzungen der Arbeitgebereigenschaft	29
III. Funktionen des Arbeitgebers	30
IV. Prozessuale Bedeutung der Arbeitgebereigenschaft	30
§ 8 Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff	31
I. Einleitung und Bedeutung	31
II. Die Definition des Arbeitsvertrages	33
III. Vertiefungsproblem: Arbeitnehmer und Verbraucherschutzrecht	53
§ 9 Besondere Arbeitnehmergruppen und arbeitnehmerähnliche Personen	57
I. Arbeiter und Angestellte	57
II. Leitende Angestellte	58
III. Arbeitnehmerähnliche Personen	60
IV. Zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte	63
V. Vertiefungsproblem: Praktikantenverträge	64
VI. Vertiefungsproblem: sog. Ein-Euro-Jobber	67
§ 10 Arten des Arbeitsverhältnisses	68
I. Das sog. „Normalarbeitsverhältnis“	68
II. Teilzeitarbeitsverhältnisse	68
III. Befristetes Arbeitsverhältnis	69
IV. Probearbeitsverhältnis	70
V. Aushilfsarbeitsverhältnis	71
VI. Leiharbeitsverhältnis	71
VII. Mittelbares Arbeitsverhältnis	76
VIII. Gruppenarbeitsverhältnis	77
§ 11 Bezugspunkte arbeitsrechtlicher Regelungen	77
I. Betrieb	77
II. Unternehmen – Unternehmer	80
III. Konzern	81
§ 12 Interessenvertretungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern	83
I. Gewerkschaften	83
II. Arbeitgeberverbände	84
III. Aufgaben der Koalitionen	84
IV. Betriebsrat	85
2. Abschnitt: Die Rechtsquellen des Arbeitsrechts	85
§ 13 Allgemeines	85
§ 14 Supranationales und internationales Arbeitsrecht	86
I. Recht der Europäischen Union	87
II. Allgemeine völkerrechtliche Verträge	114
III. Internationales Privatrecht	116
§ 15 Verfassungsrecht	120
I. Bedeutung des Grundgesetzes für das Arbeitsrecht	120
II. Einwirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht	121
III. Einzelne Grundrechte	128

	Seite
§ 16 Gesetze und untergesetzliche Normen	149
I. Gesetze	149
II. Rechtsverordnungen	151
III. Satzungsrecht	151
§ 17 Kollektivverträge	152
I. Tarifvertrag	152
II. Betriebsvereinbarung	154
§ 18 Regelungen auf arbeitsvertraglicher Ebene	155
I. Einleitung	155
II. Einzelarbeitsvertrag	156
III. Vorformulierte Arbeitsbedingungen	156
IV. Gesamtzusage	157
V. Konkludente Vertragsänderung („Betriebliche Übung“)	157
VI. Direktionsrecht	164
§ 19 Rangfolge und Verhältnis der Rechtsquellen	169
I. Einleitung	169
II. Das Rangprinzip	169
III. Das Günstigkeitsprinzip	171
IV. Das Ordnungs-, Spezialitäts- und Mehrheitsprinzip	173

Dritter Teil: Begründung des Arbeitsverhältnisses

§ 20 Vertragsanbahnung	174
I. Stellenausschreibung	175
II. Vorstellungskosten	177
III. Fragerechte und Offenbarungspflichten	178
IV. Einstellungsuntersuchung und Einstellungstests	187
V. Beteiligung des Betriebsrats	190
§ 21 Sonstige vorvertragliche Pflichten	191
I. Pflichten des Arbeitgebers	191
II. Pflichten des Arbeitnehmers	192
III. Rechtsfolgen	192
§ 22 Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses	193
I. Abschluss des Arbeitsvertrags	193
II. Sonderformen der Begründung eines Arbeitsverhältnisses	198
III. Abschlussfreiheit und Abschlussgebote	199
IV. Abschluss- und Beschäftigungsverbote	203
§ 23 Mängel des Arbeitsverhältnisses	205
I. Nichtigkeitsgründe	206
II. Rechtsfolge: Nichtigkeit	212

Vierter Teil: Inhalt des Arbeitsverhältnisses

1. Abschnitt: Allgemeines	215
§ 24 Der Arbeitsvertrag als gegenseitiger Vertrag	215
§ 25 Schranken der Inhaltsfreiheit	215
I. Verbotsgesetze (Arbeitnehmerschutz)	216
II. Verbot der Gesetzesumgehung (§ 134 BGB)	218
III. Verbot der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB, § 612a BGB)	218
IV. Inhaltskontrolle (§§ 305 ff. BGB)	219
V. Billigkeitskontrolle (§ 106 GewO)	231
2. Abschnitt: Pflichten des Arbeitnehmers	232
§ 26 Hauptpflicht des Arbeitnehmers: Arbeitsleistung	233
I. Schuldner der Arbeitsleistung (§ 613 S. 1 BGB)	233
II. Gläubiger der Arbeitsleistung (§ 613 S. 2 BGB)	234
III. Inhalt der Arbeitspflicht	234
§ 27 Nebenpflichten des Arbeitnehmers	249
I. Rechtsgrundlagen der Nebenpflichten	250
II. Einzelne Nebenpflichten	251
3. Abschnitt: Pflichten des Arbeitgebers	264
§ 28 Entgeltzahlungspflicht	265
I. Allgemeines	266
II. Einzelheiten zur Höhe des regelmäßigen Arbeitsentgelts	269
III. Zahlung des Arbeitsentgelts	280
IV. Entgeltschutz und Entgeltsicherung	283
V. Ausgleichszahlungen aus § 670 BGB (analog)	286
§ 29 Sondervergütungen	286
I. Begriff	287
II. Anspruchsvoraussetzungen	290
III. Ausschluss und Kürzung des Anspruchs	291
IV. Rückzahlungsklauseln	295
§ 30 Betriebliche Altersversorgung	296
I. Allgemeines	297
II. Widerruf von Versorgungsversprechen	299
III. Unverfallbarkeit, Insolvenzschutz und Rentenanpassung	300
§ 31 Beschäftigungspflicht	301
I. Rechtsgrundlagen der Beschäftigungspflicht	301
II. Durchbrechung der Beschäftigungspflicht	302
III. Ausprägungen der Beschäftigungspflicht	303
§ 32 Pflicht zur Gleichbehandlung und Antidiskriminierung: Überblick	304
I. Überblick	304
II. Gleichbehandlung, Gleichstellung und/oder Diskriminierung	305
§ 33 Der Gleichbehandlungsgrundsatz	308
I. Der unionsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	308

	Seite
II. Der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz	309
§ 34 Antidiskriminierung	318
I. Unionsrechtliche Vorgaben	318
II. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	319
III. Schutz vor Diskriminierung in atypischen Arbeitsverhältnissen	366
§ 35 Beschäftigtendatenschutz	377
I. Das BDSG im Überblick	377
II. Einzelfälle	379
§ 36 Ermöglichung der Fortbildung	383
I. Freistellung zum Zweck der Fortbildung	383
II. Rückzahlung von Fortbildungskosten	384
§ 37 Weitere Nebenpflichten des Arbeitgebers	387
I. Grundlage der Arbeitgebernebenpflichten	387
II. Schutzpflichten des Arbeitgebers	388
III. Förderungspflichten	395
IV. Pflicht zur Gleichbehandlung	396
§ 38 Werkwohnung	396
I. Allgemeines	396
II. Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats	397
III. Die Rechtslage bei Werkmietwohnungen	397
IV. Das Werkdienstwohnungsverhältnis	399
4. Abschnitt: Vertragsänderungen und Teilzeitarbeit	400
§ 39 Änderung und Befristung einzelner Arbeitsbedingungen	400
I. Änderung ohne vertragliche Vorbehalte	401
II. Änderungsvorbehalte im Vertrag	402
§ 40 Teilzeitarbeit	411
I. Arten von Teilzeitarbeit	412
II. Diskriminierungsverbote und Förderung von Teilzeitarbeit	422
III. Rechtsanspruch auf Teilzeitarbeit	423
5. Abschnitt: Nichtleistung des Arbeitnehmers und Lohnfortzahlung	430
§ 41 Einführung	430
§ 42 Lohnzahlung bei Nichtleistung der Arbeit	432
I. Allgemeines	432
II. Ausschluss der Leistungspflicht	432
III. Rechtsfolgen des Ausschlusses der Leistungspflicht	433
§ 43 Annahmeverzug des Arbeitgebers	435
I. Allgemeines	436
II. Abgrenzung zur Unmöglichkeit	436
III. Voraussetzungen des Annahmeverzugs	438
IV. Rechtsfolgen des Annahmeverzugs	441
V. Beendigung des Annahmeverzugs	443
§ 44 Die Betriebsrisikolehre	444
I. Die Verteilung des Betriebsrisikos	444
II. Rechtsfolge	446

Inhaltsverzeichnis

	Seite
III. Ausnahmen von der Betriebsrisikolehre	446
§ 45 Arbeitsverhinderung aus persönlichen Gründen (§ 616 BGB)	446
I. Allgemeines	447
II. Anspruchsvoraussetzungen des § 616 BGB	447
III. Rechtsfolgen	449
IV. Abdingbarkeit	450
§ 46 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	450
I. Allgemeines	451
II. Anspruchsvoraussetzungen des § 3 EFZG	452
III. Anspruchshindernisse	455
IV. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit	457
V. Rechtsfolge: Entgeltfortzahlungsanspruch	460
§ 47 Erholungsurlaub	464
I. Allgemeines	465
II. Anspruchsvoraussetzungen	465
III. Dauer des Erholungsurlaubs	468
IV. Erfüllung des Urlaubsanspruchs	470
V. Abgeltungsanspruch	477
VI. Urlaubsentgelt	480
§ 48 Entgeltfortzahlung an Feiertagen	481
I. Allgemeines	482
II. Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 EFZG	482
III. Höhe der Feiertagsvergütung	485
IV. Ausschluss des Anspruchs	485
§ 49 Mutterschutz	486
I. Allgemeines	487
II. Die Regelungen des MuSchG	487
§ 50 Elterngeld, Elternzeit und Pflegezeit	492
I. Die Regelungen des BEEG	492
II. Elterngeldanspruch	493
III. Elternzeit	493
IV. Pflegezeit	495
6. Abschnitt: Aufwendungsersatz und Schadensausgleich	499
§ 51 Ersatz von Auslagen	499
§ 52 Haftung des Arbeitnehmers für Sach- und Personenschäden	501
I. Haftung gegenüber dem Arbeitgeber	502
II. Haftung gegenüber Dritten	506
III. Mankohaftung	510
§ 53 Haftung des Arbeitgebers und Eigenschäden des Arbeitnehmers	512
I. Vertragliche Ansprüche	513
II. Deliktische Ansprüche und Gefährdungshaftung	513
III. Besonderheiten bei Personenschäden des Arbeitnehmers	514
IV. Verschuldensunabhängiges Eintreten für Eigenschäden des Arbeitnehmers an Sachen	515

	Seite
7. Abschnitt: Schlechtleistung des Arbeitnehmers	516
§ 54 Schlechtleistung des Arbeitnehmers	516
I. Verletzung der Hauptpflicht	517
II. Verletzung von Nebenpflichten	520
Fünfter Teil: Beendigung des Arbeitsverhältnisses	
1. Abschnitt: Möglichkeiten der Beendigung	522
I. Beendigungsmöglichkeiten ohne Kündigung	522
II. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten und Maßnahmen	523
2. Abschnitt: Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigung	524
§ 55 Einführung	524
I. Der Bestandsschutz von Arbeitsverhältnissen in einer sozialen Marktwirtschaft	524
II. Begriff der Kündigung	526
§ 56 Wirksame Kündigungserklärung	527
I. Inhaltliche Anforderungen	528
II. Form	529
III. Kündigungsberechtigter	532
IV. Zugang der Kündigungserklärung	533
§ 57 Klagefrist (§§ 4-7 KSchG)	538
I. Bedeutung	539
II. Eingreifen der Präklusion	539
III. Voraussetzungen	541
IV. Rechtsfolgen	542
§ 58 Allgemeine Unwirksamkeitsgründe und besondere Kündigungsverbote	542
I. Einführung	543
II. Allgemeine Unwirksamkeitsgründe	544
III. Gesetzliche Kündigungs- und Benachteiligungsverbote	546
IV. Präventive gesetzliche Kündigungsbeschränkungen	551
V. Grundrechtliche Schranken	560
VI. Einzel- und tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen	561
VII. Anfechtung der Kündigungserklärung	563
3. Abschnitt: Ordentliche Kündigung	565
§ 59 Kündigungsfristen	565
I. Allgemeines	565
II. Gesetzliche Kündigungsfristen	565
III. Tarifliche Kündigungsfristen	567
IV. Einzelvertragliche Kündigungsfrist	568
V. Berechnung der Kündigungsfrist	569
§ 60 Geltungsbereich des KSchG	571
I. Allgemeines	571
II. Arbeitnehmer	571

Inhaltsverzeichnis

	Seite
III. Sechsmonatige Beschäftigung	572
IV. Betriebsgröße	573
§ 61 Sozialwidrigkeit der Kündigung – Allgemeines	576
I. Kündigungsgründe des § 1 KSchG	577
II. Beurteilungszeitpunkt; Prognoseprinzip	578
III. Ultima-Ratio-Prinzip	579
IV. Interessenabwägung	585
V. Abgrenzung der Kündigungsgründe	586
VI. Einhaltung der Klagefrist	586
§ 62 Betriebsbedingte Kündigung	587
I. Allgemeines	587
II. Voraussetzungen der Kündigung	587
III. Abfindungsanspruch (§ 1a KSchG)	604
§ 63 Personenbedingte Kündigung	608
I. Voraussetzungen der Kündigung	608
II. Einzelne personenbedingte Kündigungsgründe	610
III. Vertiefungsproblem: Die krankheitsbedingte Kündigung	613
IV. Vertiefungsproblem: Sonderfälle der personenbedingten Kündigung	620
§ 64 Verhaltensbedingte Kündigung	622
I. Voraussetzungen der Kündigung	622
II. Darlegungs- und Beweislast	634
4. Abschnitt: Außerordentliche Kündigung	635
§ 65 Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung	635
I. Allgemeines	635
II. Allgemeine Wirksamkeitsvoraussetzungen	636
III. Wichtiger Kündigungsgrund	636
IV. Kündigungsgründe des Arbeitgebers	639
V. Kündigungsgründe des Arbeitnehmers	644
VI. Ausschlussfrist (§ 626 Abs. 2 BGB)	645
VII. Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer	646
5. Abschnitt: Änderungskündigung	648
§ 66 Voraussetzungen der Änderungskündigung	648
I. Begriff und Funktion	648
II. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers	650
III. Sozialwidrigkeit einer Änderungskündigung	650
6. Abschnitt: Weiterbeschäftigteanspruch	659
§ 67 Besonderer und allgemeiner Weiterbeschäftigteanspruch	659
I. Allgemeines	659
II. Betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigteanspruch	660
III. Allgemeiner Weiterbeschäftigteanspruch	660

	Seite
7. Abschnitt: Sonstige Beendigungstatbestände	661
§ 68 Befristung und auflösende Bedingung	662
I. Arten der Befristung	663
II. Zulässigkeit der Befristung	664
III. Schriftformerfordernis	685
IV. Beendigung befristeter Arbeitsverhältnisse	688
V. Rechtsfolgen unwirksamer Befristung	689
VI. Auflösende Bedingung	690
VII. Gesetzliche Sonderbefristungstatbestände	693
VIII. Gerichtliches Verfahren	696
IX. Information und Weiterbildung	697
§ 69 Weitere Beendigungstatbestände	698
I. Aufhebungsvertrag	698
II. Anfechtung und Nichtigkeit	704
III. Wegfall der Geschäftsgrundlage	705
IV. Tod des Arbeitnehmers	705
8. Abschnitt: Pflichten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses	706
§ 70 Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers	706
I. Pflichten des Arbeitgebers	706
II. Pflichten des Arbeitnehmers	711
 Sechster Teil:	
Wechsel des Betriebsinhabers	
§ 71 Betriebsübergang gemäß § 613a BGB	713
I. Sinn und Zweck des § 613a BGB	713
II. Voraussetzungen des Betriebsübergangs	715
III. Rechtsfolgen des Betriebsübergangs	723
§ 72 Umwandlungsrecht	736
I. Regelungsgegenstand des Umwandlungsgesetzes	736
II. Arbeitsrechtliche Regelungen des Umwandlungsgesetzes	738
 Stichwortverzeichnis	743

Erster Teil: Einführung

§ 1 Begriff und Struktur des Arbeitsrechts

I. Begriff

Arbeitsrecht ist das Recht für abhängig Beschäftigte (**Arbeitnehmer**). Es ist kein in sich geschlossenes Rechtsgebiet, vielmehr gehört zu ihm eine Vielzahl europarechtlicher, verfassungsrechtlicher, privatrechtlicher, öffentlich-rechtlicher und kollektivrechtlicher Normen. Diese Normen dienen primär einem **Ziel: dem Schutz der Arbeitnehmer** im bestehenden Arbeitsverhältnis. 1

Der **Schutzgedanke des Arbeitsrechts** röhrt aus der einfachen Grunderkenntnis, dass der abhängig Beschäftigte lediglich seine Arbeitskraft einsetzen kann, um seine Existenz zu sichern. Er unterwirft sich der Weisung des Arbeitgebers; neben einem Vollzeitarbeitsverhältnis besteht im Normalfall keine weitere Möglichkeit, Arbeitskraft sinnvoll unternehmerisch einzusetzen. Die moderne Arbeitswelt fordert von den Beschäftigten eine hohe Flexibilität, die trotz reduzierter Regelarbeitszeit vielfach eine weitreichende Verfügbarkeit für den Arbeitgeber mit sich bringt. Der Verlust des Arbeitsplatzes bedeutet in der Regel Existenzgefahr, weil ein auskömmliches Leben durch sozialrechtliche Transferleistungen auf Dauer nicht gesichert ist. Das Arbeitsrecht schützt also den Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis vor Benachteiligung und gesundheitlicher Gefährdung ebenso wie vor unvermitteltem Arbeitsplatzverlust. 2

II. Struktur

Das Arbeitsrecht i.e.S. gliedert sich in das **Individualarbeitsrecht**, das Arbeitsschutzrecht und das Kollektivarbeitsrecht. Zum Individualarbeitsrecht gehören die Regeln über **Anbahnung, Inhalt, Übergang und Beendigung des Arbeitsverhältnisses**. Ausgangspunkt ist der Abschluss eines Arbeitsvertrages (§ 611a BGB) als einer der kodifizierten Schuldvertragstypen des BGB. 3

Die Regelungen des BGB gehen von dem **Grundsatz der Vertragsfreiheit** aus (Rz. 977). Dieser gilt auch im Arbeitsvertragsrecht. Die Vertragsfreiheit verwirklicht sich als verfassungsrechtlich geschütztes Freiheitsrecht in einer liberalen Rechtsordnung jedoch nur dann funktionsgerecht, wenn sich zwei wirtschaftlich gleich starke Partner gegenüberstehen. Ein echtes Aushandeln der Vertragsbedingungen ist jedoch unwahrscheinlich, wenn der Vertragspartner, der seine Arbeitsleistung anbietet, dringend auf eine Beschäftigung angewiesen ist, um seinen Lebensunterhalt zu sichern. 4

Aus diesem Grunde ist die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses durch zahlreiche Schutzgesetze zwingend geregelt (z.B. Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen im EFZG, Arbeitszeit im ArbZG, Erholungsurlaub im BUrgG). Wo keine speziellen zwingenden Schutzgesetze vorliegen, unterliegt der Arbeitsvertrag unter den Voraussetzungen der §§ 305 ff. BGB einer **weitreichenden unabdingbaren Inhaltskontrolle**. 5

Neben das Individualarbeitsrecht tritt das **kollektive Arbeitsrecht**. Dazu zählen die Rechtsbeziehungen der arbeitsrechtlichen Koalitionen (Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Arbeitgeber) und Betriebschaftsvertretungen (Betriebsräte, Sprecherausschüsse, Personalräte) sowohl zu ihren Mitgliedern als auch untereinander. Hier geht es etwa um **Fragen des Tarifrechts, des Arbeitskampfrechts und** 6

des Betriebsverfassungsrechts (siehe hierzu ausführlich im Band „Kollektivarbeitsrecht“ unter §§ 86 ff. bzw. Rz. 222 ff.).

- 7 Auch diese Regelungen dienen dazu, das **Machtungleichgewicht** zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber auszugleichen und die Arbeitsbeziehungen auf eine Grundlage zu stellen, die für alle Beteiligten ein ausreichendes Maß an Sicherheit bietet. Das kollektive Arbeitsrecht enthält deshalb insbesondere Regelungen und Rechtsgrundsätze, die Voraussetzungen und Grenzen des Tätigwerdens von **Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden, einzelnen Arbeitgebern und Betriebsräten** festlegen.
- 8 Durch Tarifvertragsparteien werden **Tarifverträge** (Rz. 653) ausgehandelt, die bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen auf das einzelne Arbeitsverhältnis einwirken, wie etwa zu Fragen der Lohnhöhe. Auch die **Betriebsvereinbarungen** (Rz. 665) zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat wirken auf das Arbeitsverhältnis ein. Gesetzliche Grundlagen dieser Kollektivverträge sind im TVG und im BetrVG geregelt. Kollektivverträge können den Arbeitsvertragsinhalt mit unmittelbarer und zwingender Wirkung gestalten.
- 9 Teilweise stellt der Staat den **gesetzlichen Schutz** der Arbeitnehmer vor Gefahren am Arbeitsplatz durch Aufsicht und Zwang selbst sicher und überlässt die Geltendmachung von Rechten nicht dem Arbeitnehmer und seinen Schutzvertretungen. Insoweit spricht man von **Arbeitsschutzrecht** im engeren Sinne, z.B. dem Jugendarbeitsschutzgesetz, dem Mutterschutzgesetz und dem Schwerbehindertenrecht (SGB IX).
- 10 Das Bild bliebe unvollständig, wenn man nicht auch noch berücksichtigen würde, dass das **Sozialrecht und das Arbeitsrecht eng ineinandergreifen**. So hängen etwa Kündigungsschutz und die Bedingungen über die Gewährung von Arbeitslosengeld eng miteinander zusammen.
- 11 Die **effektive gerichtliche Durchsetzung** der Rechte der Arbeitsvertragsparteien wird durch das Arbeitsverfahrensrecht gesichert. Dabei trifft das ArbGG spezielle Regelungen; subsidiär gelten die Vorschriften der ZPO und des GVG (siehe im Band „Kollektivarbeitsrecht“ unter §§ 174 ff. bzw. Rz. 2911 ff.).

III. Stellung des Arbeitsrechts im Rechtssystem

- 12 Aus dem vorstehenden kurorischen Überblick ergibt sich, dass das Arbeitsrecht keinen festen systematischen Standort im Rechtssystem hat. Hauptgrund hierfür ist, dass – anders als das Sozialgesetzbuch im Sozialrecht – ein einheitliches Arbeitsgesetzbuch, in dem alle Vorschriften des Individual- und Kollektivarbeitsrechts kodifiziert sind, nicht existiert. Es fehlt sogar an einem einheitlichen Arbeitsvertragsrecht (Rz. 377). Vielmehr sind die unterschiedlichen Regelungsgegenstände in einer Vielzahl von Einzelgesetzen behandelt. Die Zerstückelung des Arbeitsrechts, vom Gesetzgeber zu verantworten, hat zu dem geflügelten Begriff der „Loseblatt-Existenz des Arbeitsrechts“ geführt. Dieser Zustand führt nicht nur zu Problemen bei der praktischen Handhabung des Arbeitsrechts, sondern stellt auch an den Lernenden erhebliche Anforderungen.
- 13 Die fehlende Einheit des Arbeitsrechts sowie seine sozialpolitische Umstrittenheit, die sich auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur niederschlägt, bedingt, dass erkenntnisleitende Prinzipien des geltenden Rechts nur schwer herauszuarbeiten sind. Die Zerstückelung des Rechts, insbesondere aber die Unterlassung systematischer Gesetzgebung, führt zu einer immer unüberschaubareren Judikatur, weil Regelungslücken durch Analogien geschlossen, unbestimmte Rechtsbegriffe durch den Richter konkretisiert werden müssen und in manchen Bereichen (Arbeitskampfrecht, Arbeitsvertragsrecht) Richterrecht nahezu vollständig gesetzliche Regelungen ersetzt. Während der Gesetzgeber sich seiner Verantwortung im Arbeitsrecht entzieht, steht der Richter unter Entscheidungzwang (folgend aus dem Justizgewährungsanspruch als Teil des Rechtsstaatsprinzips und dem aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Prinzip des effektiven Rechtsschutzes).

Wegen des engen Zusammenhangs mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten werden oft punktuelle Änderungen vorgenommen. 14

Beispiele für punktuelle Gesetzesänderungen im Arbeitsrecht: Das **Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge** (TzBfG) und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen vom 21.12.2000 ist ein bloßer Teilausschnitt aus Kernmaterien des Arbeitsvertragsrechts. Da die Grundlagen des Arbeitsvertragsrechts für das Normalarbeitsverhältnis nicht geregelt sind, kommt es insoweit zu einer merkwürdigen Schieflage und Widersprüchen zu anderen Detailgesetzen (z.B. BEEG). Seit dem 1.1.2019 besteht mit § 9a TzBfG außerdem unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf eine zeitlich begrenzte Verkürzung der Arbeitszeit (Brückenteilzeit).

Ein besonderes Beispiel für die fehlende Fähigkeit zur Kodifikation stellt die am 1.1.2003 in Kraft getretene Änderung der veralteten **Gewerbeordnung** (GewO) dar, in der sich nun punktuelle, zum Teil deklaratorische Regelungen des Arbeitsvertragsrechts befinden, die für alle Arbeitnehmer Gültigkeit haben. Aber wer sucht allgemeines Arbeitsrecht schon in der Gewerbeordnung?

Das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz** (AGG) vom 18.8.2006 setzt verschiedene EU-Richtlinien um und möchte die Arbeitnehmer vor Benachteiligungen unterschiedlicher Art bewahren. Dieses Gesetz führt zu erheblichen Unklarheiten, weil der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nicht im einfachen Gesetz geregelt ist, der Gesetzestitel aber den Eindruck erweckt. In Wahrheit werden nur einige Diskriminierungsverbote geregelt. Fehlende dogmatische Klarheit hat zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit in dieser Materie geführt.

Auch das am 1.7.2008 in Kraft getretene **Pflegezeitgesetz** (PflegeZG) sowie das am 1.1.2012 in Kraft getretene **Familienpflegezeitgesetz** (FPfZG) ist arbeitsrechtliche Sondergesetzgebung. Diese Gesetze gewähren Freistellungsansprüche, Teilzeitanprüche und einen weitreichenden Sonderkündigungsschutz für Beschäftigte, die Familienangehörige pflegen. Problematisch daran ist nicht das gesetzgeberische Grundanliegen, sondern die fehlende systematische Einordnung in das Gesamtsystem des Arbeitsrechts.

Das **Mindestlohngesetz** (MiLoG) stellt ein weiteres arbeitsrechtliches Sondergesetz dar. Hiernach hat seit dem 1.1.2015 grundsätzlich jeder Arbeitnehmer Anspruch auf einen Mindestlohn, der 8,50 Euro je Zeitstunde beträgt, vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 MiLoG. Dieser Mindestlohn galt vom 1.1.2015 bis zum 31.12.2016. Danach wurde erstmals die nach §§ 4 ff. MiLoG eingesetzte Mindestlohnkommission tätig und hat mit Wirkung vom 1.1.2017 bis zum 31.12.2018 den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn auf 8,84 Euro angehoben. Am 1.1.2019 wurde der Mindestlohn erneut angehoben und beträgt seit dem 9,19 Euro. Zum 1.1.2020 wird er auf 9,35 Euro steigen.

Ebenso zu nennen ist das **Entgeltransparenzgesetz** (EntgTranspG), welches am 6.7.2017 in Kraft trat. Dieses gewährt Arbeitnehmern in einem Betrieb mit mehr als 200 Beschäftigten einen Anspruch auf Auskunft über den Mittelwert des Entgelts für Personen des jeweils anderen Geschlechts, welche die gleiche oder eine gleichwertige Tätigkeit ausüben (§§ 10 ff. EntgTranspG). Ziel ist es dabei, das Gebot des gleichen Entgelts der Geschlechter bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durchzusetzen (§ 1 EntgTranspG).

IV. Überblick über die arbeitsrechtlichen Gesetze

Wer sich Kenntnisse oder einen Überblick über das Arbeitsrecht durch die Lektüre von Gesetzen verschaffen will, ist schlecht beraten. Man kann eine beliebige Gesetzesammlung zur Hand nehmen und versuchen, aus ihr ein einigermaßen stimmiges Bild des deutschen Arbeitsrechts zu gewinnen. Außer einem Arbeitsrechtsexperten wird hier jeder, auch ein nicht spezialisierter Volljurist, scheitern. Manche Gesetzesammlungen beschränken sich daher von vornherein auf eine alphabetische Aneinanderreihung der Rechtsnormen (etwa Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 44. Aufl. 2019), mit der Konsequenz, dass die Gesetzesammlung mit den arbeitsrechtlich weithin irrelevanten Materien Aktiengesetz, Altersteilzeitgesetz und Arbeitnehmererfindungsrecht beginnt. Die verbreitetste Gesetzesammlung mit systematischer Gliederung dürften die dtv-Arbeitsgesetze (94. Aufl. 2019) sein. In seiner Einführung schreibt Richardi S. XIX: „Diese Textausgabe bezweckt, durch die systematische Zusammenstellung maßgeblicher Arbeitsgesetze den roten Faden zu geben, der eine Orientierung im Labyrinth des Arbeitsrechts ermöglicht“. Doch was den Studierenden bei der Lektüre begegnet, muss ihnen

undurchdringbar erscheinen, was weniger mit der Struktur der Gesetzessammlung als mit der der Gesetzgebung zusammenhängt.

Hinweis: Versuchen Sie, sich anhand der zitierten Gesetzessammlung einen ersten Überblick zu verschaffen. Die nachfolgenden Ausführungen erläutern Ihnen, weshalb Sie nach der Lektüre weitgehend ratlos sind.

- 16 Nach dem Abdruck von Auszügen aus dem Grundgesetz (GG) und ganz rudimentären Vorschriften aus dem Recht der Europäischen Union (das heute das deutsche Arbeitsrecht schon stark dominiert), soll ausweislich der Gliederung in den dtv-Arbeitsgesetzen das „Arbeitsvertragsrecht“ dokumentiert sein. Dort findet sich zunächst ein Auszug aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB). Da das Arbeitsvertragsrecht seine Basis im Privatrecht hat, ist das sicher sinnvoll. Denn der Allgemeine Teil des BGB und das Recht der Schuldverhältnisse enthalten zahlreiche Normen, die für Arbeitsverträge relevant sind. Doch die Studierenden, die hoffen, etwas über die Rechtsstellung von Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zu erfahren, stoßen als erstes auf die §§ 13 und 14 BGB. Dort sind bekanntlich der Verbraucher- und der Unternehmerbegriff des BGB geregelt. Schon hier werden sie sich fragen, ob sie sich nicht vielleicht beim Kauf vergriffen haben. Immerhin: Schon bald finden sie § 113 BGB, der allerdings nichts Grundlegendes über das Arbeitsverhältnis, sondern lediglich eine Sonderregelung zur Geschäftsfähigkeit minderjähriger Arbeitnehmer enthält. Nach längerem Blättern stolpert man dann über § 310 Abs. 4 S. 2 BGB, in dem erstmals der Begriff des Arbeitsvertrages auftaucht. Die Vorschrift versteht man jedoch erst wirklich nach einem soliden Studium im Arbeitsrecht. Um sie anwenden zu können, muss man nämlich die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ kennen. Doch wo finden sich diese? Immerhin werden die Studierenden ab 1.4.2017 in § 611a BGB nunmehr die Definition des Arbeitsvertrages finden. Schon bei der groben Lektüre der Normen überrascht die erkennbar fehlende Systematik: In den §§ 611 bis 630 BGB ist willkürlich, ohne irgendein erkennbares Grundprinzip, einmal von dem Dienstgeber und Dienstnehmer und dann wieder von dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Rede. Ratlos und frustriert endet die Lektüre des BGB. Bis dahin hat man nicht ansatzweise einen plausiblen Überblick über die Grundsätze zu Abschluss, Inhalt, Beendigung und Haftung im Arbeitsverhältnis erlangen können.
- 17 Nach dem Abdruck der Rom-I-VO (früher Art. 27, 30, 34 EGBGB), den zentralen Vorschriften zum Internationalen (Arbeits-)Vertragsrecht (Rz. 512), stößt der Leser auf die Gewerbeordnung (GewO) vom 21.6.1869, neu bekannt gemacht allerdings am 22.2.1999. In § 105 GewO findet sich eine Norm, die den Studierenden das Spannungsfeld von Vertragsfreiheit und Gesetzesbindung erläutert, ohne aber irgendeinem substantiellen Inhalt zu vermitteln. Immerhin entdeckt man in der Gewerbeordnung, die systematisch zum Verwaltungsrecht gehört, eine Definition des Weisungsrechts des Arbeitgebers neben § 611a BGB (§ 106 GewO), um dann in § 107 GewO die Banalität zu erfahren, dass das Arbeitsentgelt in Euro zu berechnen und auszuzahlen ist. Keine Banalität ist der seit 2003 in der Gewerbeordnung abweichend von der Vorschrift des § 630 BGB geregelte Rechtsanspruch auf ein Zeugnis (§ 109 GewO). Danach offeriert die Gesetzessammlung das Handelsgesetzbuch (HGB) vom 10.5.1897. Hier finden die Studierenden Regelungen über Handlungshelfer und Handlungshelflinge. Sie sind erschrocken über die alttümliche Formulierung und fragen sich, ob im Zeitalter moderner Ausbildungsberufe tatsächlich noch ein Gesetz in Kraft ist, das von „Gehilfen und Lehrlingen“ handelt. Es erschließt sich nicht, ob diese Vorschriften tatsächlich für alle Arbeitsbeziehungen gelten können. In Fußnoten fällt ihnen auf, dass teilweise Vorschriften für verfassungswidrig erklärt worden sind. Wenn die Studierenden ganz aufmerksam sind, entdecken sie § 84 HGB zum Begriff des Handelsvertreters und erkennen, dass es selbstständige und unselbstständige Handelsvertreter gibt. Nur der juristische Kenner kann erahnen, dass diese Vorschrift die Kernaussage zu der Fragestellung enthält, ob ein Beschäftigter Arbeitnehmer ist oder nicht (Rz. 146). Nachdem sie manches Gültiges und Veraltetes zu Wettbewerbsverboten und zu Provisionsregelungen gelesen haben, stoßen sie in der Gesetzessammlung nunmehr zur Neuzeit vor.
- 18 Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14.8.2006, bereits geändert durch Gesetz vom 2.12.2006, will nach Ansicht des Gesetzgebers einen „in sich stimmigen“ Schutz vor Diskriminierung-

gen verwirklichen (vgl. BT-Drs. 16/1780 S. 2). Es lässt sich trefflich darüber streiten, ob dem Gesetzgeber dies in Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG gelungen ist. Wenn es ein gutes Gesetz wäre, dann hätte der Gesetzgeber es nicht schon wenige Monate nach seinem Inkrafttreten nachbessern müssen. Schließlich hat das Gesetz eine beispiellose Verunsicherung ausgelöst. Bis zum 31.12.2016 sind allein über 2700 Aufsätze und Bücher zum AGG erschienen. Das Gesetz birgt erhebliche systematische Unklarheiten (Rz. 1494). Nach dem Paukenschlag des Diskriminierungsrechts finden die Studierenden das Nachweisgesetz (NachwG), ebenfalls ein Gesetz, das auf der Umsetzung einer EG-Richtlinie beruht (91/533/EWG). Das Gesetz ist eine lex imperfecta, das Stoff für spitzfindige juristische Fragen enthält, in der Sache aber eine bloße deklaratorische Formvorschrift für den Arbeitsvertrag darstellt (Rz. 867). Unter der Ordnungsnummer 16 folgt ein Herzstück des Arbeitsvertragsrechts, das Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverhältnisse (TzBfG). Vom Grundprinzip der Vollzeitarbeit und dem ordentlichen Kündigungsschutz haben die Studierenden bis hierhin zwar noch nichts erfahren. Dafür folgen die Regelungen über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft (WissZeitVG) und ein weiteres Sondergesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung (ÄrzteBefrG). Unter Ordnungsnummer 17 folgt schon das Altersteilzeitgesetz (AltTZG), obwohl die Studierenden doch erst einmal etwas über ihr zukünftiges Arbeitsleben, aber doch noch nicht über ihren Ruhestand erfahren wollten. Im Übrigen ist das Gesetz ein Sozialleistungsgesetz, sodass man sich fragt, weshalb es in der Gesetzesammlung unter Arbeitsvertragsrecht subsumiert wird. Die einzige individualarbeitsrechtliche Regelung befindet sich in § 8 ATG. Mehr zufällig erfahren kundige Studierende als nächstes, dass sie Entgeltansprüche auch an Feiertagen und im Krankheitsfall haben (EntgFG) und einen zwingenden Mindesturlaubsanspruch nach dem Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) geltend machen können (Ordnungsnummern 18 und 19).

Nach knapp 140 Seiten verwirrender Gesetzeslektüre stoßen unsere Neuleser nunmehr auf das Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Obwohl sie glauben, etwas Zentrales entdeckt zu haben, werden sie nie-
19 mals die ganze Wahrheit über den Kündigungsschutz erfahren. Auch versierte Juristen schaffen es nicht, die allgemeinen Kündigungsnormen sowie den allgemeinen und den besonderen Kündigungs-
schutz in eine systematische Einheit zu bringen (vgl. BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014,
372, 374). Nirgends steht etwas über die Grundlagen des Kündigungsrechts. Stattdessen müssen sich die Studierenden in einem Wust allgemeiner arbeitsrechtlicher Prinzipien und zerstreuter Sondernor-
men zurechtfinden. Unter dem Stichwort des Kündigungsrechts sind mindestens 27 Gesetze relevant
(Rz. 2498 ff.).

Nachdem die Studierenden das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG)
gesichtet haben, stellen sie fest, dass das von ihnen seither Gelesene eine Systematik kaum erkennen
lässt. Dass sie nachfolgend die Insolvenzordnung (InsO) – noch immer unter der Kopfzeile „Arbeitsver-
tragsrecht“ – finden, dürfte sowohl zukünftige Arbeitgeber wie Arbeitnehmer mit Sorge erfüllen. Führt
das Chaos des Arbeitsvertragsrechts in die Insolvenz, wird man sich besorgt fragen? Der Abschnitt zum
„Arbeitsvertragsrecht“ endet mit dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwArbG), dem PflegeZG
und dem Familienpflegezeitgesetz (FPfZG), die als Regelungen zur Teilzeitarbeit eher zum TzBfG ge-
passt hätten.

Unter III. behandelt die Gesetzesammlung Sonderformen des Arbeitsverhältnisses. Dort werden die
wichtigen Normen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und des Berufsbildungsgesetzes
(BBiG) wiedergegeben. Freilich stellen sich die Studierenden die Frage, ob sie nicht bis hierher nur
von Sonderformen eines Arbeitsverhältnisses gelesen haben. Und wo findet man etwas über mittelbare
Arbeitsverhältnisse oder Gruppenarbeitsverhältnisse? Oder über arbeitnehmerähnliche Personen, die
erstmals in § 6 Abs. 1 Nr. 3 AGG Erwähnung gefunden haben? Nur das BBiG kann für sich in An-
spruch nehmen, einigermaßen konsistent die Regelungen für diesen Bereich kodifiziert zu haben.

Es folgt unter IV. der Gesetzesammlung ein auszugsweiser Abdruck aus dem Sozialgesetzbuch (SGB).
In sozialrechtlichen Gesetzen finden sich – immer wieder tückisch versteckt – arbeitsrechtlich relevan-
te Normen. Hier ist jeder Nichtspezialist zum Scheitern verurteilt. Man erfährt, dass die sog. „Ein-Eu-
ro-Jobber“ in keinem Arbeitsverhältnis stehen (§ 16d Abs. 7 SGB II). Das SGB III hat unter Umstän-
21
22

den erhebliche Bedeutung für die Rechtsstellung des Arbeitnehmers bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. § 2 Abs. 2, §§ 157 ff. SGB III). Im SGB IV muss man die berühmten Regelungen zum Beschäftigtenbegriff (§ 7 SGB IV) und zur geringfügigen Beschäftigung (§ 8 SGB IV) verstehen. Eine echte arbeitsrechtliche Regelung findet sich in § 45 SGB V. Im SGB VI gibt es nur scheinbare arbeitsrechtliche Regelungen. So ist nämlich das Grundproblem der Altersgrenzen durch § 41 SGB VI nicht gelöst. § 41 S. 3 SGB VI enthält außerdem eine Regelung zur Altersbefristung, weit, weit weg vom TzBfG. Immerhin finden die Studierenden dann in §§ 104 ff. SGB VII Regelungen zur Haftungsbeschränkung bei Personenschäden. Dabei fällt ihnen auf, dass sie bislang nirgendwo etwas zu den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung gefunden hat. Und im Schwerbehindertenrecht finden sie die hoch praxisrelevanten Vorschriften zum Kündigungsschutz Schwerbehinderter (§§ 85 ff. [ab dem 1.1.2018: §§ 168 ff.] SGB IX).

- 23 Die folgende Auflistung zum technischen und sozialen Arbeitsschutz erscheint unübersichtlich. Sie beginnt mit dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG), gefolgt von dem Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) und dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG). Insbesondere im ArbSchG sind wesentliche Nebenpflichten des Arbeitgebers geregelt, die die unzureichende Norm des § 618 BGB arbeitsrechtlich ausgestalten (Rz. 1784). Nach dem technischen Arbeitsschutz folgt der soziale Arbeitsschutz. Auch diese Aufteilung ist schwer erklärbar. Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) regelt die nicht vertragsdispositiven Grenzen höchstzulässiger Arbeitszeiten (Rz. 1109). Im Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und dem Gesetz über genetische Untersuchungen bei Menschen (GenDG) finden die Studierenden Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz (Rz. 819). Das Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter (MuSchG) enthält ebenso wie das Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit (BEEG) aus familienpolitischen Gründen eine Mixtur von arbeitsrechtlichen, öffentlich-rechtlichen und sozialrechtlichen Normen, von denen im Arbeitsvertragsrecht insbesondere die Regelungen zum Sonderkündigungsschutz (§ 17 MuSchG, § 18 BEEG) und zur Teilzeitarbeit (§ 15 VII BEEG) relevant sind. Mit dem Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) und dem Heimarbeitsgesetz (HAG) endet der Bereich des sozialen Arbeitsschutzes.
- 24 Systematischer ist dagegen das Kollektivarbeitsrecht geregelt (hierzu der Band „Kollektivarbeitsrecht“, § 76 bzw. Rz. 14). Das Tarifvertragsgesetz (TVG) gibt Arbeitgebern, Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften die Basis zur Schaffung von Tarifnormen. Unerwartet, weil mit der Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers einen Kern des Arbeitsvertragsrechts betreffend, stoßen Studierende auf das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohnes (MiLoG), wonach jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines Mindestentgelts hat. Die kollektivrechtliche Verortung verdankt das MiLoG seiner gesetzgeberischen Qualifizierung als Maßnahme zur Stärkung der Tarifautonomie. Es wird begleitet durch das Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (AEntG), das versucht, branchenbezogen Lohndumping in der Bundesrepublik Deutschland durch ausländische Arbeitgeber zu verhindern. Das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen (MiArbG) wurde mit Inkrafttreten des MiLoG aufgehoben. Im Bereich der Mitbestimmung hat das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) die größte praktische Bedeutung für die Gestaltung der Arbeitsbeziehungen. Hier finden sich wichtige Mitbestimmungsnormen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf das Arbeitsverhältnis auswirken (insbesondere die Mitbestimmung in personellen und sozialen Angelegenheiten). Das Sprecherausschussgesetz (SprAuG) regelt die weniger stark ausgestaltete Mitbestimmung der leitenden Angestellten. In gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen sind nach Maßgabe des Gesetzes über Europäische Betriebsräte (EBRG) Arbeitnehmervertretungen zu errichten. Die Regelungen zur Mitbestimmung im Aufsichtsrat (hierzu im Band „Kollektivarbeitsrecht“, §§ 164 ff. bzw. Rz. 2777 ff.), kodifiziert insbesondere im Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) und im Drittelparteigesetz (DrittelpG), sowie das Verfahrensrecht (Arbeitsgerichtsgesetz, ArbGG) runden das Bild des breit gefächerten Arbeitsrechts ab.

Prinzipiell kann der Arbeitnehmer in diesem Fall zwar eine neue Klage gegen den richtigen Beklagten erheben. Diese Möglichkeit scheitert jedoch meist bei fristgebundenen Klagen, etwa der Kündigungsschutzklage (vgl. §§ 4 S. 1, 7 KSchG). Die Klagefrist ist regelmäßig abgelaufen, wenn über die Klage gegen den vermeintlichen Arbeitgeber entschieden wird. Eine fristgerechte Klage gegen die richtige Partei ist dann nicht mehr möglich. Beruht der Irrtum des Arbeitnehmers über die Frage, wer sein Arbeitgeber ist, allerdings nicht auf mangelnder Sorgfalt, kommt die Zulassung einer verspätet erhobenen Kündigungsschutzklage gemäß § 5 KSchG in Betracht. Insbesondere bei Klagen gegen Personengesellschaften (GbR, KG, OHG) hilft die Rechtsprechung durch eine Rubrumsberichtigung (hierzu BAG v. 28.8.2008 – 2 AZR 279/07, NZA 2009, 221), wenn der Arbeitnehmer irrtümlich die Gesellschafter verklagt und sich aus den gesamten erkennbaren Umständen ergibt, wer als beklagte Partei gemeint ist (zur irrtümlichen Klage gegen den Bevollmächtigten: BAG v. 15.3.2001 – 2 AZR 141/00, NZA 2001, 1267).

145

§ 8 Arbeitsvertrag und Arbeitnehmerbegriff

Literatur: *Deinert*, Neuregelung des Fremdpersonaleinsatzes im Betrieb, RdA 2017, 65; *Franzen*, Der Franchise-Vertrag als Arbeitsvertrag?, FS 50 Jahre BAG (2004), 31; *Hessler*, Fremdpersonaleinsatz durch On-Site-Werkverträge und Arbeitnehmerüberlassung – offene Fragen und Anwendungsprobleme des neuen Rechts, RdA 2017, 83; *Hochrathner*, Die Statusrechtsprechung des 5. Senats des BAG seit 1994, NZA-RR 2001, 561; *Hromadka*, Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht, NZA 1997, 569; *Hromadka*, Zur Begriffsbestimmung des Arbeitnehmers unter besonderer Berücksichtigung der neueren Gesetzentwürfe, DB 1998, 195; *Hromadka*, Arbeitnehmer, Arbeitnehmergruppen und Arbeitnehmerähnliche im Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA 2007, 838; *Hromadka*, Zur Auslegung des § 611a BGB, NZA 2018, 1583; *Mikosch*, Arbeitnehmerbegriff und Schutzzwecke des Arbeitsrechts, FS Löwisch (2007), 189; *Preis*, § 611a BGB – Potentiale des Arbeitnehmerbegriffes, NZA 2018, 817; *Preis*, § 611a BGB – Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, NZA 2018, 817; *Preis*, Die Definition des Arbeitnehmers und der arbeitnehmerähnlichen Person in einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, FS Hromadka (2008), 275; *Reinecke*, Der „Grad der persönlichen Abhängigkeit“ als Abgrenzungskriterium für den Arbeitnehmerbegriff, FS Dieterich (1999), 463; *Reinecke*, Der Kampf um die Arbeitnehmereigenschaft – prozessuale, materielle und taktische Probleme, NZA 1999, 729; *Reinecke*, Neues zum Arbeitnehmerbegriff?, AuR 2019, 56; *Reinecke*, Rechtsprechung des BAG zum Arbeitnehmerstatus – Eine kritische Bestandsaufnahme, NZA-RR 2016, 393; *Richardi*, Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen § 611a BGB, NZA 2017, 36; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988; *Wank*, Der Arbeitnehmer-Begriff im neuen § 611a BGB, AuR 2017, 140; *Wank*, Die personelle Reichweite des Arbeitnehmerschutzes aus rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Perspektive, EuZA 2016, 143; *Wank*, Neues zum Arbeitnehmerbegriff des EuGH, EuZW 2018, 21.

I. Einleitung und Bedeutung

117 Jahre nach Inkrafttreten des BGB hat der Gesetzgeber es mit Wirkung zum 1.4.2017 vermocht, eine gesetzliche **Definition des Arbeitsvertrages** zu verabschieden (§ 611a BGB, BGBl. I S. 258). Rechtsprechung und herrschende Lehre haben bislang auf die von *Alfred Hueck* entwickelte Begriffsbestimmung zurückgegriffen. Danach ist Arbeitnehmer, „**wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags zur Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet ist**“ (*Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, § 9 II).

146

Durch die Neuregelung wird eine mit der **Systematik des BGB** kompatible Definition im Rahmen der Schuldvertragstypen erreicht. Die wichtigste und zentrale Abgrenzung ist die zwischen dem Arbeitsvertrag einerseits sowie dem freien Dienstvertrag (§ 611 BGB) und dem Werkvertrag (§ 631 BGB) andererseits. Der Gesetzgeber hat die Definition des § 611a BGB ausweislich der Regierungsbegrün-

147

dung unter Wiedergabe von Leitsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung gestaltet (BT-Drucks. 18/9232, S. 31). Erst in der dritten BT-Lesung wurde die jetzige Fassung entwickelt, in der ausdrücklich darauf Wert gelegt wurde, den Arbeitsvertrag als **Unterfall des Dienstvertrages** zu bestimmen (vgl. Ausschussbericht BT-Drucks. 18/10064, S. 16). Reaktionen auf die Einführung des § 611a BGB ließen nicht lange auf sich warten (instruktiver Überblick bei *Reinecke*, AuR 2019, 56). So wurde teils die fehlende Aufnahme des Eingliederungsmerkmals in den Normtext kritisiert. Aufgrund der ausdrücklich in den Gesetzesmaterialien erklärten Bezugnahme auf die höchstrichterliche Rechtsprechung sei der Ertrag der Vorschrift als solche auch nur von geringem Ausmaß (*Däubler/HK-ArbR*, Vor §§ 611, 611a, Rz. 2). Vereinzelt wird des Weiteren eine fehlende Flexibilität des Arbeitnehmerbegriffes in Zeiten der Digitalisierung vermisst. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass der Normtext genügend weit gefasst ist, damit die Rechtsprechung sehr wohl auf neue Erscheinungen in der Arbeitswelt angemessen und flexibel reagieren kann. § 611a Abs. 1 S. 4 BGB enthält keine „Blankettenermächtigung“ für die richterliche Gestaltung. Freilich besteht noch immer die Gefahr, dass die Gesetzesformulierung durch die Rechtsprechung des BAG auf beliebige Weise genutzt wird (zu dieser Problematik einer typologischen Rechtsfindung *ErfK/Preis*, § 611a BGB, Rz. 11; *Preis*, NZA 2018, 817, 821 f.). Zuzugestehen ist, dass grundlegende Änderungen der Rechtsprechung anlässlich § 611a BGB nicht zu erwarten sein werden. Die ersten Entscheidungen des BAG zu § 611a BGB weisen darauf hin, dass es den *status quo* erhalten möchte (BAG v. 27.6.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463; BAG v. 21.1.2019 – 9 AZB 23/18, NZA 2019, 490).

- 148 Die **Abgrenzung der verschiedenen Vertragstypen** ist eine wichtige Weichenstellung für die Anwendung des richtigen Rechtsregimes. Zwar unterliegt die Vertragstypenwahl prinzipiell dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dies kann allerdings dann nicht gelten, wenn eine Vertragspartei in der Lage ist, ein von ihr vorformuliertes Vertragswerk zu stellen. Hier besteht ebenso ein Kontrollbedürfnis wie bei der **Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen** (§§ 305 ff. BGB). Im Kern ist die Wahl eines falschen Vertragstyps nichts anderes als die Abbedingung von dispositivem und zwingendem Gesetzesrecht (siehe auch BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348). Wer einen Arbeitsvertrag praktiziert, formal allerdings einen freien Dienstvertrag oder Werkvertrag vereinbart, verstößt i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB gegen wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird. Dort, wo allerdings die Vertragselemente beidseitig ausgehandelt sind, geht der frei gebildete Wille der Parteien vor.
- 149 Die meisten Beschäftigten, die für einen Auftraggeber Dienstleistungen erbringen, sind dem Auftraggeber strukturell unterlegen. Weitergehend können sie von einem Auftraggeber wirtschaftlich oder gar persönlich abhängig sein. Die richtige Zuordnung ist für die Lösung eines Falles unabdingbar. Wir haben zu unterscheiden:
- **Arbeitsvertrag:** (weisungsgebundene) Arbeit durch Arbeitnehmer (§ 611a BGB)
 - **Dienstvertrag:** (freie) Dienste durch Dienstnehmer (§ 611 BGB)
 - **Werkvertrag:** Herstellung des Werkes/Erfolg durch Unternehmer (§ 631 BGB)
 - **Arbeitnehmerüberlassung:** Arbeitgeber (Verleiher) überlässt Drittem (Entleiher) einen Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) zu wiedungsgebundener Arbeit in dessen Betrieb (§ 1 Abs. 1 AÜG).
 - **Arbeitnehmerähnliche Personen:** Unternehmer eines Dienst- oder Werkvertrages arbeitet in wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegend für eine Person (§ 12a TVG).
- 150 Ausgangspunkt der Rechtsprüfung wird zumeist die Prüfung der Voraussetzungen eines Arbeitsvertrages sein. Eine Sonderform des Arbeitsverhältnisses ist die Arbeitnehmerüberlassung. Die sogenannte arbeitnehmerähnliche Person ist zwar ebenfalls sozial schutzbedürftig, arbeitet aber auf Basis eines Dienst- oder Werkvertrages letztlich nur in wirtschaftlicher Abhängigkeit. Sehr geringe Abhängigkeit für den Leistungserbringer sollte in den Fällen des Dienst- und des Werkvertrages bestehen. Es kommt allerdings vor, dass Auftraggeber ihrem Auftragnehmer fälschlicherweise einen Dienst- oder Werkvertrag stellen und damit arbeitsrechtliche Schutzworschriften umgehen. Aus diesem Grunde bedarf es

einer objektiven Prüfung der Vertragstypen. Die Kriterien für diese Prüfung hat der Gesetzgeber nunmehr in § 611a BGB kodifiziert.

Das Arbeitsrecht hat die zentrale Aufgabe, den Arbeitnehmer vor einem **Missbrauch der Machtstellung** des Arbeitgebers zu schützen. Es muss dementsprechend denjenigen Personenkreis erfassen, der in eben dieser Weise **schutzwürdig und schutzbedürftig** ist. Typischerweise ist es der aus dem Arbeitsvertrag berechtigte und verpflichtete (vermeintliche) Arbeitnehmer, der Ansprüche erhebt. Die meisten arbeitsrechtlichen Schutzgesetze knüpfen in ihrem Geltungsbereich oder in ihren Anspruchsgrundlagen an den Arbeitnehmerbegriff an. Die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft ist zunächst entscheidend für die Anwendung der individualrechtlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften. Im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts knüpfen sowohl der Geltungsbereich von Tarifverträgen als auch die Regelungen der betrieblichen Mitbestimmung einschließlich der Geltung von Betriebsvereinbarungen an die Arbeitnehmereigenschaft an. Nicht zuletzt begründet die Arbeitnehmereigenschaft die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit. Daher ist die Bestimmung, wer von den zur Dienstleistung Verpflichteten Arbeitnehmer ist, der **Schlüssel für die Anwendung des Arbeitsrechts**.

151

Beispiele: Nur Arbeitnehmer haben einen gesetzlichen Anspruch auf bezahlten **Erholungsurlaub** (§ 1 BUrlG), für sie gelten andere Regeln über die **Entgeltfortzahlung** im Krankheitsfall als für „freie“ Dienstleistende (EFZG einerseits, § 616 BGB andererseits), die **Kündigungsfristen** sind unterschiedlich ausgestaltet (§§ 621, 622 BGB), nur Arbeitnehmer haben einen weitgehenden **materiellen Schutz** gegen ordentliche Kündigungen (§ 1 KSchG) und unterfallen dem **ArbZG** (§ 1 ArbZG), nur sie können einen **Betriebsrat** wählen (§ 7 BetrVG) und ihre Streitigkeiten vor dem **Arbeitsgericht** austragen (§ 2 ArbGG).

152

II. Die Definition des Arbeitsvertrages

§ 611a BGB lautet:

„(1) Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen. Weisungsgebunden ist, wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, ist eine Gesamtbetrachtung aller Umstände vorzunehmen. Zeigt die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses, dass es sich um ein Arbeitsverhältnis handelt, kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an.“

(2) Der Arbeitgeber ist zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

Aus dieser Norm ergibt sich folgender Prüfungsaufbau:

153

Prüfungsschema Arbeitsvertrag

Privatrechtlicher Vertrag

Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen (Rz. 160)

- Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (Beamte, Richter, Soldaten)
- Sonderstatusverhältnisse (z.B. Strafgefangene)
- Familienrechtliche Dienstpflichten (§§ 1360, 1619 BGB)
- Vereinsrechtliche, kirchliche oder karitative Dienstpflichten

Privatrechtlicher Vertrag

Abgrenzung zu anderen Vertragstypen (Rz. 169)

- Auftrag (§§ 662 ff. BGB)

- Gesellschaftsverträge
 - Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB)
 - Arbeitnehmerähnliche Person (§ 12a TVG)
 - Unabhängiger Dienstvertrag (§ 611 BGB)
 - Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 1 AÜG)
- Persönliche Abhängigkeit (Abgrenzung zu II 3–5)**
- Weisungsbindung**
 - Zeitliche Lage
 - Wer nicht im Wesentlichen frei seine Arbeitszeit bestimmen kann, ist Arbeitnehmer.
 - Durchführung der Arbeit
 - Wer nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit bestimmen kann, ist Arbeitnehmer.
 - Inhalt
 - Arbeitsbegleitende Weisungen bezogen auf einzelne Tätigkeit sind entscheidend.
 - Ort
 - Wer für einen Auftraggeber an verschiedenen Orten arbeiten muss, die er nicht selbst bestimmen kann, ist Arbeitnehmer.
 - Ordnung und Verhalten im Betrieb (§ 106 GewO)
 - Fremdbestimmte Arbeit**
 - Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation; Angewiesenheit auf Organisation des Arbeitgebers
 - Grad der persönlichen Abhängigkeit**
 - Eigenart des jeweiligen Vertragsverhältnis beachten
 - Gesamtbetrachtung erforderlich**
 - Kriterien der persönlichen Abhängigkeit müssen überwiegen/das Vertragsverhältnis prägen.
 - Bezeichnung des Vertragstyps ist unerheblich.
 - Tatsächliche Durchführung ist entscheidend.
 - Vertragstypzuordnung ist Inhaltskontrolle gestellter Vertragsbedingungen.

1. Vertragsfreiheit und tatsächliche Durchführung des Vertrages

- 154 § 611a Abs. 1 S. 6 BGB verlangt die Prüfung der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses. In Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung kommt es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht an, wenn tatsächlich ein Arbeitsverhältnis praktiziert wird. Denn aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen lassen sich am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben (BAG v. 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rz. 22; BAG v. 27.6.2017 – 9 AZR 851/16, NZA 2017, 1463 Rz. 24). Dabei kommt es nicht auf die **Bezeichnung** des Vertragsverhältnisses durch die Parteien an, sondern auf die objektive Einordnung nach ihrem Geschäftsinhalt. Der wirkliche Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Zivilrechtlich könnten manche Fälle mit der Falsa-Demonstratio-Regel ge-

lässt werden. Man stelle sich etwa den Fall vor, dass in einem Vertragsentwurf ausschließlich Rechte und Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer geregelt werden, die Überschrift des Entwurfs allerdings „freier Dienstvertrag“ lautet. Dieser eindeutige Fall könnte schon mit dem dokumentierten übereinstimmenden Vertragswillen trotz Falschbezeichnung zu Gunsten des Arbeitsvertrages gelöst werden. Doch ist das Problem damit nicht erschöpft. Vielfach gilt es Verträge zu überprüfen, die geschickt versuchen, die Anwendung des Arbeitsrechts zu vermeiden, indem sie die im Kern weisungsgebundene Tätigkeit als möglichst frei (auf dem Papier) im Vertragstext darstellen.

Es wäre mit dem Grundanliegen des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht indes nicht zu vereinbaren, wenn es der typischerweise wirtschaftlich stärkere Arbeitgeber in der Hand hätte, durch eine von ihm durchgesetzte Formulierung im Vertrag die Zuordnung der betreffenden Person zum Arbeitsrecht zu steuern. Abzustellen ist somit im Zweifel auf die **tatsächliche Durchführung des Vertrags** (BAG v. 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823, 832), sodass im Falle eines Widerspruchs zwischen Vereinbarung und tatsächlicher Durchführung Letztere maßgeblich ist. 155

Aufgrund des **Grundsatzes der Vertragsfreiheit** steht es den Vertragsparteien zwar prinzipiell frei, welche rechtliche Gestaltung sie für Erbringung von Diensten wählen. Sofern die vertraglichen Vereinbarungen und deren tatsächliche Durchführung jedoch ergeben, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, steht die Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr zur Disposition der Vertragsparteien. Angesichts des (einseitig) zwingenden Charakters der Rechtsvorschriften, die an die Arbeitnehmereigenschaft anknüpfen, können die aus der Arbeitnehmereigenschaft resultierenden Rechte des Arbeitnehmers in diesem Fall nicht abbedungen werden. Zu Recht spricht das BAG aus, dass zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse nicht dadurch abbedungen werden können, dass Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben (BAG v. 25.9.2013 – 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348). 156

Freilich ist die **Vertragstypenwahl der Parteien** nach der Rechtsprechung nicht gänzlich bedeutungslos, wenn die vereinbarte Tätigkeit sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden kann und nicht eindeutig als Arbeitsverhältnis ausgestaltet ist. Grundvoraussetzung ist jedoch, dass auf beiden Seiten ein frei gebildeter Vertragswillen angenommen werden kann. Orientierungspunkt ist § 305 Abs. 1 S. 3 BGB: Eine Abbedingung arbeitsrechtlicher Regelungen ist nur dann anzuerkennen, wenn die Wahl des abweichenden Vertragstyps im Einzelnen ausgehandelt ist. Nach der gesetzlichen Neuregelung ist die typologische Betrachtung, die das BAG seine Rechtsprechung zu Grunde legte, nicht mehr gesetzeskonform (Rz. 146). Inhaltsleer ist insoweit die Aussage des BAG, dass – wenn Tätigkeiten typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden können – die Entscheidung der Vertragspartner für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen ist (BAG v. 11.8.2015 – 9 AZR 98/14, NZA-RR 2016, 288 Rz. 22). Die freie Wahl des Vertragstyps ist nur unter der Voraussetzung möglich, dass auch ein frei gebildeter Wille der Vertragsparteien vorliegt und der Vertragstext nicht einseitig durch den Auftraggeber gestellt ist. 157

Fallbeispiel: Ein nicht ganz seltener Sonderfall ist das Bestreben, ein bisher **bestehendes Arbeitsverhältnis in Zukunft** in anderer Rechtsform, beispielsweise als **freie Mitarbeiter**, fortzusetzen. 158

Wie erörtert, kann die Schutzfunktion des Arbeitsrechts erfordern, dass ein als freies Mitarbeiterverhältnis deklariertes Vertragsverhältnis in Ansehung der tatsächlichen Weisungsstruktur zu einem Arbeitsverhältnis wird. Umgekehrt gilt dies freilich nicht. Ein im Wege des Arbeitsvertrages begründetes Arbeitsverhältnis wird nicht durch bloße Nichtausübung der Weisungsrechte zu einem freien Mitarbeiter- oder Dienstverhältnis. Allerdings können die Parteien eines Arbeitsverhältnisses vereinbaren, dass ihr Rechtsverhältnis künftig als freies Mitarbeiterverhältnis fortgesetzt wird. Die Rechtsprechung verlangt für diesen ungewöhnlichen Fall freilich, dass eine solche Vereinbarung klar und unmissverständlich getroffen wird und die tatsächlichen Bedingungen, unter denen die Dienste zu leisten sind, vertraglich so gestaltet sind, dass eine Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation nicht mehr stattfindet (BAG v. 12.9.1996 – 5 AZR 1066/94, NZA 1997, 194).

2. Privatrechtlicher Vertrag

a) Grundsatz

- 159 Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag, in dem die wechselseitigen Verpflichtungen der Parteien in einem Austauschverhältnis stehen. Er ist mithin ein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. Das Arbeitsrecht gilt grundsätzlich nur für Beschäftigungsverhältnisse, die im Rahmen der Privatautonomie begründet worden sind, weil nur bei ihnen die die Schutzbedürftigkeit auslösende strukturelle Unterlegenheit des von der Verwertung seiner Arbeitskraft wirtschaftlich Abhängigen besteht.

b) Abgrenzung zu anderen Rechtsverhältnissen

aa) Beamte, Richter und Soldaten

- 160 Beamte, Richter und Soldaten werden nicht aufgrund eines Arbeitsvertrages, sondern aufgrund eines durch Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) begründeten **öffentliche-rechtlichen Dienstverhältnisses** tätig, das durch eigene Gesetze wie das Beamtenstatusgesetz, das das bisherige Beamtenrechtsrahmengesetz weitgehend zum 1.4.2009 abgelöst hat, und die Landesbeamtengesetze geregelt ist. Die Arbeitnehmer-eigenschaft fehlt den genannten Personen aber nur innerhalb dieses Dienstverhältnisses, sie können – soweit ihre Pflichten aus dem Hauptamt dies erlauben – daneben wie jeder andere auch auf privatrechtlicher Basis eine Nebentätigkeit als Arbeitnehmer ausüben. Dabei kann Arbeitgeber sogar der Dienstherr aus dem Beamtenverhältnis sein (BAG v. 27.7.1994 – 4 AZR 534/93, NZA 1995, 901).

- 161 **Problemfall: Öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse eigener Art:** Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse eigener Art zu schaffen. Praktischer Anwendungsfall sind Vertretungsprofessuren und Lehrbeaufträge an Hochschulen. So regeln § 39 Abs. 2 und § 43 Hochschulgesetz NRW für diese „Beschäftigten“: Die Professurvertretung bzw. der Lehrauftrag „ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis eigener Art“; sie/er „begründet kein Dienstverhältnis“. Ähnliche Regelungen finden sich in anderen Hochschulgesetzen der Länder. Derartige **Rechtsverhältnisse sui generis** werden durch Verwaltungsakt begründet. Die wesentliche Konsequenz dessen ist, dass die Arbeitsgerichte sich für diese Rechtsverhältnisse nicht zuständig erklären und die Rechtsform befristeter öffentlicher Rechtsverhältnisse zur Nichtanwendbarkeit des Arbeitsrechts, etwa des TzBfG führt (BAG v. 13.7.2005 – 5 AZR 435/04, NZA 2007, 1392; BAG v. 18.7.2007 – 5 AZR 854/06, NZA 2008, 848; LAG Baden-Württemberg v. 15.12.2010 – 13 Sa 78/10). Das BAG hat diese Wahlfreiheit der Rechtsform selbst für wissenschaftliche Mitarbeiter akzeptiert, obwohl nach dem Hochschulrecht NRW nur die Alternative Beamten- oder Arbeitsverhältnis besteht. Die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses sui generis sei nicht offensichtlich rechtswidrig und ohne Anfechtung des zugrundeliegenden Verwaltungsaktes aufgrund der Tatbestandswirkung zu akzeptieren (BAG v. 14.9.2011 – 10 AZR 466/10, AP Nr. 188 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten). Bedenklich ist, dass mit dieser Konstruktion der öffentliche Dienst im Hochschulbereich die Bindungen des Arbeitsrechts beiseiteschieben kann. Dies gilt selbst dann, wenn fehlerhaft ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis begründet wurde. Zuständig sind für den Rechtsschutz die Verwaltungsgerichte, die aber kein Arbeitsrecht anwenden. Das BVerfG hat die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde eines Vertretungsprofessors nicht zur Entscheidung angenommen (1 BvR 2237/05).

- 162 Die **sonstigen Beschäftigten** des öffentlichen Dienstes sind hingegen „gewöhnliche“ Arbeitnehmer, auf die das Arbeitsrecht in vollem Umfang Anwendung findet. Das Rechtsverhältnis wird durch Arbeitsvertrag begründet. Regelmäßig finden die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes (TVöD, TVL) Anwendung.

bb) Strafgefangene, Sicherungsverwahrte

- 163 **Keine Arbeitnehmer** sind Strafgefangene, Sicherungsverwahrte und andere Personen, die in geschlossene Anstalten eingewiesen sind. Arbeit innerhalb der Haftanstalt wird ihnen gemäß § 37 StVollzG zugewiesen. Auch wenn sie außerhalb der Anstalt in einem privaten Betrieb beschäftigt werden, wird die von ihnen zwangsläufig geforderte bzw. ihnen auf Verlangen zugeteilte Arbeit nicht aufgrund eines Arbeitsvertrags geleistet. Hieraus folgt, dass ihnen auch kein Anspruch auf den gesetzlichen Mindest-

lohn zusteht. Sozialversicherungsrechtlich stehen sie allerdings abhängig Beschäftigten zum Teil gleich (vgl. § 2 Abs. 2 S. 2 SGB VII; zur Anwendbarkeit der §§ 104 ff. SGB VII vgl. BGH v. 9.11.1982 – VI ZR 87/81, NJW 1983, 574).

cc) Familienrechtliche Dienstleistungen

In Ermangelung eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags sind Ehegatten und Kinder **keine Arbeitnehmer**, wenn und soweit sie **auf familienrechtlicher Grundlage** Arbeitsleistungen im Haushalt und im Geschäft des Ehepartners bzw. der Eltern erbringen (§§ 1353, 1619 BGB). Für Ehegatten besteht – anders als für Kinder (§ 1619 BGB) – seit der Änderung des § 1356 BGB durch das Erste Ehrechtsreformgesetz vom 14.6.1976 keine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung zur Mitarbeit im Geschäft des Ehepartners mehr. Jedoch kann sie sich aus der Pflicht zur Unterhaltsleistung nach § 1360 BGB ergeben, wenn dieser Betrieb die wesentliche Quelle des Familieneinkommens ist, ohne die Mitarbeit des Ehepartners in seinem Bestand gefährdet wäre und der mitarbeitende Partner seine Unterhaltspflicht nicht ebenso gut durch eine andere Erwerbstätigkeit erfüllen könnte. Darüber hinaus kommt eine Mitarbeitspflicht unter den Gesichtspunkten der §§ 1353, 1356 Abs. 2 S. 2 BGB in Betracht, wenn das Zusammenwirken der Ehegatten im Betrieb die einverständlich gewählte besondere Gestaltungsform der ehelichen Lebensgemeinschaft bildet, was insbesondere in kleineren, arbeitsintensiven Familienbetrieben der Fall sein kann.

164

Die **Abgrenzung** familienrechtlicher Dienstleistungen zu arbeitsrechtlich geschuldeten Leistungen bereitet allerdings häufig Schwierigkeiten. Denn selbstverständlich ist es nicht ausgeschlossen, dass auch mit dem Ehepartner oder den Kindern – soweit diese nach Maßgabe des JArbSchG Arbeitsleistungen erbringen dürfen – ein Arbeitsverhältnis begründet wird. Auch kommt ein Tätigwerden des Ehepartners auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage (sog. Ehegatteninnengesellschaft) in Betracht. Auf welcher Rechtsgrundlage die von Familienangehörigen erbrachten Leistungen letztlich beruhen, muss durch eine wertende Betrachtungsweise entschieden werden. Entscheidend ist auch hier keine nebulöse Typologie, die sich an Merkmalen wie Eingliederung in den Betrieb, Höhe der Bezüge im Verhältnis zu der verrichteten Tätigkeit und Vergleich mit fremden Arbeitskräften orientiert (BSG 21.4.1993 – 11 RAR 67/92, NJW 1994, 341). Maßgeblich sind allein die Voraussetzungen des § 611a BGB. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten – wie im Übrigen auch unter nichtehelichen Lebenspartnern – im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit bestimmten Einschränkungen ausgeübt wird. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht [sozial]-versicherungspflichtigen Beschäftigung aufgrund eines Gesellschaftsverhältnisses oder der familienhaften Zusammengehörigkeit ist nicht immer leicht zu ziehen und kann nur nach Lage der jeweiligen Umstände entschieden werden. Ein Arbeitsverhältnis liegt nur dann vor, wenn ein Ehegatte im (fremden) Betrieb des anderen Ehegatten weisungsgebundene, fremdbestimmte Tätigkeiten verrichtet (vgl. zum Ehegattenarbeitsverhältnis auch Schulz NZA 2010, 75).

165

dd) Vereinsrechtliche, kirchliche oder karitative Dienstleistungen

Auch bei Dienstleistungen aufgrund einer Mitgliedschaft in einem Verein wird eine mögliche Dienstpflicht nicht durch Dienst- oder Arbeitsvertrag begründet. Zwar stellt der Beitritt zu einem Verein unzweifelhaft ein privatrechtliches Rechtsgeschäft dar, dieses allein aber begründet lediglich mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten. Die Pflicht zur Arbeitsleistung kann lediglich auf der Satzung des Vereins oder dem Beschluss eines zuständigen Organs beruhen.

166

Beispiele vereinsrechtlicher Dienstleistungen: Handwerkliche Arbeiten am Vereinsheim, Instandhaltung des Vereinsgeländes, Verkauf von Speisen oder Ausschank von Getränken bei Veranstaltungen.

Freilich gibt es auch Vereine, bei denen die Leistung von Diensten nicht lediglich eine besondere Form der Beitragsentrichtung, sondern ein ganz wesentliches Element der mitgliedschaftlichen Stellung ist.

167

Fallbeispiele: Rote-Kreuz-Schwestern und Scientology: Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG sind **Rote-Kreuz-Schwestern** weder Arbeitnehmer der Schwesternschaft noch arbeitnehmerähnliche Personen i.S.v. § 5 Abs. 1 ArbGG (BAG v. 6.7.1995 – 5 AZB 9/93, NZA 1996, 33, 33). Entscheidend soll sein, ob eine missbräuchliche Vertragsgestaltung vorliegt (zur Inhaltskontrolle in diesem Falle *Weber*, Ist die Rotkreuzschwester Arbeitnehmerin ihrer Schwesternschaft?, Diss. Köln 2008). Die Rechtsprechung hat diese Linie auch in Fällen fortgeführt, „wenn sie nicht in einem von der Schwesternschaft selbst getragenen, sondern aufgrund eines Gesellschaftsvertrags in einem von einem Dritten betriebenen Krankenhaus tätig sind“ (BAG v. 20.2.1986 – 6 ABR 5/85, NJW 1986, 2906; LAG Hessen v. 30.7.2009 – 5 Sa 225/09). Diese Rechtsprechung ist umstritten und hatte zu einem Vorabentscheidungsersuchen des BAG zur Anwendung der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG geführt (BAG v. 17.3.2015 – 1 ABR 62/12 (A), EzA § 1 AÜG Nr. 19). Aufgrund dieser hat der EuGH (17.11.2016 – C-216/15 „Ruhlandklinik“, NZA 2017, 41 mit krit. Anm. *Preis/Morgenbrodt* EuZA 2017, 418) entschieden, dass die Leiharbeitsrichtlinie auch auf Personen Anwendung finden kann, die aufgrund ihrer Mitgliedschaft in einem gemeinnützigen Verein durch diesen an Dritte zur Arbeitsleistung verliehen werden. Es kommt laut EuGH für den Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie nicht darauf an, ob die Person nach nationalem Recht als Arbeitnehmer einzustufen sind, sondern lediglich auf die Frage, ob sie „aufgrund dieser Arbeitsleistung in dem betreffenden Mitgliedstaat geschützt ist“ (Rz. 48). Diese Entscheidung bleibt den nationalen Gerichten überlassen. Das BAG ist dem EuGH gefolgt (BAG v. 21.2.2017 – 1 ABR 62/12) und hat die Konstruktion als Arbeitnehmerüberlassung eingordnet. Daraufhin erfolgte die – unionsrechtlich zweifelhafte – Reform des DRK-Gesetzes mit einem neuen § 2 Abs. 4 DRKG, wonach für die Gestellung von Mitgliedern einer Schwesternschaft vom Deutschen Roten Kreuz seit dem 25.7.2017 gilt, dass § 1 Abs. 1 S.4 und Abs. 1b AÜG und damit die Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten nicht anwendbar sind.

Das **Ziel**, das der EuGH mit dieser weitgehenden Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs der Richtlinie verfolgt, ist durchaus verständlich. In der Tat kann in Fällen wie den DRK-Schwestern fraglich sein, ob die Gestaltung des Rechtsverhältnisses als mitgliedschaftliche Dienstleistungspflicht nicht eine unzulässige Umgehung zwingender arbeitsrechtlicher Schutznormen darstellt. Ein solcher Umgehungsversuch ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Dienstverpflichtete wesentliche mitgliedschaftliche Rechte (insbesondere Bestellung und Entlastung des Vorstandes) rechtlich oder faktisch nicht wahrnehmen kann, der Verein überwiegend wirtschaftliche Zwecke verfolgt und er seinen Mitarbeitern trotz deren erheblicher Arbeitsleistung keine Ansprüche auf Vergütung oder Versorgung gewährt. Allerdings ist die Entscheidung des EuGH methodisch bedenklich, da als Arbeitnehmer i.S.d. Richtlinie gem. ihres Art. 3 Abs. 1 Buchst. a eine Person gilt, „die in dem betreffenden Mitgliedstaat nach dem nationalen Arbeitsrecht als Arbeitnehmer geschützt ist“. Das „als Arbeitnehmer geschützt“ hat der EuGH nun eigenmächtig zu „wie ein Arbeitnehmer geschützt“ umgedeutet.

Entsprechend der ausgeführten Bedenken bzgl. einer Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften hat das BAG beispielsweise hauptamtliche (aktiv tätige) außerordentliche Mitglieder von **Scientology** als Arbeitnehmer eingordnet (BAG v. 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823, 823). Zu einem anderen Ergebnis kommt das BAG in einer späteren Entscheidung. Hier stellt es darauf ab, dass aufgrund der vereinsrechtlichen Beziehungen nur eine vereinsrechtliche Verpflichtung des Klägers zur Arbeit in persönlicher Abhängigkeit im Dienste des Beklagten vorliegt. Ein Arbeitsverhältnis werde hierdurch allein noch nicht begründet. Denn sowohl Vereinsmitglieder, die ihren Mitgliedsbeitrag in Form von Dienstleistungen für den Verein erbringen, als auch Arbeitnehmer könnten ihre Dienste in persönlicher Abhängigkeit leisten. Erklärbar wird das scheinbar abweichende Ergebnis durch den Umstand, dass der Kläger mit seiner Tätigkeit bei Scientology keine Erwerbsabsichten, sondern ideelle Ziele und die „eigene geistige Vervollkommenung im Sinne der Lehren von Scientology“ anstrebte. Er erreichte auf der Basis seiner Vorstellungen, letztlich als ranghoher Vertreter der Organisation, eigene Ziele. Seine Teilhabe als ranghoher Auditor an der Macht von Scientology sei der Lohn für die von ihm dargelegte Selbstausbeutung gewesen. Aus diesen Erwägungen lehnte das BAG den Arbeitnehmerstatus des ranghohen Funktionärs der Organisation ab (BAG v. 26.9.2002 – 5 AZB 19/01, NZA 2002, 1412, 1415).

3. Leistung von Arbeit gegen Entgelt

a) Begriff der Arbeit

- 168 Der **Begriff der Arbeit** im Kontext des Arbeitnehmerbegriffes kann nur abhängige Arbeit sein. Auch wenn das BAG für die verschiedenen Rechtsgebiete **unterschiedliche Begriffsverständnisse** entwickelt